

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

“Incorporación del arresto domiciliario como forma de ejecución de la pena privativa de libertad en el Perú”.

Área de Investigación:

Derecho Penal .

Autor:

Br. Palomino Arbaiza, Rudy Climen

Jurado Evaluador:

Presidente : Ortecho Aguirre, Roció Belu.

Secretario : Rincón Martínez, Angela María.

Vocal : Albornoz Verde, Miguel.

Asesor:

Cruz Vegas, Guillermo Alexander

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9119-5397>

TRUJILLO – PERÚ

2024

Fecha de sustentación: 2023/12/21

Incorporación del arresto domiciliario como forma de ejecución de la pena privativa de libertad en el Perú

INFORME DE ORIGINALIDAD



FUENTES PRIMARIAS

1	repositorio.uesiglo21.edu.ar Fuente de Internet	3%
2	repositorio.uss.edu.pe Fuente de Internet	2%
3	idoc.pub Fuente de Internet	2%
4	lpderecho.pe Fuente de Internet	2%
5	repositorio.upao.edu.pe Fuente de Internet	1%
6	revistas.pj.gob.pe Fuente de Internet	1%
7	repositorio.uigv.edu.pe Fuente de Internet	1%
8	core.ac.uk Fuente de Internet	1%
9	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	
16	cdn.sanity.io Fuente de Internet	1%

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 1%

Excluir bibliografía

Activo

Declaración de Originalidad

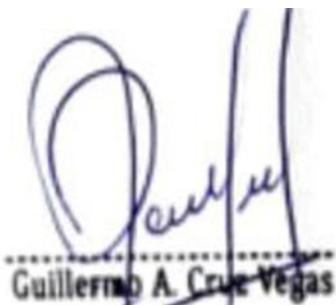
Yo, Cruz Vegas, Guillermo Alexander, docente del Programa de Estudio de Derecho, de la Universidad Privada Antenor Orrego, asesor de la tesis de investigación titulada “Incorporación del arresto domiciliario como forma de ejecución de la pena privativa de libertad en el Perú”, autor Palomino Arbaiza, Rudy Climen, dejo constancia de lo siguiente:

- *El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 19 %.*
Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 02 de mayo del 2024
- *He revisado con detalle dicho reporte y la tesis, y no se advierte indicios de plagio.*
- *Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.*

Piura, 02 de mayo del 2024

Cruz Vegas, Guillermo Alexander
DNI: 43414679
ORCID: orcid.org/0000-0002-9119-5397
ID:000008295
Firma

Palomino Arbaiza, Rudy Climen
DNI: 02818511
FIRMA:



Guillermo A. Cruz Vegas



DEDICATORIA

A mi familia y en especial a mi madre por su apoyo incondicional, a mis hijos por comprender y alentarme en la consecución de mi objetivo: ser abogado.

AGRADECIMIENTO

A mis docentes de la carrera de derecho que han aportado con su conocimiento durante toda mi estadía en la universidad en mi formación y perfeccionamiento como estudiante.

RESUMEN

La presente tesis aborda uno de los problemas relacionados con el sistema de sanciones en el ámbito penal que tiene nuestro país, y específicamente el de la ejecución de las penas privativas de libertad fuera de los centros penitenciarios: en el domicilio del penado, situación que solo se presenta en muy pocos a nivel del derecho comparado y que tenemos en el país pero solo como medida de coerción personal, es decir, como una medida provisional y sustitutoria de la prisión preventiva mientras un ciudadano es investigado por la comisión de un presunto delito; es decir, el arresto domiciliario es una medida preventiva de carácter personal que se aplica al procesado, más no una sanción penal o forma de ejecución de la pena privativa de la libertad.

Lo que se pretende instituir justamente con esta investigación es que la detención o arresto domiciliario, sea en el Perú a la luz de los principios que gobiernan a las penas, en una forma de ejecución de la pena privativa de la libertad, es decir, en una sanción penal propiamente dicha y no solo sea- como hasta ahora- un mecanismo provisional de aseguramiento o sujeción del imputado al proceso penal, para lograr la pretendida eficacia del sistema penal y la persecución eficiente del Estado para hacer posible el ejercicio del ius puniendi Estatal.

En ese contexto a lo largo de la investigación se dirigen los esfuerzos en señalar las bases sustentadoras que avalen la postura de legislar como sanción la prisión o arresto domiciliario, como sucede en Argentina, por mencionar algún país cercano de la región.

Palabras clave: pena, pena privativa de libertad, arresto domiciliario, principio de humanidad de las penas, dignidad humana.

ABSTRACT

This thesis deals with one of the problems related to the system of sanctions in the criminal field that our country has, and specifically that of the execution of custodial sentences outside prisons: at the prisoner's home, a situation that only it is presented in very few at the level of purchased law and that we have in the country but only as a measure of personal coercion, that is, as a provisional measure and substitute for preventive detention while a citizen is investigated for the commission of an alleged crime; that is, house arrest is a preventive measure of a personal nature that is applied to the defendant, but not a criminal sanction or form of execution of the custodial sentence.

What is intended to institute precisely with this investigation is that the detention or house arrest, be in Peru in light of the principles that govern penalties, in a form of execution of the custodial sentence, that is, in a criminal sanction itself and not only be - as it has been up to now - a provisional mechanism for securing or subjecting the accused to criminal proceedings, to achieve the alleged effectiveness of the criminal system and the efficient prosecution of the State to make possible the exercise of the State *ius puniendi*.

In this context, throughout the investigation, efforts are directed at pointing out the supporting bases that support the position of legislating prison or house arrest as a sanction, as is the case in Argentina, to mention a nearby country in the region.

Keywords: penalty, custodial sentence, house arrest, principle of humanity of penalties, human dignity.

PRESENTACIÓN

De acuerdo con lo que estipula en el Reglamento de Grados y Títulos; y con la finalidad de poder optar mi título como profesional abogado, vengo a someter a vuestra consideración el trabajo de investigación tesis: intitulada:

“Incorporación del arresto domiciliario como forma de ejecución de la pena privativa de libertad en el Perú”

A través de esta investigación se tiene por objeto poner sobre el tapete académico una temática – creo yo- con mucha relevancia, actualidad y sobre todo novedad, que si bien es cierto, no tiene un gran desarrollo y aceptación en el derecho comparado podría constituir un gran avance legislativo en el Perú que ponga a nuestro país como un Estado que observa el principio-derecho de dignidad como el sustrato esencial de la existencia de la leyes en cuanto a penas o sanciones penales; en forma específica y resumida se pretende abordar la determinación de las razones para incorporar el arresto domiciliario como forma de ejecución de la pena privativa de libertad en el Perú.

Mediante este trabajo de carácter académico- investigativo centro mi esfuerzo en establecer el sustento jurídico para fundamentar mi hipótesis de trabajo, pretendiendo en un espíritu propositivo una regulación que consolide la idea propuesta a lo largo de todo el trabajo.

A la espera que esta tesis académica de investigación pueda colmar vuestras expectativas.

El autor

Tabla de contenido

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	iv
ABSTRACT	v
PRESENTACIÓN	vi
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
1.2. OBJETIVOS	4
1.2.1. Objetivo General:	4
1.2.2. Objetivo Específicos:	5
1.3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO	5
II. MARCO DE REFERENCIA	7
2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO	7
ANTECEDENTES A NIVEL INTERNACIONAL	7
ANTECEDENTES A NIVEL NACIONAL	8
ANTECEDENTES A NIVEL LOCAL	9
2.2. MARCO TEORÍCO	11
CAPÍTULO I	11
LAS PENAS	11
A. Los fines de las penas	11
1. Teorías absolutas	11
2. Teorías relativas	12
3. Teorías Mixtas	13
B. El fin de la pena en el Perú	15
1. En la Ley (Código Penal)	15
2. En la Constitución	15
3. Según el Tribunal Constitucional	16
C. Clases de pena	17
1. Privativa de la libertad	17
2. Pena restrictiva de libertad	18
3. Pena limitativa de derechos	18
3.1. Prestación de servicios a la comunidad	18
3.2. Limitación de días libres	19
3.3. Inhabilitación	20

4.	Pena de multa.....	22
	SUB-CAPÍTULO I	25
	PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN LAS PENA	25
A.	La dignidad de la persona.....	25
1.	Definición	25
2.	Alcances	26
B.	El principio de Humanidad de las penas	27
1.	Definición	27
2.	Alcances	27
C.	El principio de proporcionalidad.....	28
1.	Definición	28
2.	Alcances	29
3.	Clases.....	30
3.1.	Proporcionalidad abstracta	30
3.2.	Proporcionalidad concreta.....	32
	SUB-CAPÍTULO II	33
	PENAS ALTERNATIVAS A LA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD	33
A.	La suspensión de la ejecución de la pena.....	33
C.	La conversión de la pena	35
D.	La prisión domiciliaria	37
1.	El caso de Argentina	37
2.	El caso de Estados Unidos.....	39
	SUB-CAPÍTULO III	41
	PRISIÓN DOMICILIARIA COMO PENA.....	41
2.3.	MARCO CONCEPTUAL.....	47
2.4.	SISTEMA DE HIPOTESIS	48
III.	METODOLOGÍA EMPLEADA	49
3.1.	TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	49
3.2.	POBLACION Y MUESTRA DE ESTUDIO.....	49
3.3.	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	49
3.4.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	49
3.5.	PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS	49
IV.	PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.....	50
V.	DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS	62
	CONCLUSIONES	71

RECOMENDACIONES	73
Referencias	74

I. INTRODUCCIÓN

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El derecho penal sustantivo contiene una parte general y una parte especial. En la última de las mencionadas se estudia los delitos y faltas, mientras que, en la primera parte de las mencionadas, se analizan los principios generales del derecho: legalidad, lesividad, culpabilidad entre otros; y las instituciones generales del derecho penal: tentativa, autoría, participación, causas de extinción de la acción penal, medidas de seguridad. Dentro de instituciones generales se encuentra: la pena, entendida como aquella sanción penal en la que el Estado hace efectivo el "ius puniendi"

Las penas en el Código Penal de 1991 son, conforme lo señala el artículo 28 de ese cuerpo normativo son: la pena privativa de la libertad, la restrictiva de libertad, la de limitativa de derechos: "prestación de servicios, inhabilitación y limitación de días libres (texto de la norma) y la pena de multa", dentro de ellas podemos incluir también a la reciente pena de vigilancia electrónica personal. Todas estas penas pueden imponerse, de acuerdo con el delito que se comete de forma conjunta (penas conjuntas), de forma alternativa, o la imposición de una pena única, como se da por ejemplo en el delito de homicidio simple.

La pena en el Perú debe cumplir una finalidad o un fin específico que a su vez constituye la función del derecho penal. Desarrollando la idea diremos que en teoría de la pena se habla hasta de dos grandes teorías que explican la función de la pena: la teoría absoluta y la teoría relativa. En la primera, la pena no tiene una utilidad social, sino que las sanciones tienen un fin netamente retributivo, es decir, de "mal por mal" ello es, del mal

que es un delito, se neutraliza con otro mal: la pena; por otro lado, la teoría relativa se relaciona con la utilidad de la pena, es decir, la sanción penal no es solo una sanción, sino que la finalidad de ella es la de prevención, ello es, un fin de resocialización. El mensaje preventivo de la pena y la finalidad resocializadora no solo va dirigido al infractor sino también a la sociedad, de ahí que se hable de prevención general y prevención especial.

En suma, el fin de la pena en el Perú es el de prevención y así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 0019-2005 AA/TC, donde el máximo intérprete ha explicado que “este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente... las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática. (FJ 37 y 38). Lo dicho por el Tribunal se puede deducir fácilmente de la lectura del artículo 139 inciso 22 de la

Constitución y el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal.

Ahora bien, el fin resocializador de la pena, se cumplirá siempre y cuando en su imposición se observen los principios propios de las penas, como el de legalidad, por el cual las sanciones se imponen siempre y cuando una ley de forma expresa, cierta lo señale, el principio de proporcionalidad, que tanto de forma abstracta o concreta implica que la sanción penal debe ser coherente con la dañosidad y lesividad de los bienes jurídicos que cause la conducta delictiva, de ahí que para su determinación se sigue los criterios del sistema de tercios. Pero es el principio de humanidad de las penas el que debe tener siempre en cuenta para la ejecución de estas.

Este principio señala que: “proscribe todo trato de carácter cruel, inhumano o degradante– la que más se subraya al delimitar el alcance del principio de humanidad en Derecho penal: de aquí que sea común indicar como ámbito específico de actuación de este postulado el marco de las consecuencias jurídicas del delito” (Jescheck & Weigend, 2002); de ahí que conforme a este principio “la dignidad del individuo es el límite material que debe respetar un Estado democrático... lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causa a quienes la sufren” (Villavicencio Terrero, 2006).

En suma, “El principio de humanidad y el respeto a la dignidad de la persona humana logran justificar de manera satisfactoria los postulados de utilidad y de justicia que se reflejan en la necesidad y en la proporcionalidad de la intervención penal, respectivamente” como señala (Castillo Alva, 2001)

En ese contexto la misma Corte Suprema ha señalado que “más allá de los supuestos previstos en la norma resulta de amparo en casos plausibles que demanden su aplicación como, por ejemplo, grave enfermedad o condición médica preexistente...” (recurso de Nulidad N° 1063-2020 Lima), a los que podríamos sumar la edad, entre otros factores.

De lo dicho se debe saber que en el Perú no tenemos como pena ni como forma de ejecución de la pena, una que se dé en el domicilio del condenado, es decir, si bien es cierto tenemos la detención domiciliaria como medida de coerción penal de carácter personal como medida sustitutiva a la prisión preventiva, pero no es una clase de pena en el Perú, a diferencia de lo que sucede en algunos países conforme el derecho comparado, de esa forma considero que se debe legislar esta pena, en supuestos taxativos, y en función a los principios de la pena, en especial, el de humanidad de las penas que descansa en el principio derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución Política).

