

Documento de Trabajo.

Hermenéutica de la Variable Domicilio y sus Subconceptos en la Aplicación de Medidas Cautelares de Carácter Personal. Caso de Estudio: El art. 234 inc. 1 del CPP de Bolivia.

Barrientos, Pedro.

Cita:

Barrientos, Pedro (2016). *Hermenéutica de la Variable Domicilio y sus Subconceptos en la Aplicación de Medidas Cautelares de Carácter Personal. Caso de Estudio: El art. 234 inc. 1 del CPP de Bolivia.* Documento de Trabajo.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/pedro.barrientos/28>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pzZQ/raC>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

HERMENÉUTICA DE LA VARIABLE DOMICILIO Y SUS SUBCONCEPTOS EN LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL. CASO DE ESTUDIO: EL ART. 234 INC. 1 DEL CPP DE BOLIVIA.

[HERMENEUTICS OF VARIABLE DOMICILE AND OTHER ITEMS ON THE APPLICATION OF PERSONAL PRECAUTIONARY MEASURES. CASE STUDY: THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE OF BOLIVIA.]

Msc. Dr. Pedro Barrientos Loayza
Universidad Nacional de Córdoba – Argentina

Se analizan las variables domicilio y sus subconceptos para establecer cómo el Juzgador o la Defensa o el Ministerio Público deben interpretar para establecer si existe peligro de fuga.

[Analyzing the variables domicile and other items you can set how the Judge or the defense or the Public Prosecutor be construed to establish whether there is danger of escape.]

Keywords.

Domicilio, peligro de fuga, medidas cautelares, art. 234 inc. 1 CPP.

Introducción

Desde los primeros años de formación universitaria en la carrera de derecho se inculca que tanto las personas físicas (o de existencia visible) como asimismo las jurídicas (o de existencia ideal) poseen atributos o presupuestos para la existencia de su personalidad jurídica. Esto es, en términos sencillos, que no serían personas si es que no tuvieran una u otra cualidad (o atributo).

Entonces, una «persona física» será tal siempre y cuando tenga nombre, estado, capacidad y domicilio; y será «persona jurídica» en tanto y en cuanto posea, nombre, capacidad, domicilio y patrimonio propio (Llambías, 1995a y 1995b).

Dichas así las cosas, es desde la óptica del procedimiento penal que los atributos de personalidad jurídica cobran suma relevancia en cuanto a las medidas cautelares penales se refiere. Así, un imputado debe acreditar su domicilio y demás elementos de arraigo naturales a fin de mantener su libertad física como medida sustitutiva a la detención preventiva, claro está en tanto y en cuanto se

traten de delitos de acción pública con pena privativa de libertad superior a los tres (3) años¹.

Ahora bien, en la práctica forense se acuden a distintas modalidades para acreditar o desvirtuar ante el Iudicante el *domicilio o residencia* del imputado unas veces acreditando o desacreditando que éste resultaría ser propietario y otras veces ser tenedor o poseedor.

Lo cierto es que en este estudio se abordarán *la habitación* como asimismo el *contrato de comodato* a fin de establecer si existe o no interrelación como interdependencia entre dichas modalidades contractuales civiles a título gratuito respecto del requisito del *domicilio o residencia* que se debe acreditar para evitar así una eventual detención preventiva o, en su caso, ya materializada ésta, establecer si es viable a los fines de la cesación de detención preventiva.

Se deberá entonces acotar el margen de estudio en el caso, ya que las legislaciones adjetivas penales a nivel latinoamericano varían de uno a otro país.

Por una cuestión de conveniencia metodológica se apuntalará el estudio respecto de las previsiones estipuladas por el Código de Procedimiento Penal de Bolivia. No obstante ello, el aporte metodológico en la correlación

«Paper» elaborado para futuras investigaciones. Comentarios y sugerencias pueden ser remitidos al autor a barrientos-loayza@gmail.com.

¹ Ver art. 232 del CPP entendido este como una excepción al principio de inocencia debido a la *potestad reglada* (SC Nro. 0012/2006-R).

comodato–domicilio o *comodato–residencia* es aplicable a cualquier legislación lógicamente siempre teniendo en cuenta la *política criminal* de cada país en cuestión.