Lo que conlleva a plantear la siguiente interrogante: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para incorporar el arresto domiciliario como forma de ejecución de la pena privativa de libertad en el Perú?

1.2. OBJETIVOS

1.2.1. Objetivo General:

Determinar cuáles son las razones para incorporar el arresto domiciliario como forma de ejecución de la pena privativa de libertad en el Perú.

1.2.2. Objetivo Específicos:

- Desarrollar el contenido de las penas en el Perú.
- Explicar cuál es la naturaleza de la detención domiciliaria en el país.
- Explicar las razones que permiten regular el arresto domiciliario como forma de ejecución de la pena en el Perú.

1.3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

La investigación se encuentra justificada, ya que considero de actualidad y de mucha relevancia dada nuestra actual situación carcelaria y en función de lo que representa la declaratoria de los penales en un estado de cosas inconstitucional, dado el hacinamiento y la sobrepoblación que se vive en los penales, de empezar a identificar mecanismos que se identifiquen con el fin que nuestra propia constitución asigna a la pena y al sistema penitenciario: el de reeducación, resocialización y reincorporación del pena a la sociedad, los mismo que subyacen de la teoría relativa de la pena, aquella que asigna a la sanción penal no solo una de mal por mal o de pena como un fin en si misma, sino aquella se relaciona con identificar una utilidad a la pena, no solo para el infractor de forma individual sino de manera común, como un mensaje dirigido a la sociedad (prevención especial y prevención general, respectivamente); todo ello, además porque en función a los principios que rigen y gobiernan las penas, existe fundamento para que se regule la pena cuyo

cumplimiento se ejecute con el pena en su domicilio, siempre y cuando se den supuestos que tengan carácter humanitario.

II. MARCO DE REFERENCIA

2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

ANTECEDENTES A NIVEL INTERNACIONAL

- (Agüero Mena & Mora Vega, 2018), investigo “La Finalidad Resocializadora de la Pena Alternativa desde la Perspectiva del Arresto Domiciliario Monitoreado”, Tesis para optar el Grado de Licenciatura en Derecho, por la Universidad de Costa Rica, en la que culmina en: “La vigilancia electrónica, conocida así en la mayoría de los Estados practicantes de esta pena alternativa, ha visto su implementación con buenos ojos, ya que contempla una serie de aspectos y situaciones que hacen posible una efectiva resocialización del individuo, ello a pesar, de todas aquellas doctrinas que atacan este tipo de modalidad, señalándolo como una violación a los derechos humanos. A lo que podemos agregar, que si bien es cierto, el derecho a la intimidad se ve comprometido al utilizar dispositivos de seguimiento electrónico, no se puede sobre-pesar en razón a muchos otros derechos fundamentales que si se ven protegidos al utilizar este tipo de pena alternativa y lo que queda constatado a lo largo de esta investigación es que dejando de lado esas adversidades, por llamarlas de alguna forma, el portador del dispositivo tiene una mayor beneficio bajo el arresto domiciliario mediante dispositivo electrónico”.
- (Cruz Guiñazú, 2019), realizó su investigación denominada “Prisión Domiciliaria – Aplicación en los Supuestos No Contemplados por la Ley en Base al Principio del interés Superior del Niño”, Tesis para obtener el Título Profesional de Abogado, por la

Universidad Siglo 21 – La Educación Evolucionaria, en la que arriba a la siguiente conclusión: “El instituto del arresto domiciliario está diseñado para la protección de las personas más vulnerables del sistema. Como modalidad de ejecución de la pena de prisión o de una medida cautelar -prisión preventiva-, según se trate respectivamente de una persona condenada o procesada, constituye una alternativa de cumplimiento de estas dentro de un domicilio fijado al efecto”.

ANTECEDENTES A NIVEL NACIONAL

- (Hualla Chalco, 2018), realizó su investigación denominada “Incumplimiento de la Medida de Arresto Domiciliario de Procesados en el Distrito Judicial de Lima, 2018”, Tesis para obtener el Título Profesional de Abogado, por la Universidad César Vallejo - Lima, en la que concluye: “Se concluye que actualmente el Departamento de Arresto Domiciliario de la Policía Nacional del Perú, es la encargada del régimen de control de los procesados que se encuentran con la medida de comparecencia restringida en la modalidad de arresto domiciliario, estableciéndose dicho control mediante un servicio itinerante, que consiste en visitas inopinadas hacia los inmuebles de los procesados que se encuentran cumpliendo el mandato judicial de arresto domiciliario”.
- (Ramírez Del Águila, 2019), investigo “Inaplicación de Arresto Domiciliario en el Delito de Hurto Agravado en el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria del Distrito de Tarapoto 2015- 2017”, Tesis para obtener el Título Profesional de Abogado, por la Universidad César Vallejo – sede Tarapoto, llega a la siguiente conclusión:

“Los principales criterios para la aplicación de la Detención Domiciliaria descritos por los Jueces de los “J.I.P” son: la falta del control de vigilancia por parte de la PNP, la falta de arraigo domiciliario por parte de los procesados, como también la falta de efectivos de la PNP para ejecutar el control de vigilancia, y la mala fe del procesado al cumplir la Detención Domiciliaria son criterios que no garantizan la finalidad de la medida de coerción que tiene como finalidad garantizar la presencia del investigado durante la Etapa de Investigación Preparatoria”.

ANTECEDENTES A NIVEL LOCAL

- (Salinas De Gracia, 2017), investigo “El Abono de la Detención Domiciliaria en el Cumplimiento de la Pena, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho”, Tesis para optar el Título Profesional de Abogada, por la Universidad Privada Antenor Orrego, en la que arriba a la siguiente conclusión: “la detención domiciliaria así no sea equiparable en la misma medida con la detención preventiva, ambas siguen siendo limitativas de la libertad personal; sin embargo, no concederle ningún tipo de valor para el tiempo que una persona se encuentra bajo detención domiciliaria sería atentar contra sus mismos derechos fundamentales. En estas mismas líneas seguiré considerando que se debe reformar la legislación Procesal Penal en cuanto al abono de la detención domiciliaria al cumplimiento de la pena, que, a mi criterio bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debería ser de dos días de detención domiciliaria por un día de pena privativa de libertad, considerando que la misma norma vigente prescribe una semejante ponderación respecto al hecho punible de multa o

limitativa de derecho. Entonces, la detención domiciliaria siendo la medida más grave después de la detención preventiva, si puede presentar la fórmula antes mencionada de dos días de detención domiciliaria para el cómputo de ejecución de la pena, considerándose ésta válida desde cualquier punto de vista”.

2.2. MARCO TEORÍCO

CAPÍTULO I

LAS PENAS

A. Los fines de las penas

1. Teorías absolutas

Según Hassemer (1964), una característica clave de las teorías absolutas es su afirmación de que el castigo debe basarse exclusivamente en valores espirituales y éticos. Bettiol (1966) señala lo mismo, y Roxin describe este tipo de teoría considerando que el castigo es "libre e independiente de cualquier propósito o contenido socialmente útil" (Roxin, 1997). Una tesis decía que "justificar la pena simplemente por su razón de ser castigo del delito o reparación del delincuente; porque lo hace excluyendo cualquier otra motivación para no considerar la sanción penal como un medio para alcanzar multas, ya que tal es a menudo prerrogativa de la política social" (Hassemer, 1964). Una teoría se denomina "absoluta" porque "se refiere a la restauración de valores absolutos, como la justicia, es decir, consideran que este valor es el único que puede dar razón y justificación al castigo. Por lo tanto, para restablecer la justicia, la pena debe verse como una simple retribución dirigida al acto cometido y que debe implicar causar un daño a un individuo quien a su vez compensa el daño infligido libremente por él, equiparando así la culpabilidad del autor con la culpabilidad del autor. el dolor de la víctima" (Jescheck y Weigend, 2002). La opinión de Peña Cabrera es que los fundamentos teóricos de las ideas absolutas giran en torno al reconocimiento del Estado como guardián de la justicia terrestre y portador de valores morales.

Sin embargo, este concepto de remuneración se basa en tres supuestos centrales:

- a) La potestad estatal para castigar al responsable mediante la pena”.
- b) “La necesaria existencia de una culpabilidad que pueda ser medida según la gravedad del injusto cometido”.
- c) “La necesidad de armonizar el grado de culpabilidad y la gravedad de la pena”.

De forma que “la pena, dictada en la sentencia, sea considerada justa por el autor y por la colectividad” (Peña Cabrera, 2011)

2. Teorías relativas

Esta teoría, como apunta el profesor Bustos Ramírez “destaca por ser un intento para justificar la intervención penal en un Estado de Derecho, basándose no en razones ético-metafísicas, sino en razones sociales, político jurídicas y ético utilitarias” (Bustos Ramírez, 1994)

El hecho delictivo, nos dice Cerezo “no es el fundamento de la pena, como lo señalado en las teorías absolutas, sino son el motivo del castigo. Por tanto, nos permiten explicar la necesidad de la intervención estatal y el modo de obrar de la pena ante la protección social” (Cerezo Mir, 2002)

La idea de prevención contiene tres presupuestos que son esenciales:

- i) Posibilidad de un pronóstico suficientemente cierto del futuro comportamiento del sujeto”.
- ii) “Que la pena adecuada con exactitud a la peligrosidad del sujeto de manera que sea posible el éxito de la prevención”.

iii) “La propensión a la criminalidad puede ser atacada (tanto en jóvenes como adultos) mediante los elementos pedagógicos de aseguramiento y, en especial del trabajo pedagógico social de la pena que se debe realizar de la ejecución penal” (Jescheck & Weigend, 2002)

3. Teorías Mixtas

Estas son la que reciben también la denominación de teorías de la unión, “intentan situarse entre las teorías absolutas y relativas, naturalmente no a través de la simple suma de sus ideas básicas y contradictorias, sino por medio de una reflexión práctica que permita a la pena desarrollar la totalidad de sus funciones en su aplicación real frente a la persona interesada y a la colectividad; lo que ayudaría a resolver la problemática que surgiría al existir una contraposición entre teorías, debiendo darse preferencia no a lo doctrinario, sino a lo existente dentro de cada caso en concreto. Así pues, se aúnan la prevención general y la retribución en la experiencia de que sólo una pena justa y adecuada a la culpabilidad disuade y educa en un sentido social-pedagógico, unificando la prevención con la resocialización” (Jescheck & Weigend, 2002)

Respecto a ellas el profesor alemán Roxin considera que “es necesario conservar los aspectos acertados de cada teoría antecesora (represiva y preventiva), y que estas deben aplicarse durante las tres fases que el Derecho Penal emplea su enfrentamiento con el individuo:

- i) Conminación,
- ii) Aplicación Judicial Y
- iii) Ejecución De La Pena; Señala Que Las Normas Penales Sólo Están Justificadas Cuando Tienden A La Protección De La Libertad Individual Y A Un Orden Social Que Está A Su Servicio” (Roxin, 1997)

“A pesar de que hoy en día en la legislación comparada la influencia de estas teorías es dominante, en la actualidad, las críticas que se le realizan a estas teorías consisten”, a decir de Eugenio Raúl Zaffaroni:

- a. “Estas teorías sólo se tratan de combinaciones entre la represión y la prevención sin el aporte de alguna novedad” (Zaffaroni, Aliaga, & Slokar, 2002)
- b. “En la práctica resulta difícil su integración debido a que se manejan diferentes políticas criminales, encontrando muchas veces en la redacción de las normas penales una tendencia exagerada a favor de alguna de las dos teorías que pretende unificar, lo que llevaría al Derecho Penal a la arbitrariedad y a la incoherencia” (Zaffaroni, Aliaga, & Slokar, 2002)

B. El fin de la pena en el Perú

1. En la Ley (Código Penal)

En materia de sanción, nuestro Código Penal implica "estar conforme al principio de unidad visto desde la función de la pena; abordar la prevención general en las sentencias judiciales (artículo I del Título Preliminar); la compensación en las sentencias judiciales (artículo VIII del Título Preliminar); y prevención especial en la ejecución penal (Artículo IX del Título Preliminar)" (Bramont-Arias Torres, 2002).

Además, respecto al tipo de sanciones adoptadas por nuestro ordenamiento jurídico nacional, Villavicencio Terrero (2006) sostiene que incluyen privación de libertad (temporal y cadena perpetua), limitación de derechos (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación), así como restricción de la libertad (expatriación y expulsión).

2. En la Constitución

La Carta Política Suprema de 1993 sigue los principios de una norma social y democrática, por lo que no es favorable a la aplicación de teorías severas de la pena, mucho menos si el artículo 139, párrafo 22 dice (Villavicencio Terrero, 2006) "El principio del régimen penitenciario tiene como objetivo la reeducación, rehabilitación y reintegración del recluso a la sociedad" (texto del artículo). En el comentario se dirá en paralelo con un autor que, "hablando específicamente de resocialización se puede encontrar una clara referencia a ella en el artículo I del título preliminar: Este código tiene como objetivo prevenir los delitos y delitos utilizando como medio para asegurar la seguridad humana y la sociedad también. El artículo VIII del mismo título preliminar establece que la pena no puede

exceder de la responsabilidad por el hecho. Además, el artículo IX dice esto en relación con la pena: La pena tiene consecuencias preventivas, protectoras y resocializadoras” (ibídem).