Los planteamientos de problema son estos:

«¿Es válido acreditar el domicilio o residencia con un contrato de comodato?»

«¿Se puede acreditar el domicilio o residencia argumentando poseer una habitación?»

«¿El eventual peligro de fuga del imputado puede ser desvirtuado con un contrato de comodato o con una habitación?»

Para poder contestar aquellos, a lo largo de este *paper* se contribuirá con lo siguiente:

i. Dado que se trata de un estudio de caso —acotado por cierto— se contextualizará la problemática en el marco del Código de Procedimiento Penal de Bolivia en lo respectivo al acápite referido a las medidas cautelares, detención preventiva y cesación de detención preventiva.

ii. Se realizará una adecuada exégesis y hermenéutica de las variable *domicilio* y sus subconceptos entre ellos, *residencia* y *habitación*.

iii. Se abordará el contrato de comodato desde la óptica de la doctrina y legislación en correlación con el *peligro de fuga*.

iv. La creación pretoriana en la materia (jurisprudencia) también deberá ser motivo de análisis.

v. Finalmente, se concluirá con la investigación iniciada y se contribuirá con algunos puntos motivo de eventuales investigaciones.

La idea central de éste *paper* es el de establecer si el contrato de comodato o una simple habitación surten o no efectos jurídicos a los fines de acreditar un domicilio o residencia.

Lo cierto es que en el transitar de los pasillos de los tribunales, los litigantes como asimismo el Juez Cautelar se suelen topar permanentemente con este tipo de situaciones *sui generis* porque claro está que el imputado y su defensa técnica lucharán denodadamente en obtener la libertad física en función del principio de inocencia.

No se trata de un asunto aislado ya que así también, por ejemplo, se suele mencionar la existencia de los *contratos laborales a futuro* para acreditar la existencia de fuente laboral del imputado lo que claro está que si bien ésta hipótesis no es objeto de ésta investigación conforma parte de situaciones fácticas que también deben ser analizadas bajo la perspectiva de una adecuada *hermenéutica analógica* (Beuchet, 2014). En efecto:

«... Esta noción de interpretante es ya de suyo analógica, porque el interpretante funge como mediador entre el signo y el objeto, y la analogía es lo que opera como mediación entre los extremos e incluso entre los opuestos... Peirce... nos enseña que la analogía es iconocidad, o la iconocidad es análoga, dado que el signo icónico ha de tener semejanza con lo significado...»

Como se puede apreciar el problema planteado cobra relevancia en cuanto a interpretación se refiere. El órgano jurisdiccional como asimismo los sujetos procesales deben poder interpretar adecuadamente las variables domicilio, residencia, habitación y comodato precisamente para que la *subsunción jurídica* que se realiza aunque sea legal no necesariamente sea ilegítima. De suyo, aunque se mencione a la *subsunción jurídica* como método usualmente usado en el ámbito jurisdiccional, comparto el criterio sustentado por Kaufmann (2006) en el sentido que si bien el derecho natural y el positivismo prescribieron el *concepto objetivo de conocimiento*, el *concepto jurídico ontológico–sustancial* (concepto legal), la *ideología de la subsunción* y la idea de un *sistema cerrado* se encuentran hoy en contraposición con la hermenéutica.

Lo más importante que se advierte de Kaufmann (2006) es que éste rompe con el paradigma o dogma de que ya no se puede esperar de los jueces ni de los operadores del derecho apearse a la mentada «subsunción jurídica». La aplicación del derecho no es tan solo una conclusión silogística sino más bien una «creación del derecho». Entonces:

«... Aquellos que todavía hoy sostienen el dogma de la subsunción se asemejan a los fumadores en nuestros días: ellos lo hacen en verdad, pero no encuentran en esto el mismo placer de antes...»

Las medidas cautelares y el Código de Procedimiento Penal de Bolivia

En el Código de Código de Procedimiento Penal (CPP) de Bolivia se trata en el Título II del Libro V las medidas cautelares de carácter personal de la siguiente manera:

i. En principio, como regla general, el art. 232 del CPP estatuye que *no procede* la detención preventiva sí y solo sí se traten de delitos:

i.1 De acción privada.

i.2 Que no tengan prevista pena privativa de libertad, y
 i.3 Sean sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea inferior a tres años.

ii. Como se puede apreciar el art. 232 del CPP establece claramente la POTESTAD REGLADA DEL ÓRGANO JUISDICIONAL. Esto es, en tanto y en cuanto no se traten de los delitos previstos en dicho artículo, cabe la posibilidad cierta de aplicar la detención preventiva precisamente como una *potestad* del órgano jurisdiccional para materializar una excepción a la garantía constitucional del principio de inocencia.

iii. Consecuentemente a ello, si *contrario sensu* a la interpretación del art. 232 del CPP —realizada la imputación formal por parte del Ministerio Público— el juzgador determina que se tratan de delitos de acción pública y con pena privativa mayor a tres años entonces deberá tomar en cuenta si caben o no los requisitos previstos por el art. 233 del CPP. Para ello deberá determinar —hermenéutica jurídica mediante²— lo siguiente:

iii.1 La existencia de *elementos de convicción* suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible.

iii.2 La existencia de *elementos de convicción* suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad.

iv. Como podrá advertir el lector, el juzgador es quien deberá determinar la existencia de los mentados *elementos de convicción*³. No se tratan de «pruebas legales» —en el sentido técnico legal requerido— para ser producidos en un debate oral, sino que muy por el contrario se entiende que bastaría que se traten de *indicios* como asimismo *presunciones* (ambos elementos de convicción) tanto para sostener autoría o participación como en su caso peligro de fuga u obstaculización.

iv.1 Entonces cabe aclarar que el «... *indicio es un hecho o circunstancia de la cual se puede, mediante una operación lógica, inferir la existencia de otro. Este medio ha sido llamado “prueba artificial” y su fuerza reside en el grado de necesidad del nexo que relaciona un hecho probado (el indiciario) y otro desconocido (el indicado), cuya existencia se pretende demostrar...*» mientras que una presunción «... *es una norma legal que suple en forma absoluta o relativa la prueba del hecho, pues lo da por probado si se acredita la existencia de las circunstancias que basan la presunción. A su vez, esta autorización puede ser sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure) o admitiéndola (juris tantum)...*» (Cafferata Nores, 2012).

iv.2 Como ya venía sosteniendo Cafferata Nores (1998) «... *El valor conviccional del indicio es fruto de un pro-*

cedimiento lógico, de un razonamiento, me parece práctico tratarlo entre las pruebas en particular...» o como sostienen Mittermaier & Mittermaier (2005):

«... *Según su nombre mismo lo expresa (index), el indicio es, por decirlo así, el dedo que señala un objeto...*»

iv.3 Amén se trate de una u otro enfoque en cuanto a *elementos de convicción* se refiera, lo cierto es que no se debe perder de vista que como toda medida cautelar —aún en materia penal— su aplicación y/o implementación debe ser el resultado de advertir y/o ponderar la existencia del *fumus bonis iuris* (verosimilitud del derecho invocado) como asimismo el *periculum in mora* (peligro en la demora) tanto desde la óptica del Ministerio Público Fiscal como de la Defensa Técnica.

v. A continuación, el art. 234 y 235 del CPP abordan tanto el peligro de fuga como asimismo el peligro de obstaculización, claro está siempre y cuando el Iudicante haya efectuado una valoración integral⁴ de los artículos precedentemente analizados. Esto es, a modo de ver de éste autor, se debe realizar una hermenéutica de los hechos caecidos no así una pética subsunción jurídica.

En cuanto al objeto de investigación del presente *paper* interesa abordar lo previsto por el art. 234 del CPP referido al *Peligro de Fuga* a cuyo efecto el juzgador deberá realizar una evaluación integral de las circunstancias existentes, teniendo especialmente en cuenta: «... *1. Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual...*» ya sea para una eventual valoración para la fijación de una detención preventiva o, en su caso, dictada ésta para la eventual cesación de detención preventiva (art. 239 del CPP) o en su caso para la aplicación de medidas sustitutivas (art. 240 del CPP).

La variable domicilio, sus subconceptos y el contrato de comodato

Como se viene advirtiendo, se abordarán concreta y específicamente las variables referidas en el inciso primero del art. 234 del CPP a efectos que el juzgador pueda

² No así utilizando el dogma de la *subsunción jurídica* que precedentemente se cuestionara (Ver p.??).