3. Según el Tribunal Constitucional

La idea parte de la comparación de doctrinas y legislaciones, especialmente españolas, así como de la práctica penal para que el investigador aporte parámetros o criterios en lugar de intentar iniciar otros nuevos. Sin embargo, ha precisado o aclarado los criterios y circunstancias establecidos por el legislador peruano en el derecho penal (Código Penal de 1991) respecto de la determinación judicial de la pena, con el propósito de instrumentalizar este instituto jurídico en el caso concreto, especialmente en la presencia de determinadas circunstancias (Prado Saldarriaga, 2010). Además, se puede afirmar que la jurisprudencia penal peruana también se ve afectada y ha estado históricamente guiada principalmente por la teoría dogmática de la determinación judicial en Alemania; aunque no del todo. Así, esta influencia puede encontrarse en la jurisprudencia penal, como se ve en la resolución dictada en el Caso No. 85-2008 por la Primera Sala Penal Especializada de la Corte Superior de Lima, que emplea una definición de determinación judicial para la sentencia de autores alemanes (Jescheck y Weigend, 2002).; así mismo, la “determinación judicial de la pena es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente” (...).” (Primera Sala Penal Especial, Exp. N° 85-2008,

apartado VIII párr. 2)”. Otra muestra es la siguiente: Cuarto. – “Que, como se sabe, el marco legal de la pena se proyecta sobre el segundo tipo de determinación de esta que es la individualización judicial, destinada a la medición concreta o quantum de la pena, y que tiene en cuenta tanto el criterio de la proporcionalidad de esta como las necesidades preventivo-especiales que presenta el imputado (...)” (Pérez Arroyo, 2006)

C. Clases de pena

1. Privativa de la libertad

La pena privativa de libertad “puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años. cinco años. Por la pena privativa de libertad el sujeto activo del delito es recluido e internado físicamente en un local especial, que para estos efectos edifica el estado por tiempo determinado y durante el cual someterse a un tratamiento específico para su posterior readaptación y reincorporación al seno de la comunidad” (Peña Cabrera, 2011), “la pena de privación de la libertad es de las más adecuadas para cumplir con el principio de proporcionalidad de las penas (que es una exigencia constitucional de un Estado social y democrático de Derecho), pues su duración temporal permite ajustarse a la gravedad del delito y a la culpabilidad del autor” (Salas Beteta, 2009)

De lo dicho se tiene que, “la pena de privación de la libertad es de las más adecuadas para cumplir con el principio de proporcionalidad de las penas (que es una

exigencia constitucional de un estado social y democrático de Derecho), pues su duración temporal permite ajustarse a la gravedad del delito y a la culpabilidad del autor. La pena privativa de la libertad tiene un origen humanista, en la medida en que su aplicación tuvo por objeto suprimir y erradicar las penas corporales” (Cáceres Julca, 2005)

2. Pena restrictiva de libertad

Según nuestro Código Penal y la doctrina, “la pena restrictiva de libertad es la expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso” (Cáceres Julca, 2005)

En el ámbito jurisprudencial se ha dicho que “la expulsión de un extranjero (acción de hacer salir por la fuerza a un no nacional del territorio patrio) procede como consecuencia de un acto subsecuente del cumplimiento de una condena con pena privativa de la libertad impartida por un tribunal nacional” (Exp. N° 2876-2005-PHC/TC).

3. Pena limitativa de derechos

3.1. Prestación de servicios a la comunidad

De acuerdo con el concepto de “sentencia de servicio”, se trata de una persona condenada que trabaja en instituciones de servicio público como organizaciones de bienestar, hospitales, escuelas, orfanatos u otras obras de caridad sin recibir pago alguno (Cáceres Julca, 2005) .

“La pena de servicio comunitario también puede implementarse en instituciones privadas

que tengan carácter social o asistencial. El trabajo se distribuirá de acuerdo con las habilidades del sentenciado, y no deberá exceder de diez horas diarias entre lunes y viernes para no alterar su horario normal de trabajo. Si se considera procedente, el sentenciado podrá realizar esta actividad los fines de semana; esta pena tiene una duración de 10 a 156 días semanales, salvo disposición legal en contrario” (Cubas Villanueva V., 2009).

3.2. Limitación de días libres

Esta clase de pena que tiene muy poca aplicación en el Perú, a decir de la dogmática penal nacional “consiste en la obligación de permanecer los sábados, domingos y feriados, hasta por un máximo de diez horas semanales, a disposición de una institución pública para participar en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales. La pena de limitación días libres también puede ejecutarse en instituciones privadas con fines asistenciales o sociales. Esta pena se extiende de diez a ciento cincuenta y seis jornadas de limitación semanales, salvo disposición distinta de la ley, durante este tiempo, el condenado recibe orientaciones y realiza actividades adecuadas e idóneas para su rehabilitación y formación. La ley y las disposiciones reglamentarias correspondientes establecen los procedimientos de supervisión y cumplimiento de la pena de limitación de días libres” (Cubas Villanueva V. , 2017)

3.3. Inhabilitación

Como afirma Cubas, “la pena de inhabilitación puede ser impuesta como principal o accesoria, se produce, según disponga la sentencia”:

- 1) “Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular”;
- 2) “Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público”
- 3) “Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia”
- 4) “Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia”
- 5) “Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela”
- 6) “Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo”
- 7) “Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo,

- profesión u oficio del queso hubiese servido el agente para cometer el delito”
- 8) “Incapacidad definitiva de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por los delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley 25475, por el delito de apología del terrorismo previsto en el inciso 2 del artículo 316 del Código Penal, por cualquiera de los delitos de violación de la libertad sexual tipificados en el Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo del Código Penal o por los delitos de tráfico ilícito de drogas para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación, esta medida se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal”.
 - 9) “Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos”.
 - 10) “Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez”.
 - 11) “Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios”. (Bermúdez Tapia, 2015)

La Corte Suprema ha señalado un dato no menor al respecto, así ha señalado que “en la sentencia habrá que especificar, la profesión, oficio, industria o comercio respecto a los que recae la inhabilitación, como sucede en la inhabilitación especial para empleo o cargo público-, puesto que dicha concreción es consustancial a los estándares motivacionales, cuyo núcleo argumental lo constituye la demostración de la conexión o relación directa entre la dinámica comisiva del delito y la profesión para la que se inhabilita. El fundamento estriba en que la inhabilitación como sanción no ha de concebirse como una condena abierta al hombre per se, sino a su derecho al trabajo, constitucionalmente reconocido en un área determinada, de esta forma se debe restringir únicamente en la medida de lo imprescindible y que, por consiguiente, solo en aquellos casos en que la profesión, oficio, industria o comercio de que se trate ha sido utilizada como medio para delinquir” (Recurso de Nulidad N° 3544-2011-Ayacucho).

4. Pena de multa

La sanción penal pecuniaria exige que el condenado pague al Estado una determinada cantidad de dinero, calculada en días de multa. La importación de la multa diaria se establece en función del ingreso medio de la persona y tiene en cuenta sus bienes, ingresos, gastos y otros indicadores de riqueza, con el objetivo de influir en la voluntad del infractor. Así

como la libertad personal sirve como medio de control en las penas privativas de libertad, podemos concluir que el pago de dinero en forma de multa tiene como objetivo causar daño y angustia al infractor; por lo tanto, es necesario evitar confundir multas penales con sanciones civiles. Las multas condenatorias afectan principalmente al patrimonio de las personas, estos son derechos agregados reales y crediticios que componen el valor material de una persona, por eso también se le llama: pena patrimonial” (Flores Sagástegui, 2016).

Según García Caveró (2012), llama la atención que en el Perú la multa se utiliza combinada como sanción posterior a la prisión; Por lo general, estas dos sentencias se imponen juntas. Sin embargo, la doble imposición sólo puede considerarse una medida excepcional y alternativa si el infractor ha obtenido beneficios pecuniarios de su delito o ha intentado obtener un beneficio económico; es decir, puede definirse como una sanción pecuniaria que implica el pago de una suma de dinero mientras que la indemnización resultará de daños o pérdidas materiales, que tienen por objeto imponer fuerza retributiva al condenado como instrumento de prevención del delito porque sirve como la limitación de la libertad en términos de capacidad económica; esta función ha propugnado recientemente imponer multas crecientes paulatinamente, lo que repercutirá en menores niveles de vida durante un período identificado” (García Caveró 2012) La jurisprudencia sostiene que “al imponer la multa no sólo se debe especificar el número de días sino también el tasa porcentual sobre el total de ingresos o patrimonio;

plazo de pago dentro del cual se debe pagar la multa inmediatamente después de la sentencia”; también se debe advertir sobre la conversión en caso de incumplimiento” (Casa de Cancelación No. 48-2004-Huánuco).

SUB-CAPÍTULO I

PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN LAS PENA

A. La dignidad de la persona

1. Definición

En la Constitución el Art. 1 señala lo siguiente: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”, (Fernández Sessarego, 2013) desde aquí, nos dice que “es todo aquello que conforma el ordenamiento jurídico del país, además, la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad constituyen la razón de ser del Derecho” (Fernández Sessarego, 2013)

Asimismo, el autor (Carpio Marcos & Sar Suárez, 2014) expresa que “existen derechos fundamentales que se imputan a la persona por el solo hecho de serlo; sin embargo, existen derechos aplicables a determinadas personas por su condición. Un ejemplo típico es el de los derechos laborales, para los cuales se requiere la existencia de una relación subordinada, personal y remunerada. Otro ejemplo interesante es el de los consumidores, consagrados en el artículo de la Constitución”.

Por otro lado, el autor (Alvarado Velloso, 2009) informa que “la persona es el ser humano considerado como fin en sí mismo, que solo el hombre tiene voluntad y derecho con mayor exactitud, así como también derecho subjetivo; que es un poder de voluntad o un señorío de voluntad otorgado por el ordenamiento jurídico”.

(Espezúa Salmón, 2008) ha referido que, “por dignidad humana se entiende el reconocimiento de todo hombre como ser humano y no como otra cosa u objeto, esta es inherente a su ser, además agrega que la dignidad lo constituye todo ese mínimo esencial valorativo que corresponde a toda persona por ser tal, así se tiene que para el

constituyente Néstor Pedro Sagúes, citado por el autor anteriormente señalado, la dignidad humana genera dos ámbitos: una garantía negativa en cuanto impone al estado y también a los particulares, abstenerse de atacar la dignidad, por ejemplo no humillar, no discriminar ilegítimamente, no torturar, etc. Una garantía activa, en el sentido de afirmar positivamente”.

En esta línea (Rioja Bermúdez, 2016) ha precisado que la “dignidad es caracterizada por la posición preferente que ocupa en el ordenamiento jurídico, y por la individualización respecto del rol de fundamento, fin y límite que a la misma le corresponde” (*) STC 06730-2006-PA/TC, FJ.

2. Alcances

Como apunta Rioja “a partir del respeto a la dignidad de la persona humana, el delito no debe ser entendido como una patología, enfermedad, lacra o epidemia social, o como un cuerpo extraño a erradicar de la sociedad, en cuanto solo produce daños y altera la paz social” (Rioja Bermúdez, 2016)

Desde esa óptica, la doctrina ha señalado que “el respeto al principio de la dignidad de la persona humana no permite el establecimiento de un abismo insalvable entre los seres humanos en cuanto al tratamiento jurídico y su condición valorativa. Quien delinque no debe ser visto como alguien distinto ni ser tratado como si lo fuera, la dignidad de la persona humana decreta la vigencia incondicional del principio de igualdad. El delito y el crimen, por más grave que sean, no hacen perder en ninguna circunstancia la condición de ser humano, más aún si la dignidad en su sentido genuino se adquiere con la concepción y se extiende incluso más allá de la muerte” (Espezúa Salmón, 2008)

De ahí que, “el que infringe las normas penales por ese solo hecho no se convierte en un ser indigno y pierde su valor, el delito no contradice ni aniquila la dignidad de la persona humana, sino que es expresión

de las limitaciones éticas del hombre y de la desigualdad social, signos irrefutables e inconfundibles de la humanidad, si bien el delito como un acto perturbador de la paz de la comunidad da lugar a un juicio social y ético de demérito o de reproche, así mismo el demérito y el delito no hacen a la persona menos valiosa ni extinguen su dignidad” (Espezúa Salmón, 2008)

B. El principio de Humanidad de las penas

1. Definición

Este principio exige también que los centros de arresto y detención, así como el procesamiento, no planteen riesgos de daño o perjuicio para el detenido. Hay que erradicar la tortura o las desapariciones, y las ejecuciones extrajudiciales, como medios extrajudiciales de control criminal. Además del Principio de Legalidad, el Principio de Humanidad actúa como limitación de las penas de muerte y de prisión indefinida. Además, obliga al Estado a hacer todos los esfuerzos posibles para dotar a su infraestructura penitenciaria de medidas preventivas que eviten que el recluso sufra degradación y deshumanización. Además, en la práctica habitual de los interrogatorios policiales, la tortura y los malos tratos no son una forma normal de obtener confesiones. También obliga al Estado a mejorar la conciencia social y cívica de sus órganos de control, principalmente entre ellos – policías y empleados del sistema penitenciario (Bramont-Arias Torres, 2002).

2. Alcances

El Principio de Humanidad “tiene su origen después de la Revolución Francesa y la posterior dación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que se busca desterrar toda forma de trato inhumano y denigrante, incluso a quien sufriera condena. Proclama no extraña a la Constitución de los Estado Unidos (1791) en su Octava Enmienda que reza: No se exigirá fianzas excesivas, ni se infligirán castigos crueles e inusitados” (Castillo Alva, 2001)

Si queremos saber cómo surge ello, siguiendo a Riojas diremos que “esta surge en una condición de poder jurídico, el ius puniendi estatal, para conservar su legitimidad, ha de respetar un conjunto de axiomas fundamentales: necesidad, legalidad, imputación subjetiva y culpabilidad, con sus correspondientes corolarios: subsidiaridad, intervención mínima, carácter fragmentario del Derecho penal, preeminencia absoluta de la ley, taxatividad, garantías penales básicas (criminal, penal, procesal y ejecutiva), interdicción de toda responsabilidad por el resultado, responsabilidad personal” (Rioja Bermúdez, 2016)

Explicando ello, en pocas palabras “una sociedad democrática, la cual se rige en la protección y propagación del cuidado y respeto de los Derechos Fundamentales, entre ellos el Derecho a la dignidad, debe estar regida por el Principio de Humanidad, este principio se encuentra regulado en el artículo tercero del Código de Ejecución Penal, el cual señala La ejecución penal y las medidas privativas de libertad de los procesados están exentas de tortura o trato inhumano o humillante y de cualquier otro acto o procedimiento que atente contra la dignidad del interno, se puede entender que el Principio de Humanidad se refleja principalmente en el sistema de ejecución de penas privativas de la libertad” (Rioja Bermúdez, 2016)

C. El principio de proporcionalidad

1. Definición

El principio de proporcionalidad “es considerado como un principio de carácter transversal que define, desde sus propios términos, los límites formas y condiciones a las restricciones de los derechos fundamentales materiales (artículo VI del TP del CPP)” (Bramont, 2000), y que “se deriva la cláusula constitucional del Estado de derecho prevista en el artículo 200 de la Ley Fundamental” (STC N° 10-2002-AI/TC, FJ 195) “es una meta principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico” (Ibidem).

2. Alcances

Según la doctrina “toda Constitución que tiene como premisa básica la dignidad humana y los derechos fundamentales, incluye implícito el principio de proporcionalidad como resguardo último frente a toda intervención o limitación por parte de los poderes públicos o privados. Así, el principio de proporcionalidad ayuda a limitar los derechos fundamentales desde dos perspectivas” (Espezúa Salmón, 2008)

“i) Limita la afectación del derecho fundamental para que solo sea restringido lo mínimo posible” (Ibidem).

“ii) Afecta el derecho fundamental en la medida en que es necesario para lograr los fines que se busca con tal limitación” (Ibidem).

Todo ello, está claramente reconocido en el texto del artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal. Así mismo, La sentencia del nuestro tribunal Constitucional en el Hábeas Corpus del Exp. N° 8439-2013-PHC/TC-Cusco, caso Palomino Reinoso; señala que “el principio de proporcionalidad de ninguna manera puede encontrarse exento de aplicación en la justicia penal, ya que la prescindencia de este conduce a resultados reprochables, no solo en términos de justicia penal, sino de respeto a los propios derechos fundamentales, pues una cosa es restringir la libertad a título de una pena bien aplicada y otra distinta afectarla por una medida sancionadora excesiva o errada”

La Corte suprema también se ha pronunciado al respecto señalando que “este principio demanda que la pena debe guardar relación con el grado de responsabilidad del agente, con la magnitud del daño ocasionado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado. Por consiguiente, la definición y aplicación de sanciones penales debe guardar una equivalencia razonable, en sus dimensiones cualitativas o cuantitativas, con el tipo de delito cometido, con las circunstancias de su realización y con la intensidad del reproche, con las circunstancias de su realización y con la intensidad del reproche que

cabe formular a su autor” (Recurso de Nulidad N° 415-2015-Lima Norte).

En otra oportunidad la jurisprudencia dada por la Corte Suprema ha sostenido al respecto que “el principio de proporcionalidad o de exceso es limitador del ius puniendi para evitar que las medidas punitivas impuestas sean un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva. No basta que la pena sea el resultado de un proceso debido, pues dada su naturaleza innegable de carácter aflictivo debe ser adecuada a los fines preventivos de la pena, por ello se acude al principio de proporcionalidad como vía indispensable para alcanzar una ponderación adecuada. En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico-penal para determinar e individualizar la pena exige tener en consideración los diversos criterios que establecen los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal; siendo que en el primero, se prevén las carencias sociales que hubieran sufrido el agente, su cultura y sus costumbres, así como los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella depende, mientras que en el segundo, se contempla los factores de medición o graduación de la pena, a los que se recurre ateniendo a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constituidas del hecho punible o modificatoria de la responsabilidad” (Considerando décimo cuarto del Recurso de Nulidad N° 1843-2014-Ucayali)

3. Clases

3.1. Proporcionalidad abstracta

"La proporcionalidad abstracta se encuentra en la formación de leyes penales", afirma el profesor Oré Guardia. En este sentido, se debe establecer si los medios de sanción son iguales a la capacidad de protección del Estado (Oré Guardia, 2016). El criterio de proporcionalidad, basado en el principio de subsidiariedad, según el cual no se permiten medidas punitivas si

medidas legales menores pueden lograr los mismos resultados, también fue señalado por Claría Olmedo (1998).

De acuerdo con el principio analizado anteriormente, algunos teóricos llegan incluso a sostener que no todos los delitos menores deben tratarse como actos criminales. Así, Bramont afirma afirmativamente que si un acto específico se considera merecedor de sanción penal, la forma y magnitud de dicha pena deben corresponder a la naturaleza y gravedad del acto. Sin embargo, cabe señalar que no estamos hablando de establecer una proporcionalidad directa entre un hecho concreto y una pena concreta en este nivel, sino de encontrar una proporcionalidad abstracta en un nivel superior. El principio de importancia en términos de castigo se deriva de castigar las lesiones a derechos más fundamentales, como la vida y la salud física, con penas más severas. Y si sólo se mencionaran los más importantes: el daño cometido contra un bien jurídico debe ser castigado con más severidad que el simple peligro de su elemento esencial; cualquier lesión colectiva a los bienes jurídicos debería ser objeto de una pena más severa que la mera infracción de uno de ellos; las conductas ilícitas deberían tener un mayor grado de nocividad que los actos culpables, pero invertir este orden de gravedad significaría un ataque contra el principio de proporcionalidad en el nivel de las acciones penales. La abstracción del derecho penal puede considerarse como la forma genérica por la cual la pena fijada para un acto determinado también se establece en base a un límite mínimo y máximo. Para determinar el grado de peligrosidad de un delito, algunos autores hacen referencia a la regla de que una ventaja obtenida a través del delito no debe exceder la desventaja proveniente de la pena” (Bramont - Arias Torres, 2002).

3.2. Proporcionalidad concreta

Se ha afirmado básicamente sobre ello que “la observancia de la proporcionalidad de las penas se presenta también en un nivel más concreto, a saber, en la actividad judicial, como se sabe, los tipos penales no hacen una descripción de un hecho particular ni establecen una pena para el caso concreto, sino que esa labor se la dejan propiamente al juez penal. Si bien el juez penal debe moverse dentro del marco dado por la ley penal, tiene libertad para decidir la relevancia penal de la conducta y la concreta sanción penal que debe imponerse al autor del hecho, los criterios para decidir la pena a imponer dentro de los marcos mínimo y máximo establecidos por ley, se encuentran regulados actualmente en el artículo 46 del Código Penal que permite la individualización de la pena, muchos de estos aspectos se refieren a la gravedad del hecho concreto, dentro de los mismos cabe destacar especialmente los siguientes: la naturaleza de la acción; los medios empleados; la importancia de los deberes infringidos; la extensión del daño o peligro causados; las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; los móviles y fines; la unidad o pluralidad de los agentes; la edad, educación, situación económica y medio social del autor” (Sánchez Velarde, 2009)

SUB-CAPÍTULO II

PENAS ALTERNATIVAS A LA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

A. La suspensión de la ejecución de la pena

Conforme lo señala la ley penal “el juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes” (texto de la ley):

Hay tres condiciones que deben cumplirse para clasificar a una persona con un pronóstico favorable. Estas condiciones incluyen: 1. La pena debe implicar un período privativo de libertad que no exceda de cuatro años; 2. El hecho del delito, la forma en que fue perpetrado, la conducta procesal y los rasgos de personalidad que permiten al juez no esperar más delitos de esa persona en el futuro. El pronóstico optimista sobre el comportamiento futuro que hace el juez necesita un razonamiento justificado; 3. El infractor no deberá ser delincuente habitual ni reincidente.

Por otro lado, se hace mención que “el período de suspensión varía de uno a tres años y cabe mencionar que la suspensión de la pena no podrá llevarse a cabo cuando se trate de funcionarios o empleados públicos que hayan sido declarados culpables de delitos deliberados” . previstos en los artículos 384 y 387” (la lista se amplió posteriormente para incluir otros delitos contra la administración pública y delitos violentos contra la mujer o miembros de la familia), lo que parece un derecho penal populista tiende a ser reaccionario sin poca orientación preventiva olvida el derecho penal mínimo principio. “El Código Penal peruano adopta el sistema europeo continental donde la ejecución de la pena se suspende una vez pronunciada (artículo 57)”, dice Javier Villa Stein. En lugar de ser una condena condicionalmente suspendida, puede verse como una sentencia ejecutada condicionalmente. La pena impuesta se ejecuta si el condenado no cumple el requisito; sin embargo, a la inversa, se cumpla o no este requisito, la condena persiste”. El argumento podría considerar una restricción a una pena

privativa de libertad. Sin embargo, esto sería un efecto de las medidas más que un reemplazo, como se analizó en las alternativas anteriores. La sustitución es sustituir una cosa por otra, y en la suspensión no es eso lo que sucede, por lo que la simple suspensión de la pena no constituye un mecanismo de sustitución de la pena”. (Villa Stein 2014). Sin embargo, cabe mencionar que no todos creen que el instituto sea bueno ya que según Mantovani citado por Hurtado Pozo (2011), lentamente podría estar deslizándose hacia el clemencialismo. Asimismo, dentro de nuestra comunidad existen quienes hacen un mal uso de la institución, dando una respuesta mínima y quizás criminalizada a ciertos fenómenos del derecho penal (Hurtado Pozo, 2011). Además, también sería válida una renuncia ex ante al proceso de toma de decisiones o a la ejecución de aquel que pueda llegar a ser definitivo. A su vez, la suspensión de la ejecución de la pena también es una forma de tratamiento en libertad; consistente en diferir la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad determinada en el momento de la condena.

B. La reserva del fallo condenatorio

El juez podrá sostener la condena siempre que concurren algunas circunstancias individuales, que puedan ser probadas fehacientemente al momento de imponer la pena y de ellas puedan inferirse que el infractor no cometería otro delito. Las autoridades judiciales deben tener una explicación válida detrás de su predicción positiva sobre el comportamiento futuro de los condenados. Las situaciones en las que se puede realizar una reserva son las siguientes:

En el texto estándar está escrito que “1. Cuando el delito conlleve pena privativa de libertad no mayor de tres años o multa; 2. Cuando la pena a imponer no exceda de noventa días de servicios comunitarios o de privación de días de descanso; 3. Cuando la pena a imponer no exceda de dos años de inhabilitación. El período durante el cual la condena debe permanecer en sus libros es de uno a tres años, comenzando cuando la sentencia adquiere fuerza de cosa juzgada y terminando sólo

después de que haya agotado totalmente este período de retención”. El joven docente, profesor James Reátegui Sánchez, afirma que cuando la sentencia quede bajo reserva el Juez no incluirá su opinión sobre la decisión final en la parte resolutive de esta sentencia, aunque sí podrá determinar las responsabilidades civiles que de dicha sentencia puedan derivarse. ofensa; La reserva de pena se inscribe en un registro especial que lleva el Poder Judicial. Este Registro atiende solicitudes por escrito de jueces de la jurisdicción de la República para verificar el cumplimiento de normas de conducta y evaluar si existe alguna intencionalidad detrás de la comisión de un nuevo delito. El registro es privado, restringido y temporal, sin excepciones para la emisión de certificados para otros usos. Después del período de prueba, el registro caduca automáticamente y no se puede hacer referencia a él en ningún contexto. En caso contrario, si aún así el Juez de origen confirma este retiro tras consideración de quien lo solicita” (Reátegui Sánchez, 2019). Según Reátegui Sánchez (2019), “Se trata de declarar la culpabilidad del imputado en la sentencia, pero sin que se emite sentencia condenatoria y sentencia que se mantiene en reserva y condicionadas a que se cumpla o no el período de juicio por el cual el sentenciado ha abstenerse de cometer un nuevo delito y respetar las reglas de conducta que ordene el juez. La reserva de condena es una forma alternativa de pena que un juez puede considerar en lugar de imponer una pena privativa de libertad, e implica suspender la pena mientras se determina la pena adecuada para el delito. El ofensor.

C. La conversión de la pena

Según Reátegui, cuando la pena condicional o reserva de condena no procede, el juez tiene la facultad de cambiar una pena privativa de libertad no mayor a dos años por otra multa, o la pena privativa de libertad no mayor a cuatro años por otra prestación de servicio comunitario. , o limitación de días libres; un día de privación por un día de multa, siete días de prisión por un día de prestación de servicios a

la comunidad, o limitación de días libres. Además, como establece el artículo 29-A Apartado 3, la pena privativa de libertad puede ser convertida por el propio juez, así como una petición de parte, en una pena de vigilancia electrónica personal; es decir a razón de un día de privación por un día de vigilancia electrónica personal (Reátegui Sánchez, 2019).

Asimismo, el autor señala que "existen otras cinco formas de privación de libertad efectiva que se han considerado en el Código Penal vigente, y son las siguientes" (ibídem):

- “a) sustitución de la pena privativa de la libertad”;
- “b) conversión de la pena privativa de libertad”;
- “c) suspensión de la ejecución de la pena”.

Según la doctrina, entre ellas se encuentran la “suspensión de la pena”, que muchas veces es aplicable, luego en mucha menor medida la “reserva de la condena medidas” y finalmente, prácticamente nula utilidad para las demás alternativas (Reátegui Sánchez, 2019).

“La institución penal de conversión de pena puede definirse como la conmutación de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia, por una sanción de distinta naturaleza. En el caso del Derecho Penal peruano, las posibilidades de conversión de las dos penas privativas de libertad son: conversión en multas o conversión en penas limitativas del derecho a prestar servicios a la comunidad o limitación de días de descanso”. (Prado Saldarriaga, 2010) Dos principales penas privativas de libertad convertibles en multas y sanciones limitativas del derecho a servicios públicos o días libres se describirían a continuación: Esta medida alternativa sólo podrá adoptarse en el caso de que la pena de condena no supere los dos o cuatro años de prisión; y, en segundo lugar, que en el caso particular como prerrequisito específico, resulta imposible suspender la ejecución de la pena o condenar con libertad condicional. La base legal para la conversión de la pena privativa de libertad es el artículo 52 del Código Penal, que establece que si no se puede imponer la pena condicional o la suspensión de la condena, el

juez tiene la facultad discrecional de convertir una pena privativa de libertad. libertad que no excede de dos años en otra. multa, o hasta cuatro años de pena por servicios comunitarios, días de licencia limitadas a razón de un día de cárcel equivale a un día de multa o siete días de privación de libertad equivalen a un día de servicio comunitario o siete días de privación equivalen a un día de licencia. Está previsto en la norma: “Si una pena condicional o reserva de sentencia fuere improcedente, el juez podrá sustituirla por otro tipo de pena (entre las que podrían estar: servicios comunitarios, suspensión de vacaciones y multa” (cf. Considerando 4 Recurso de Nulidad No. 382-2012-La Libertad).

D. La prisión domiciliaria

1. El caso de Argentina

“La detención domiciliaria implica, en todo caso, el cumplimiento de la obligación de permanecer en el domicilio fijado” (Laje Anaya, 1997)

Señala el mismo autor que “el encierro de la persona continúa rigiendo bajo diversas circunstancias y acorde a las condiciones objetivas que se presentan en el sujeto, esta forma de detención queda supeditada a la existencia de un lugar apropiado para su cumplimiento y una persona o institución al cuidado del condenado”. Con relación a ello (La Rosa, 2007) señala: “En esta circunstancia la ley presume que, con esta doble sujeción al lugar y al individuo responsable, la medida coercitiva cumplirá con sus finalidades.”.

“El instituto de la prisión domiciliaria se encuentra regulado en las normas fundamentales de nuestro derecho positivo, el art. 10 del Código Penal Argentino y el art. 32 de la Ley 24.660 con sus respectivas modificatorias a través de la Ley 26.472, que amplían los supuestos en los que se puede sustituir el aislamiento en prisión por el arresto domiciliario, con el fin de evitar el encierro de aquellos reos que merezcan especial atención, como son las mujeres embarazadas o con hijos menores a cargo y las personas mayores,

enfermas o con alguna discapacidad: Artículo 10, Código Penal: Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria”: (La Rosa, 2007)

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

Así mismo, señala (Daray, 2013) “en el Artículo 32, Ley N° 24.6602 : El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) Al interno mayor de setenta años; e) A la mujer embarazada; f) a la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo” (Daray, 2013)

LA Rosa nos dice que “las principales características que presenta esta figura en este ordenamiento legal, son las siguientes: Este tipo de prisión morigerada responde a una serie de requisitos establecidos en la ley de ejecución penal; es facultad discrecional del juez su otorgamiento cuando se dan los presupuestos legales, quedando excluidas las inclinaciones subjetivas que pueda aplicar el magistrado, debiendo apelar a razones estrictamente objetivas; este instituto quedó incorporado definitivamente al Código Penal en su art. 10; como se verá esta modalidad de cumplimiento de pena tal como fue planteada presenta posturas a favor y en contra, algunas críticas acerca de la conveniencia o no de su aplicación en determinados casos”. (La Rosa, 2007)

2. El caso de Estados Unidos

Otra alternativa al encarcelamiento que se suele considerar es el arresto domiciliario, ya sea para personas investigadas o condenadas a pena privativa de libertad. Sin embargo, aunque el arresto domiciliario se considera menos intrusivo que el encarcelamiento, sigue siendo una de las más medidas punitivas para el individuo y representa otra forma de privación de libertad. En particular, muchas personas en contacto con la ley cambian muy a menudo de domicilio y algunas viven en la calle o en condiciones de hacinamiento. Por ello, el arresto domiciliario resulta ser una medida que no pueden cumplir.

Estar bajo arresto domiciliario todo el día, todos los días, es una carga intolerable para muchas otras personas que viven en la casa del delincuente. También significa que su hogar se convierte en su prisión, pero a diferencia de cuando están encarcelados, serán responsables de satisfacer sus propias necesidades básicas. "Diferentes herramientas de vigilancia electrónica como (...) pueden exacerbar la sensación de opresión bajo arresto domiciliario". (ONUDD, 2010) "El arresto domiciliario podría imponerse en el domicilio de la persona o en el de otra persona, con vigilancia

personal o electrónica, según lo indique el juez. Este tipo de restricción de la libertad puede resultar aún más grave si no existen normas judiciales, administrativas y judiciales adecuadas, procedimientos y servicios sociales que podrían convertirse en una alternativa real al encarcelamiento, encaminada no al castigo sino a la integración en la sociedad de la persona que recibe tal medida". A modo de ejemplo, el arresto domiciliario puede controlarse mediante la especificación del juez sobre el rango de tiempo para garantizar que una persona mantenga un empleo remunerado durante el día pero confinada en casa durante la noche. Además, esta disposición no debe convertirse en otra forma de privación para quienes viven con personas condenadas o en prisión preventiva, y no debe verse como un mayor riesgo de victimización para las personas que sufren violencia o abuso por parte de un acusado, una persona condenada, o cualquier otro ocupante de su unidad de vivienda. Es importante garantizar que las condiciones de arresto domiciliario para las mujeres tengan en cuenta sus derechos y los derechos de su familia, sin limitar sus oportunidades de obtener ingresos y/o cuidar de su familia. En este sentido, una manera sería garantizar el acceso a necesidades esenciales como alojamiento, alimentos, medicamentos, así como el apoyo de organizaciones comunitarias (UNODC, 2010).

SUB-CAPÍTULO III

PRISIÓN DOMICILIARIA COMO PENA

En nuestro país la detención domiciliaria, como afirma (Del Río Labarthe, 2010) es una medida de coerción personal obligatoria, que se aplica cuando se dan los presupuestos de la prisión preventiva, pero que, por razones humanitarias, sustituye a esta en los supuestos que la ley señala (véase STC Exp. No 0019-2005 PHC/TC).

Como es de verse, conforme a lo dicho en el párrafo precedente, en el Perú la detención o arresto domiciliario, funciona solamente como una medida cautelar personal dentro del proceso penal, tan igual como lo son la prisión preventiva, o la comparecencia con restricciones, entre otras; que tiene como fin asegurar la ejecución eficaz de la eventual condena efectiva dentro del procesamiento penal; sin embargo, no se ha previsto en nuestra legislación al confinamiento domiciliario como un tipo de sanción penal o consecuencia jurídica del delito, pues, como se sabe, y la luz de nuestro código penal, estas son: la pena privativa de la libertad, la pena restrictiva de la libertad, la pena limitativa de derecho, multa y la pena de vigilancia electrónica personal (artículo 28 y 29 A del Código penal). La primera de las mencionadas (la privativa de la libertad), se puede ejecutar de dos formas: con internamiento en el penal (ejecución efectiva); o sin ingreso a un centro penitenciario, pero con sometimiento del condenado a reglas de conducta. Consideramos que, se debe incorporar de lege ferenda, la ejecución con arresto o confinamiento domiciliario, como otra forma de ejecución de esta pena privativa de la libertad.

Desde nuestra óptica, el arresto en el domicilio como forma de ejecución de la pena privativa de la libertad, no representaría riesgo alguno que impida que la pena cumpla, sus fines, es más, somos de la opinión que permitiría alcanzar dichos fines. Como se sabe, la pena en el Perú, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, en reiteradas sentencias, (expediente 19-2005 PHC-

TC / 010-2002 AI- TC, entre otras), tiene un fin preventivo, esto es, no le ha asignado a la sanción penal un contenido meramente retribucionista (tesis absolutas de la pena), sino que lo que se busca más que un mero castigo, es que tanto el infractor como la comunidad, no vuelvan a realizar delitos: prevención especial y general respectivamente; y no por un sentido de temor a la sanción misma, sino por concientizar a las personas sobre el cumplimiento de las normas y el mantenimiento de su vigencia para conservar el orden colectivo. En ese contexto es donde tiene cabida, la ejecución de la pena privativa de la libertad no con reclusión en un centro penitenciario, sino en el domicilio; este confinamiento domiciliario permitiría, evitar las deficiencias que tienen los penales para cumplir sus fines penitenciarios (artículo 139. 22 de la constitución) y, por el contrario, facilitaría que el penado se rehabilite, se resocialice y se reinserte en la sociedad, de esa forma se podría disminuir los índices de reincidencia.

Ahora bien, un aspecto también a analizar es que el propio Tribunal Constitucional mediante la sentencia recaída en el expediente N° 5336-2014 PHCC/TC, ha declarado el estado de cosas inconstitucional de los establecimientos penitenciarios, esto es, según el máximo intérprete de la Constitución, los centros penales de reclusión no cumplen con las garantías mínimas que permitan que los reos tengan las condiciones mínimas básicas y dignas que permitan la resocialización del condenado. Esta ha sido la razón por la que el máximo órgano de protección de la Constitución, ha emplazado al Estado para que en el plazo máximo de cinco años se revierta esa situación de la realidad carcelaria de nuestro país; en ese escenario, donde resulta muy complejo el mejoramiento del sistema penitenciario, es urgente evaluar la opción que proponemos en esta investigación, ya que, con esto se reduciría el hacinamiento en los penales y permitiría un mejor manejo de la sobrepoblación carcelaria, pues, un porcentaje de los condenados cumplirían su condena con confinamiento domiciliario; esto permitiría que los penales pueden ser mejor administrados y que puedan cumplir su función principal que es lograr los fines de la pena.

A lo dicho hasta ahora como razones que justificarían la incorporación de esta pena en el Perú; es imprescindible, señalar, que para poder alojar en nuestro catálogo penal esta nueva forma de ejecución de la pena privativa de la libertad; debe existir un fundamento o sustento en clave de derecho o principio fundamental que sirva base para esta pretendida incorporación. En ese escenario diremos que este cimiento jurídico es el principio de dignidad humana, el que se concretiza en el principio de humanidad de las penas.

Desarrollando la idea del párrafo precedente señalamos que, el Tribunal Constitucional, ha precisado que las penas se deben imponer respetando el principio de humanidad de estas, que se fundamenta el principio de dignidad humana (STC recaída en el expediente N°1429-2002 HC/TC). En virtud de este principio, se prohíben las torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, de conformidad con lo previsto en el artículo 5, apartado 2 del pacto de San José de Costa Rica, artículo 5 de la declaración universal de derechos humanos, el artículo 7 del pacto internacional de derechos civiles y políticos y la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Reyes, 2019). El propio tribunal en la sentencia anotada ha dejado claro que el principio de dignidad humana adquiere concreción o rebaza su dimensión subjetiva y se proyecta como un valor o principio objetivo, dentro del derecho penitenciario como el principio de humanidad de las penas, regulado en el artículo 3 del código de ejecución penal.

Es importante apuntar también que el derecho comparado, no es ajeno a esta forma de ejecución de la pena privativa de la libertad. Esta posibilidad de incorporar la pena de reclusión o confinamiento domiciliario, a nivel de la legislación comprada, lo podemos encontrar en los Estados Unidos de Norteamérica o en latitudes más cercanas como en Argentina. Para desarrollar la idea diremos pues, que en algunos países la detención o arresto domiciliario, no solo tiene – como en nuestro ordenamiento procesal penal- aplicación o

naturaleza cautelar, esto es, no solo funciona como una medida de coerción personal, sino como en el caso de los Estados Unidos, funciona como una pena, pudiendo el sentenciado, cumplir la totalidad de su condena o parte de esta en confinamiento domiciliario. Del mismo modo en el código penal de la Nación de Argentina, en su artículo 10 señala que, a discrecionalidad del juzgador competente, y bajo determinados supuestos señalados en este artículo, se ordene la reclusión domiciliaria, esta disposición está en concordancia con los artículos 32, 33 y 34 de la ley de ejecución de la pena privativa de libertad (ley 24660 de 1996, modificada por la ley 27375) que permite, que el juez de ejecución, está en la posibilidad de poder (podrá dice la norma) disponer el cumplimiento de la pena impuesta, en un domicilio señalado por el condenado.

Ahora bien, si como se dijo el fundamento para incorporar esta forma de ejecución de la pena, es el principio de humanidad de las mismas, los supuestos es los que esta debe aplicarse deben estar en absoluta armonía y concordancia con ello, es decir, deben ser las razones humanitarias las que sustente los supuestos de aplicación de la pena de confinamiento domiciliario; ya que como afirma Castillo Alva “Una pena es humana cuando no agrava el conflicto y el drama creado por el delito, convirtiendo al autor del mismo en una nueva víctima, pero esta vez ya no de un tercero, sino del propio Estado y de la sociedad. Una pena es humana cuando no desocializa o no impide una reconciliación del infractor con el derecho y la sociedad, no impone males crueles en abierta desproporción con la gravedad del hecho (Castillo Alva, 2001)

Sostenemos que procedería el confinamiento domiciliario cuando el condenado: Padece de una enfermedad grave o incurable que se encuentre en fase terminal; en supuestos de grave discapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento; cuando tenga más de 60 años, ya que esta edad se condice con la protección señalada por un

tratado de derechos humanos: la convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores; o cuando se trate de una madre gestante o que esta tenga hijos hasta un dos años de edad cronológica, pues esta es la edad, según la OMS, en la que el hijo necesita imperiosamente de la cuidados propios de la madre, ello sin perjuicio de la protección a los derechos de los niños y niñas.

Como puede verse, no se ha señalado los supuestos de procedencia del arresto domiciliario como forma de ejecución de la pena, de forma antojadiza, sino que se ha tenido como fundamento lo que en el derecho comparado se regula, pero no solo ello, los supuestos de aplicación están enunciados no solo en función a la dignidad de la persona (derecho constitucional y convencional), sino también en los tratados que protegen los derechos de las personas mayores y el propio derecho del niño que tienen base normativa internacional; no debemos olvidar que conforme, el artículo V del Título preliminar del código procesal constitucional, artículos 3, 55 y 1era disposición final y transitoria de la Constitución política del Estado; los tratados sobre Derechos Humanos son la primera fuente interpretativa de las normas internas, así como, el fundamento de aplicación directa de estos tratados en el ordenamiento jurídico interno.

Lo dicho sobre los supuestos en los que se debe aplicar la prisión o arresto domiciliario como forma de ejecución de la pena, debe aplicarse siempre y cuando se trate de condenados con penas superiores a los cuatro años o que no estén dentro de los supuestos de la suspensión de la ejecución de la pena conforme al artículo 57 del código penal; así mismo, siguiendo el modelo argentino, artículo 34 de la ley 24660, se debe revocar el confinamiento domiciliario cuando el sentenciado haya quebrantado sin justificación el deber de permanencia en el domicilio señalado para el cumplimiento o del arresto domiciliario.

Por último, sostenemos que deben existir límites a la aplicación de esta forma de ejecución de la pena privativa de libertad que se está proponiendo, y estos deben ir en la línea de su prohibición en casos que afecten gravemente a la humanidad: delitos de lesa humanidad.

De esta forma se proponer como texto del artículo:

Artículo 57- A del Código Penal:

El juez sustituirá el internamiento en el penal a aquella persona que:

- a. Tiene más de 60 años
- b. Tiene una enfermedad grave e incurable
- c. Tiene una incapacidad física grave y permanente
- d. Es madre gestante o tiene un hijo de dos años

2.3. MARCO CONCEPTUAL

- **Arresto**
Privación de la libertad por un periodo corto. Constituye una medida de apremio legítima destinada a competir a la persona afectada por la medida al desarrollo de una conducta determinada. (Chanamé Orbe, 2022)
- **Arresto domiciliario**
La detención domiciliaria puede operar como una forma de comparecencia restringida obligatoria
- **Detención**
Privación preventiva de la libertad impuesto a un individuo para dar cumplimiento a un mandato judicial. (Chanamé Orbe, 2022)
- **Penas privativas de la libertad**
Tiene la finalidad de suprimir la libertad del libre albedrío por tiempo estipulado en la condena del agente, confirmándolo en una prisión.
- **Penas restrictivas de la libertad**
Son las penas que restringen gradualmente el ejercicio de ciertos derechos elementales y fundamentales del agente trasgresor de la ley. (Chanamé Orbe, 2022)
- **Prisión**
Institución penitenciaria en la que tiene lugar el cumplimiento de las penas privativas de libertad. Lugar de confinamiento de los condenados a cumplir penas privativas de la libertad.
- **Prisión preventiva**
Es la prisión que sufre el procesado mientras se sustancia al procesado. (Chanamé Orbe, 2022)

2.4. SISTEMA DE HIPOTESIS

Los fundamentos jurídicos para incorporar el arresto domiciliario como forma de ejecución de la pena privativa de libertad en el Perú son: el estado de cosas inconstitucional de los centros penitenciarios en el país; el principio de dignidad humana y específicamente en el de humanidad de las penas; y, la protección de los derechos del niño y de las personas mayores en tratados sobre Derechos Humanos.

III. METODOLOGÍA EMPLEADA

3.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

En este trabajo es de tipo de Investigación es Básica porque buscó ampliar más los conocimientos respecto a la forma de entender de como la regulación genérica del mandato ejecutivo en este tipo de procesos vulnera la tutela jurisdiccional.

El Nivel de Investigación es Descriptiva porque analizamos una problemática jurídica que tiene gran impacto en la realidad.

3.2. POBLACION Y MUESTRA DE ESTUDIO

La presente investigación al ser de tipo descriptiva propositiva no se aplica sistema de población y muestra.

3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

En la presente tesis se aplicará la investigación no experimental – transversal: pues se caracteriza por estudiar, recopilar información teórica dogmática en un momento y tiempo concreto.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Técnica utilizada para recolectar datos es el análisis documental, que se hizo por medio de la técnica de fichaje.

3.5. PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS

Se realizó, básicamente en tres pasos:

- a. Primero: se recabó y seleccionó la información
- b. Segundo: se analizó la información
- c. Tercero: se plasmó la información extrayendo lo relevante para comprobar la hipótesis.

IV. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

1. Sobre las penas en el Perú:

Al respecto cabe indicar que conforme se ha desarrollado a lo largo de la investigación, la doctrina señala que los principios del derecho penal lo son también de las penas de tal forma que, con respecto a las penas también les son aplicables los principios de legalidad, además el de lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, y uno, que es propio de las sanciones penales como señala Castillo Alva: el de humanidad, que descansa en el principio de dignidad de la persona humana.

De ahí las cosas, se debe apuntar como lo ha hecho también la doctrina y la jurisprudencia que, el principio de legalidad en relación de las penas implica que todas las sanciones penales que se impongan deben, necesariamente, estar recogidas en la ley penal, como consecuencia jurídica de aquellos comportamientos típicos, antijurídicos y culpables, además de punibles, sea que sean considerados faltas o delitos. El principio de legalidad implica, con todo lo que se ha podido recoger de la doctrina y de la jurisprudencia, que las penas, tanto para los delitos y las faltas deben ser recogidas por la ley (principio de reserva de ley), entendiéndose por ley, a la ley ordinaria del congreso, o a la facultad derivada de legislar: decretos legislativos. No se debe olvidar que incluso todo nuestro Código Penal se puso en vigencia por medio de un decreto legislativo. Además, las penas, o, en general las sanciones penales deben estar expresadas por la ley de forma escrita, de tal manera que no se puede imponer una sanción penal que no encuentre regulada en la disposición penal que, a la vez, tipifica un hecho como delito o falta, o, parafraseando a García Caveró, no pueden imponerse penas por costumbres.

Siguiendo con el principio de legalidad de las penas es necesario indicar que, mediante el principio de legalidad, de las penas, estas deben ser descritas de formas clara y además de modo que este al alcance de entendimiento del hombre medio, como ha referido el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0010- 2002 PI/TC, la pena a la que la ley haga alusión debe ser inequívoca, exigencia que se aplica también a los tipos penales como a su consecuencia. No podría pensarse, que se debe imponer pena a un ciudadano, por la comisión de un hecho no regulado expresamente pero que es similar a otro si expresamente tipificado, pues ello implicaría la vulneración del principio de legalidad en su manifestación de ley estricta.

Entrando al análisis del principio de lesividad, como se ha visto a lo largo de la investigación, con los aportes de la doctrina, este también se les aplica directamente a las sanciones penales, o, en términos específicos a las penas, por medio de esta garantía, la pena no puede ser impuesta por algún juez penal si es que la conducta por la que se le persigue no lesiona o pone en peligro un bien jurídico; a partir de ello, se coincide, con lo propuesto por el profesor Peña Cabrera y la doctrina nacional en el sentido, los jueces para imponer sanciones, aunque estas estén reguladas en la ley, primero deben hacer un análisis de constitucionalidad de la figura penal, pues de no ser alguna que lesione o ponga en riesgo un bien jurídico, sino una prescripción típica de orden estrictamente moral, no será necesario imponer una pena, como por ejemplo sucedió en el Recurso de Nulidad N° 1915- 2013, donde la Corte Suprema, ante un caso contra “el pudor público” que tenía como presunta víctima a un menor de mas de catorce años, señaló la no imposición de pena, por carecer esta conducta, a pesar de ser tipificada con una sanción expresa, de sustento en relación a la protección de un bien jurídico protegido. Aquí también se puede hacer clara mención del principio de derecho penal

mínimo, donde solo es necesario sancionar en los casos de que la lesión de los bienes jurídicos sea sobre bienes jurídico protegidos por el derecho penal y que la lesión o puesta en peligro revista de alguna entidad relevante, por lo que quedan fuera de la aplicación de una sanción penal supuestos de riesgos insignificantes.

El principio de culpabilidad aplicado a las penas implica, un doble deber, de un lado para el legislador, de que exclusivamente señale la obligación de sanciona aquellas conductas que se amparen en el derecho penal de acto y deseche las que son propias de un derecho penal de autor; y, por el lado del juez, de no imponer penas a las conductas en las que únicamente existe responsabilidad objetiva, es decir, un comportamiento despojado de dolo o negligencia (culpa).

Sobre este principio referido a la pena, mención especial merece la reincidencia y la habitualidad, en las que, conforme al propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 14- 2006 PI/TC, y expediente N° 003-2005 PI/TC, donde el máximo ente de interpretación de nuestra Carta Fundamental ha indicado que la reincidencia no vulnera el principio de culpabilidad penal en razón que el incremento de la pena en razón de la calidad de reincidente, no se basa en la peligrosidad de la persona, sino de poca capacidad de resocializarse, además también y que demás no se está sancionando a las personas por lo que estas “son o han sido”, sino que, su poco nivel de resocializador constituye un agravante cualificada del delito que cometen (acto o hecho).

Un principio básico de las penas, es el de proporcionalidad, el que como se sabe, tiene un doble prisma: la proporcionalidad abstracta y la proporcionalidad concreta. La primera de ellas es la obligación impuesta al legislador, para que, al momento que establezca las

penas en los diferentes delitos, tenga que tener en cuenta la responsabilidad por el hecho, de tal manera que injustos penales de mayor gravedad no tengan sanciones más altas que aquellas conductas que representan un menor grado de dañosidad. Lamentablemente, tal principio, a raíz, de una creciente demanda social de aumento desmedido de penas se ha ido descuidando, de tal manera que existen, por ejemplo, delito de peligro con sanciones penales mayores a los delitos de resultados, sin dejar de señalar a los delitos en los que se lesiona bienes jurídicos menos trascendentes y tienen sanciones mayores en comparación con aquellas conductas donde se dañan bienes jurídicos de mayor jerarquía. Con respecto a la proporcionalidad de la pena concreta, es decir, la medición de debe hacer el juez de la condena que se debe imponer, si bien es cierto, existen algunas mejoras de tratamiento por parte de los jueces, no es menos cierto, también que muchas veces los juzgadores terminan siendo atados por lo que la ley señala y no aplican este principio para inaplicar la pena que en la ley esta establecida de forma desproporcionada. Tal es así que el Tribunal Constitucional ha inaplicado la pena abstracta que se establece en el primer párrafo del artículo 189 del Código Penal (Robo agravado), señalando que tiene una sanción muy alta en relación con los delitos que protegen bienes jurídicos más importantes, como la vida humana por ejemplo (Expediente N° 413- 2021PHC/TC)

Junto a los demás principios uno que definitivamente es muy trascendente en función de la investigación que se está desarrollando, es el de humanidad de las penas, este principio se sustenta en el principio derecho de humanidad de las penas, es decir, nace de aquel “valor y principio constitucional” por el que se prohíbe que los seres humanos sean tratados como meros objetos o instrumentos y que además es la fuente primigenia y originaria que sustenta la existencia de derechos fundamentales en las

personas. Mediante este principio derecho, como lo denomina el Tribunal Constitucional (Expediente N° 10087- 2005 PA/TC). Con ello se debe decir, que por la dignidad humana se dan las condiciones básicas que evitan, no solo el abuso del poder punitivo del Estado, sino también el respecto del desarrollo de la personalidad. Una persona no puede ser objeto de tratamiento por parte del Estado como si se tratara de un objeto, cosa o instrumento. El principio de humanidad de la pena permite entender que, si la sanción es vista solamente desde la óptica de un mero castigo, sin utilidad resocializadora, y más bien sirve para causar mayor aflicción a la persona, como una especie de venganza encubierta del Estado que, sin un fin legítimo, solo busca causar dolor en el sujeto activo, es una pena que infracciona o quebranta el principio de humanidad de las penas, o usando textualmente las palabras de Castillo Alva, se está frente a una pena que respeta el principio de dignidad humana cuando “no agrava el conflicto y el drama creado por el delito, convirtiendo al autor del mismo en una nueva víctima, pero esta vez ya no de un tercero, sino del propio Estado y de la sociedad. Una pena es humana cuando no desocializa o no impide una reconciliación del infractor con el derecho y la sociedad, no impone males crueles en abierta desproporción con la gravedad del hecho (Castillo Alva, 2001).

Ahora bien, luego del análisis de los principios resta decir, que todas las clases de penas que existen en el Perú (artículo 28 del Código penal), ya sea que se impongan como penas únicas, de forma conjunta o estén recogidas en el Código de forma alternativa, deben observar escrupulosamente los principios antes explicados. Claro, está que al ser la pena privativa de la libertad la más grave, ella debe, con mayor cuidado aún imponerse y ejecutarse en función de la dignidad de la persona, de tal manera que no convierta en un instrumento para agravar más la situación

posterior a la comisión de un delito, sometiendo al autor en un objeto o instrumento donde el Estado pueda abusar de poder punitivo; es en ese sentido, que, en los casos donde aparezcan causas humanitarias esta pena privativa de libertad debiera ejecutarse de tal forma que no cause una mayor aflicción del condenado, evitando un tratamiento del penado por parte del Estado, utilizando la pena como un "mal por mal", desnaturalizando su función constitucional de resocialización (139.22 de la Constitución), pues no se debe olvidar, que como ha apuntado el Tribunal Constitucional entre muchas sentencias, dentro de las que destaca la del expediente N° 19- 2005, las penas en el Perú se guían por el fin resocializador, es decir, la pena no es un mero castigo, sino una sanción que contiene una utilidad (teoría de la prevención). Sin embargo, en el Perú, no se tiene la posibilidad de poder pasar el presidio en el domicilio del condenado, ya que, en el Perú la pena privativa de la libertad se ejecuta de forma efectiva, que implica la internación en el penal o se suspende la ejecución de la pena. Además de ello también el artículo 402 inciso 2 del Código Procesal penal regula la posibilidad de una pena efectiva que no se ejecuta de forma inmediata, siempre que se trate de un delito que por su naturaleza pueda permitirse ello, el condenado se encuentre en libertad y además se pueda evitar el peligro de fuga, todo ello mientras se resuelve el recurso de apelación. Por lo que, en el Perú, no se admite otra forma de ejecutar la pena, quizá se pueda agregar, como señala la doctrina que se ha consultado a lo largo de la investigación a la "vigilancia electrónica personal".

2. La detención domiciliaria en el País:

Conforme se ha observado a lo largo de lo señalado en la investigación, en el Perú a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos de Norteamérica o lo que está regulado en Argentina, el arresto domiciliario, no es una pena autónoma o una forma de ejecución de la pena privativa de la libertad, sino que solo está regulada en la norma procesal, como señala la doctrina como una medida de coerción personal en el proceso penal, es decir, la detención domiciliaria contenida en el artículo 290 del Código Procesal Penal, tiene naturaleza instrumental por lo que sirve para asegurar la eficacia del ejercicio del ius puniendi estatal, o, dicho en otros términos para asegurar el cumplimiento de la sentencia condenatoria que recaiga sobre el acusado. Como medida de coerción personal, el mismo Tribunal Constitucional, ha señalado que es sustitutiva de la prisión preventiva y no subsidiaria de esta por lo que su imposición es imperativa en los casos en se presenten los supuestos establecidos en la ley los que al mismo tiempo se sustentan en razones humanitarias que nacen del respeto al principio de dignidad de las personas.

De lo dicho pues no le falta razón a la doctrina cuando apunta que la detención domiciliaria al ser estrictamente, solo una medida de coerción personal no tiene porque endilgárseles fines de pena, es decir, al tener carácter cautelar, no puede pretender, por ejemplo, evitar la reiterancia delictiva, como equivocadamente la misma ley procesal ha señalado; sino que más bien, obedece a los fines propios de las medidas de cautelares del proceso penal, por lo tanto, se reitera que lo que busca es atar al procesado a los fines del proceso penal, por tanto, la detención domiciliaria, al igual que todas la demás medidas de coerción, tienen por objeto evitar el peligro de fuga y el peligro de obstaculización de la averiguación

de la verdad, siempre y cuando se respeten los presupuestos propios de toda medida de coerción.

Un cuestión muy importante a tener en cuenta es los cambios en función a la regulación y sobre todo a la naturaleza jurídica que ostenta la detención domiciliaria, y es que, mientras que anteriormente era considerada un medida residual o subsidiaria a la prisión preventiva, como es el caso de la “comparecencia con restricciones”, o si por el contrario se trata de una medida de coerción personal “sustitutiva” de la prisión preventiva, es decir, es una medida que se utiliza cuando no se presentan los presupuestos de la prisión preventiva, referido estrictamente al peligro procesal, el cual se puede evitar, o , es que es una medida que se debe imponer de forma imperativa, cuando se cumplen los presupuestos de la prisión preventiva, y que muy excepcionalmente, a pesar de darse las circunstancias de índole humanitario, y si el procesado pudiere fugar i entorpecer la actividad probatoria, se hará recién de manera subsidiaria de la prisión preventiva.

Definitivamente, tal y como esta regulada en el Código Procesal Penal, la detención domiciliaria, no tiene un carácter residual, es decir, no es una variante de las medidas de coerción, sino que más bien es una medida que cumple un rol sustitutivo de la prisión preventiva, hecho que se puede apreciar fácilmente de la prescripción legal contenida en el artículo 290 del Código Procesal Penal: “... *cuando pese a corresponder prisión preventiva...*”. Como lo sostiene la doctrina, entonces la detención domiciliaria se adscribe a la teoría o modelo “restringido”, lo que hace que nazcan de ahí dos características bien marcadas para esta medida de coerción personal: por un lado, resulta ser una medida de carácter obligatoria en defecto de la aplicación de la medida de coerción de la prisión preventiva; y de otro lado, su aplicación se sujeta a

situaciones estrictamente señaladas en la ley, es decir, las causas en las que se impone esta medida de coerción se adscriben al sistema de causas reguladas de “manera tasada” .

Demás esta señalar que esta medida tenía tratamiento diferente antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal pues en esta medida de coerción era una forma de comparecencia con restricciones del artículo 143 del Código de procedimientos penales que como se había señalado a lo largo de la investigación, constituía una alternativa a la prisión preventiva (en ese tiempo denominada detención preventiva). Esta disposición a la letra señalaba:

“Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención. También podrá imponerse comparecencia con la restricción prevista en el inciso 1), tratándose de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente”

Como se ha dicho también, la doctrina y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 19-2005 TC), con el nuevo código procesal, ello cambió y la medida es autónoma y además ya no alternativa a la prisión preventiva, sino más sustituye o reemplaza a esa medida de coerción personal; sin embargo, al igual que todas las medidas de coerción también debe someterse a determinados principios, como por ejemplo el de jurisdiccionalidad, por el cual, solo el juez, de la investigación preparatoria puede ordenarla, se esté en la etapa procesal en la que se esté (Casación 328- 2012 Ica), además de que para su imposición solo puede ser el sujeto legitimado; esta sujeta a un tiempo de duración (temporalidad) ya que se somete a los mismos plazos de la prisión preventiva; el principio de legalidad, pues como ya se ha dicho previamente, los supuestos, en los que se

debe aplicar la detención domiciliaria están expresamente señalados en la ley; y, por último, y muy importante, la variabilidad, principio por el cual en función de las circunstancias esta medida puede variar ya sea por una más o menos grave.

En definitiva, también es importante señalar que si se busca que la detención domiciliaria, en el Perú no sea solamente una medida de coerción, sino que en supuestos debidamente tasados y en función a la dignidad humana y la humanidad de las penas, que impide que los sujetos sean tratados como objetos por parte del Estado ante la comisión de delitos, y que prohíbe que el penado sea sometido a penas que puedan reducir su capacidad de persona utilizando a la pena solo como un instrumento de devolución de “mal por mal” (“teorías retribucionistas de las penas”); porque no es lo mismo, en relación a las condiciones de la persona y las condiciones de vida, en los penales que en un domicilio; conclusión a la que el propio Tribunal Constitucional ha llegado cuando se adentra al estudio de cuánto debe ser la reducción de pena por cada día de detención domiciliaria, ahí el Tribunal Constitucional con sobrada razón ha señalado que “la detención domiciliaria supone una intromisión a la libertad menos gravosa, pues resulta una menor carga psicológica, debido a que no es lo mismo permanecer por disposición judicial en el domicilio que en prisión, siendo menos estigmatizante” (Expediente N° 731- 2004 HC/TC). Definitivamente, utilizando los mismos argumentos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha recogido para comparar la prisión preventiva con la detención domiciliaria, podríamos comparar ello en relación a la pena privativa de libertad con ejecución en el penal que la que se ejecute o cumpla en el domicilio del penado, ya que, en el caso de una pena que se cumpla en un domicilio no existiría la “aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión” (pena efectiva). Ello, sin perder de vista que el fundamento de las causas de la detención domiciliaria obedece a motivos de humanidad, y no a otros, es por ello que el legislador ha optado por que, se aplique solo en

supuestos muy muy puntuales y tasados, es por ello que no falta razón al profesor Sánchez Velarde cuando afirma que las cusas de la detención domiciliaria “obedece a criterios humanitarios del legislador, de allí la rigurosidad de sus presupuestos”.

V. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS:

Las razones para la incorporación del “arresto domiciliario” como un tipo de pena en el Perú.

1. La dignidad humana y el principio de humanidad de las penas:

La Dignidad Humana es el fundamento para la existencia de todos los derechos, por lo que no es mera coincidencia que nuestra Constitución Política del Estado, contenga este principio en el artículo 1 donde se ha señalado que la dignidad humana es aquella que sustenta y constituye el fin primigenio y principal del Estado, es partir de ese contenido, que se puede decir, que constituye un principio entonces que fundamenta la existencia de los demás derechos fundamentales, así pues, es la dignidad humana el derecho que le asiste al ser humano por su esencia de ser humano, el mismo que impide que el ser humano sea reducido en su concepción material, espiritual, individual y colectivo. La dignidad de la persona, hace que toda persona nunca pierda su estatus de tal y que inclusive cuando es sometido al castigo penal por parte del Estado, no puede este tratarlo como un objeto despojado de sus derechos y sometidos a tratos crueles cuál si fuera un mero instrumento de sanción abdicando, el Estado de sus funciones de resocialización cuando impone penas.

Si se advierte cuidadosamente, el principio derecho de dignidad humana que sustenta la humanidad de las penas, proscribida decididamente y de manera más que automática las teorías retribucionistas de la pena, es decir, aquellas que sostienen que las penas son un mero castigo y que no es necesario que las penas posean un fin o una finalidad. Con lo dicho, también es

fácil advertir entonces que, la dignidad humana, el principio de humanidad y la humanidad de las penas, son el sustento de la prescripción constitucional de los fines de la pena, una pena que busca un fin, una utilidad y que, por tanto, busca la resocialización y reincorporación del penado a la sociedad, lo que se condicen con el fin preventivo que tiene la pena el Perú, como lo ha expresado inclusive el Tribunal Constitucional. Como se ha dicho, el principio de dignidad humana, genera como consecuencia la proporcionalidad en la intervención del Estado a través del “ius puniendi”

La Corte Suprema ha señalado que se verifica la aplicación de la humanidad de las penas en casos como “la enfermedad grave, o condición medica preexistente” (RN N° 1063-2020), en ese sentido, podríamos vía analogía, establecer más supuestos humanitarios como la edad, el estado de gestación, entre otros, en los que en función del principio de dignidad humana y de la humanidad de las penas se deba aplicar una forma de ejecución de la pena distinta al encierro que evite el trato del condenado como mero objeto, donde el Estado olvida su que la pena no es un castigo en si mismo.

Si bien es cierto, en el Perú no tenemos al “arresto domiciliario” ni como pena autónoma ni como forma de ejecución de la pena privativa de la libertad, sino únicamente como medida de coerción penal de carácter personal a diferencia de lo que sucede en algunos países como Argentina o EEUU, la dignidad de la persona, y el principio de humanidad de las penas, permiten como se ha hecho especialmente en Argentina en los que se ha recogido expresamente esta posibilidad de la purgar la condena, puesto que, se ha entendido en este país que, mantener en presidio en un penal, y sobre todo con las condiciones de los penales en nuestro país, a quien se encuentra con una enfermedad grave, o quien tiene una edad

avanzada que lo hace vulnerable a cualquier patología o enfermedad, como sucedió en los casos de la pandemia por la COVID 19, o quien es mujer gestante, cuando su hijo debe gozar de una protección especial por el Estado, y también es vulnerable a cualquier tipo de afección patológica, no revela sino una mirada de la pena como un mero castigo, lo que se aleja definitivamente de las bases de un derecho penal basado en la dignidad humana y específicamente de la humanidad de la pena que sustenta que los fines de la pena son de prevención y no de retribución “mal por mal”.

Con razón se ha dicho que, “una pena es humana cuando no agrava el conflicto y el drama creado por el delito, convirtiendo al autor del mismo en una nueva víctima, pero esta vez ya no de un tercero, sino del propio Estado y de la sociedad. Una pena es humana cuando no desocializa o no impide una reconciliación del infractor con el derecho y la sociedad, no impone males crueles en abierta desproporción con la gravedad del hecho (Castillo Alva, 2001), por tanto, el mero castigo y la instrumentalización del condenado, sin mirar hacia una finalidad de la pena sino como un enemigo del Estado que debe ser destruido a pesar de que se encuentre en condiciones absolutamente desfavorables, genera abdicar al fin constitucional de la pena, lo que sería un acto inhumano y en consecuencia inconstitucional por vulnerar no solo los fines de la pena, sino la dignidad humana.

Se podría cuestionar si el arresto domiciliario, como pena, podría representar el no cumplimiento de los fines resocializadora de la pena, sin embargo, sostengo que el arresto en el domicilio como forma de ejecución de la pena privativa de la libertad, no representaría riesgo alguno que impida que la pena cumpla, sus fines, es más, soy de la opinión que permitiría alcanzar dichos fines. Como se sabe, la pena en el Perú, conforme lo ha

señalado el Tribunal Constitucional, en reiteradas sentencias, (expediente 19-2005 PHC- TC / 010-2002 AI- TC, entre otras), tiene un fin preventivo, esto es, no le ha asignado a la sanción penal un contenido meramente retribucionista (tesis absolutas de la pena), sino que lo que se busca más que un mero castigo, es que tanto el infractor como la comunidad, no vuelvan a realizar delitos: prevención especial y general respectivamente; y no por un sentido de temor a la sanción misma, sino por concientizar a las personas sobre el cumplimiento de las normas y el mantenimiento de su vigencia para conservar el orden colectivo. En ese contexto es donde tiene cabida, la ejecución de la pena privativa de la libertad no con reclusión en un centro penitenciario, sino en el domicilio; este confinamiento domiciliario permitiría, evitar las deficiencias que tienen los penales para cumplir sus fines penitenciarios (artículo 139. 22 de la constitución) y, por el contrario, facilitaría que el penado se rehabilite, se resocialice y se reinserte en la sociedad, de esa forma se podría disminuir los índices de reincidencia.

2. Las condiciones de los penales en el Perú

El informe de la revista de “tendencias modernas sobre encarcelamiento nos ha dicho que existe una preocupación mundial por el hacinamiento carcelario en el mundo ¿, pues no son pocos países en todo el mundo quienes rebasan su capacidad máxima de ocupación, así esta revista nos ha señalado que “ciento veinticuatro países en el mundo superan su máxima capacidad de ocupación”. En el Perú definitivamente, esa realidad mundial no es ajena, sino que, por el contrario, según el informe estadístico del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), el hacinamiento carcelario en los penales del Perú llega hasta el 118%, siendo un dato alarmante, lo que sucede en el Penal de Lurigancho, donde existen más de nueve mil internos

cuando la cárcel tiene una capacidad para tres mil reos. Así tenemos que, en el país, según el informe del INPE a junio de 2022 en el país existen solo sesenta y ocho penales, de los cuales cincuenta se encuentra con problemas de sobrepoblación. Del total de cárceles en el que hay en el Perú (68) tienen una capacidad para aproximadamente 41000 reos, pero actualmente hay más de ochenta y nueve mil reos. Esta realidad que atraviesan los penales hace las condiciones en que se encuentran no brinden condiciones mínimas de sobrevivencia a los reos, por lo cual es justificable que las personas en situación de desventaja, ya sea por enfermedad, por gravidez, o por el padecimiento de mal grave, puedan tener la posibilidad de cumplir su sanción en su domicilio, teniendo como base, como ya se explicó, la humanidad de las penas y la dignidad humana, pues como se advierte las condiciones de los penales en el Perú son infra humanas, y afectan gravemente la dignidad humana. Si por razones de humanidad se puede indultar, con mayor razón se debe permitir, teniendo en cuenta el estado actual de los penales, que se cumpla la pena en el recinto domiciliario del penado.

Para ahondar más en ello, se debe señalar que el propio Tribunal Constitucional mediante la sentencia recaída en el expediente N° 5336-2014 PHCC/TC, ha declarado el estado de cosas inconstitucional de los establecimientos penitenciarios, esto es, según el máximo intérprete de la Constitución, los centros penales de reclusión no cumplen con las garantías mínimas que permitan que los reos tengan las condiciones mínimas básicas y dignas que permitan la resocialización del condenado. Esta ha sido la razón por la que el máximo órgano de protección de la Constitución, ha emplazado al Estado para que en el plazo máximo de cinco años se revierta esa situación de la realidad carcelaria de nuestro país; en ese escenario,

donde resulta muy complejo el mejoramiento del sistema penitenciario, es urgente evaluar la opción que se propone en esta investigación, ya que, con esto se reduciría en hacinamiento en los penales y permitiría un mejor manejo de la sobrepoblación carcelaria, pues, un porcentaje de los condenados cumplirían su condena con confinamiento domiciliario; esto permitiría que los penales pueden ser mejor administrados y que puedan cumplir su función principal que es lograr los fines de la pena.

3. Derechos de los niños y de las personas mayores

Como se logra entender de lo que señala la Constitución en su artículo 55 y siguientes sobre los tratados, aquellos forman parte del derecho interno y por tanto, pueden ser aplicables de forma directa, siempre que se trate de tratados sobre derecho humanos y además de los que el Perú es parte y se encuentren vigentes, por lo que la convención de los derechos del niño de 1989 la misma que “reconoce que los niños (seres humanos menores de 18 años) son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones”, así como la convención Interamericana sobre los derechos de las personas mayores, que tiene como objeto “promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad”; forman parte del ordenamiento jurídico peruano, y no solo ello, sino que al ser tratados sobre derechos humanos en aplicación del clausula abierta de los derechos constitucionales contenida en el artículo 3 del carta Fundamental y la primera disposición

final de Constitución, tienen rango constitucional, conformando un gran bloque de constitucionalidad.

Con lo dicho entonces se puede utilizar esas fuentes convencionales con sustento jurídico válido y legítimo para fundamentar la ejecución de una pena en el recinto domiciliario del penado. De esta forma, con respecto a la instrumentación internacional con respecto a los derechos del niño, serviría para fundamentar la protección a aquel ser con vida intrauterina, para que desde este modo, y a fin de evitar cualquier contingencia que pueda dañar su desarrollo intrauterino, y con ello su vida y su integridad física o mental, la madre gestante en pro de la salud del nuevo ser pueda purgar su pena- al menos por un tiempo- en un domicilio, situación que no solo debe ser durante la gestación sino también los primeros años del nacimiento de su hijo, pues no es menor el dato proporcionado por la Organización Mundial de la Salud, en la que se ha señalado, que durante los dos primeros años el hijo necesita imperiosamente de los cuidados propios de la madre, situación que ha sido extendida a la detención domiciliaria en otros países, y que se puede utilizar pero como parámetro de un arresto en el domicilio como sanción penal. Además de ello no hay que perder de vista que, por ejemplo, para la imposición de medidas de coerción, siempre se debe hacer el análisis del caso concreto en función de si se tiene hijos, pues el principio del interés superior del niño debe entrar en la valoración del juez al momento de que el juez valora la imposición de medida de coerción- como sucedió en el caso Humala Heredia-, por lo que si lo hace para una medida de coerción, el principio del interés superior del niño también debiera ingresar en la valoración del legislador, para regular el arresto en domicilio como pena.

Con respecto sobre la protección de los derechos de las personas mayores, este también podría sustentar la imposición de la ejecución de una pena en el domicilio de esta persona, habida cuenta de que la edad de un adulto mayor lo hace vulnerable a las condiciones inhumanas en las que se encuentran los penales en el Perú; es más, se debiera utilizar el criterio de este tratado para disminuir la edad en la que es necesario que las personas cumplan sus penas en sus domicilios y no en los penales, reitero, sobre todo teniendo en cuenta las condiciones en las que se encuentran actuamente los penales en el Perú. Además de ello, sería correcto que la legislación siendo muy estricta con la aplicación del tratado también señale como edad en la que se puede aplicar “el arresto domiciliario” como pena, cuando la persona tenga sesenta a más años de edad cronológica, conforme lo señala el artículo 2 de esa convención. Este criterio fue acogido durante la pandemia para la variar prisiones preventivas a detenciones domiciliarias, por lo que, sería un criterio que conforme a los derechos fundamentales y al principio de humanidad de las penas se puede usar para regularlo como supuesto para que se prescriba el “arresto domiciliario como forma de ejecución de pena.

No es un dato menor que el derecho comparado, no es ajeno a esta forma de ejecución de la pena privativa de la libertad. Esta posibilidad de incorporar la pena de reclusión o confinamiento domiciliario, a nivel de la legislación comparada, lo podemos encontrar en los Estados Unidos de Norte-América o en latitudes más cercanas como en Argentina. Para desarrollar la idea diremos pues, que en algunos países la detención o arresto domiciliario, no solo tiene – como en nuestro ordenamiento procesal penal- aplicación o naturaleza cautelar, esto es, no solo funciona como una medida de coerción personal, sino como en

el caso de los Estados Unidos, funciona como una pena, pudiendo el sentenciado, cumplir la totalidad de su condena o parte de esta en confinamiento domiciliario. Del mismo modo en el código penal de la Nación de Argentina, en su artículo 10 señala que, a discrecionalidad del juzgador competente, y bajo determinados supuestos señalados en este artículo, se ordene la reclusión domiciliaria, esta disposición está en concordancia con los artículos 32, 33 y 34 de la ley de ejecución de la pena privativa de libertad (ley 24660 de 1996, modificada por la ley 27375) que permite, que el juez de ejecución, está en la posibilidad de poder (podrá dice la norma) disponer el cumplimiento de la pena impuesta, en un domicilio señalado por el condenado.

CONCLUSIONES

1. Las penas en el Perú, se sujetan a los principios de legalidad, proporcionalidad y sobre todo al principio de humanidad, el mismo que sustenta en la dignidad humana; por este principio se fundamenta la existencia de un sistema de penas que tiene como fin el de resocializar, negándose a la pena un fin meramente retributivo. Este principio prohíbe un trato “vengativo” del condenado, al que el Estado siempre debe tratar como persona humana y por tanto poseedora de dignidad. Todas las penas que existen en el Perú, deben guiarse conforme a estos principios.
2. En el Perú la pena no se ha regulado de forma expresa como una de las penas o como forma de ejecución de la pena privativa de la libertad a la prisión domiciliaria como si sucede por ejemplo en Argentina o en Estados Unidos, lo que si existe en el Perú es la detención domiciliaria como medida de coerción personal en el proceso penal, que se acoge al sistema restrictivo, esto es, constituye una medida sustitutiva de la prisión preventiva, y además se aplica solo en los supuestos expresamente señalados por el legislador. Se ha señalado que sus efectos en comparación con la prisión preventiva son menores, pues el grado de aflicción psicológica, así como destrucción los lazos familiares o amicales es de menor impacto.

3. Se justifica el “arresto domiciliario” como pena, ya que el hacinamiento en los penales ha traído consigo de que el fin preventivo de las penas y la función resocializadora que la Constitución propugna sea imposible, además las condiciones de estos podría ser mortales para personas en situación de vulnerabilidad por enfermedad, edad o gestación; también, otro fundamento es el principio de humanidad de las penas, el mismo que se basa en la dignidad humana, por el que se permite que en los supuestos o causas que obedezcan a razones humanitarias se pueda impedir el uso de penas que contraríen su fin resocializador y que en el fondo sean meramente retributivas; además el derecho convencional hace viable tal posibilidad al ser los tratados de derechos de forma directa parte del ordenamiento jurídico interno.

RECOMENDACIÓN:

Se recomienda se reforme la norma penal señalando lo siguiente:

Artículo 57- A del Código Penal:

El juez sustituirá el internamiento en el penal a aquella persona que:

- a. Tiene más de 60 años
- b. Tiene una enfermedad grave e incurable
- c. Tiene una incapacidad física grave y permanente
- d. Es madre gestante o tiene un hijo de dos años

Referencias

- Agüero Mena, F., & Mora Vega, A. (2018). *La Finalidad Resocializadora de la Pena Alternativa desde la Perspectiva del Arresto Domiciliario Monitoreado*. San José: Universidad de Costa Rica.
- Alvarado Velloso, A. (2009). *Sistema Procesal. Garantía de la Libertad*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Bermúdez Tapia, M. (2015). *Jurisprudencia Penal Actual de la Corte Suprema*. Lima: Ediciones Legales.
- Bettioli, G. (1966). *Derecho Penal*. Bogotá.
- Bramont - Arias Torres, L. M. (2002). *Manual de Derecho Penal*. Lima: Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- Bustos Ramírez, J. (1994). *Manual de Derecho Penal*. Barcelona : PPU.
- Cáceres Julca, R. (2005). *Código Procesal Penal Comentado Decreto Legislativo N°975. Concordancias, Jurisprudencia*. Lima: Juristas.
- Carpio Marcos, E., & Sar Suárez, O. (2014). *Alcances del Principio de Igualdad*. Lima: Universidad San Martín de Porres.
- Casassa Casanova, S. N. (2010). La sumarización y nuestro indebido Proceso de Ejecución. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal - PUCP*, 1-16.
- Castillo Alva, J. L. (2001). *Las Consecuencias Jurídicos - Económicas del delito*. Lima: Idemsa.
- Cerezo Mir, J. (2002). *Temas Fundamentales del Derecho Penal. Culpabilidad y pena*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Chanamé Orbe, R. (2022). *Diccionario Jurídico Moderno*. Lima: Instituto Pacífico.
- Clariá Olmedo, J. (1998). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.

- Cruz Guiñazú, J. (2019). *Aplicación en los Supuestos no Contemplados por la Ley en Base al Principio del Interés Superior del Niño*. Buenos Aires: Siglo 21 - La Educación Evolucionaria.
- Cubas Villanueva, V. (2009). *El Nuevo Proceso Penal Peruano. Teoría y práctica*. Lima: Palestra.
- Cubas Villanueva, V. (2017). *El Proceso Penal Común*. Lima: Gaceta Penal.
- Daray, R. R. (2013). Código Procesal Penal de la Nación. En G. R. Navarro, *Código Procesal Penal de la Nación*. (pág. 15). Buenos Aires: Hammnurabi.
- Del Río Labarthe, G. (2010). *Etapas Intermedias en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*. Lima: Ara Editores.
- Espezúa Salmón, B. (2008). *La Protección de la Dignidad Humana (Principio y Derecho Constitucional Exigible)*. Arequipa: Adrus.
- Fernández Sessarego, C. (2013). *La noción jurídica de persona*. Lima: Universidad de Lima.
- Fernandez Valle, W. (2019). *Comentarios a la Ley de Conciliación Extrajudicial Peruana. Ley 26872*. Lima: Ubi Lex Asesores S.A.C.
- Flores Sagástegui, A. Á. (2016). *Derecho Procesal Penal I*. Chiclayo: Universidad Católica Los Angeles de Chiclayo.
- García Cavero, P. (2012). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Jurista Editores.
- Hassemer, W. (1964). *Fundamentos del Derecho Penal*. Madrid: Bosch.
- Hualla Chalco, C. B. (2018). *Incumplimiento de la Medida de Arresto Domiciliario de Procesados en el Distrito Judicial de Lima Centro, 2018*. Lima: Universidad César Vallejo.
- Hurtado Pozo, J. (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.

- Jescheck, H. -H., & Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal*. Granada: Comare.
- Laje Anaya, J. (1997). *Notas a la Ley Penitenciaria Nacional N° 24.660*. Buenos Aires: Advocatus.
- Oré Guardia, A. (2016). *Derecho Procesal Penal Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Peña Cabrera, A. R. (2011). *Derecho Penal Peruano*. . Lima: Idemsa.
- Peña Cabrera, A. R. (2011). *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*. Lima: Idemsa.
- Pérez Arroyo, M. (2006). *La Evolución de la Jurisprudencia Penal en el Perú*. Luna: Iuris Consulti y San Marcos.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2010). *Determinación Judicial de la Pena*. Lima : Pacífico.
- Ramírez Del Águila, C. D. (2019). *Inaplicación de arresto domiciliario en el Delito de Hurto Agravado en el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria del Distrito de Tarapoto 2015-2017*. Tarapoto: Universidad César Vallejo.
- Reátegui Sánchez, J. (2019). *Código Penal Comentado*. Lima: Legales.
- Rioja Bermúdez, A. (2016). *Constitución Política Comentada*. Lima : Jurista Editores.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Civitas.
- Salas Beteta, C. (2009). *El Proceso Penal Común*. Lima: Gaceta & Procesal Penal.
- Salinas De Gracia, M. A. (2017). *El Abono de la Detención Domiciliaria en el Cumplimiento de la Pena, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho*. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego.
- Sánchez Velarde, P. (2009). *El Nuevo Proceso Penal*. Lima : Idemsa.

UNODC. (2010). *Manual de Principios Básicos y Prácticas Prometedoras en la Aplicación de Medidas Sustitutivas del Encarcelamiento*. Nueva York: Naciones Unidas.

Villa Stein, J. (2014). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Ara Editores.

Villavicencio Terrero, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.

Zaffaroni, E., Aliaga, A., & Slokar, A. (2002). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.