³ En Bolivia, según el art. 72 de la Ley del Órgano Judicial (Ley Nro. 025) el Juez de Instrucción es el único facultado para emitir resoluciones en la etapa preparatoria.

⁴ Ver art. 235 ter del CPP que establece la necesidad de valoración y fundamentación que debe efectuar el iudicante.

realizar una adecuada hermenéutica de institutos de derecho privado que habitualmente todo juez penal desconoce o no los llega a desmenuzar en el ámbito del derecho penal (derecho público).

Se ingresará previamente a las definiciones aportadas por la Real Academia Española (RAE) para luego acotar su definición en el ámbito estrictamente jurídico. Veamos:

Domicilio: Del latín *domicilium* y a su vez de *domus* (casa) implica:

1. Morada fija y permanente.
2. Lugar en que legalmente se considera establecido alguien para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos.
3. Casa en que alguien habita o se hospeda.

Residencia: Del latín *residens* o *residentis* (residente) implica:

1. Acción y efecto de residir, del latín *residere*, esto es «Estar establecido en un lugar».
2. Lugar en que se reside.
3. Casa en que se vive.
4. Establecimiento público donde se alojan viajeros o huéspedes estables.

Habitación: Del latín *habitatio* o *habitationis* implica:

1. Acción y efecto de habitar, del latín *habitare*, esto es «Vivir, morar» a su vez del latín *morari* referido a «Habitar o residir habitualmente en un lugar».
2. Lugar destinado a vivienda.
3. En una vivienda, cada uno de los espacios entre tabiques destinados a dormir, comer, etc.
4. Dormitorio, del latín *dormitorium*, entendido como aquella habitación destinada para dormir en una determinada vivienda.
5. Servidumbre personal cuyo poseedor tiene facultad de ocupar en casa ajena las piezas necesarias para sí y para su familia, sin poder arrendar ni traspasar por ningún título este derecho.

Recinto: Del latín *re* y *cinctus* es el espacio, generalmente cerrado, comprendido dentro de ciertos límites.

Contrato: Del latín *contractus* o pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.

Comodato: Del latín *commodatum* o «préstamo» mediante el cual se da o recibe prestada una cosa de las que pueden usarse sin destruirse, con la obligación de restituirla.

Desde la óptica estrictamente jurídica cabe observar la definición que realiza Ossorio (2000):

Domicilio: Es el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona, para la producción de efectos jurídicos.

Residencia: Domicilio, morada, habitación.

Morada: En sentido corriente se entiende por tal el lugar donde se vive habitualmente con lo cual se diferencia ésta de la casa de negocio.

Habitación: Edificio, casa y cualquier otra construcción o lugar natural que se emplee para vivienda.

Comodato: Llamado también préstamo de uso, es un contrato real consistente en que una parte, el comodante, entrega a la otra, el comodatario, gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultad de usarla y obligación de devolver la misma cosa recibida. El contrato se perfecciona con la entrega de la cosa; el comodatario no puede hacer de ella un uso distinto del pactado en el contrato, y, a falta de convención expresa, de aquel a que está destinada según su naturaleza o costumbre del país.

Ossorio (2000) efectúa la siguiente distinción:

«... Se distingue entre el concepto de *residencia*, el lugar de la morada efectiva y el de *domicilio*, que exige, además del hecho material de la *residencia*, el *animo de permanencia en ese lugar*. Por último encontramos la *habitación*, lugar donde la persona se encuentra viviendo por cierto tiempo determinado, también llamado *domicilio accidental*...»

Es por ello, que establece que las personas físicas o de existencia visible poseen *domicilio real* entendido como:

«... el lugar en que tienen establecido el asiento principal de su *residencia* y *actividades*...»

Desde un enfoque quizás más penalista:

Creus (1998) sostiene que la variable *domicilio* como objeto de protección:

«...no es el de la ley civil, o sea el asiento principal de la residencia o negocios, que puede o no estar realmente habitado por el titular. En ciertos aspectos, el concepto penalmente típico es más amplio, puesto que comprende lugares que no constituyen ese asiento, y en otros más restringido, ya que exige la ocupación real y actual del lugar por el titular del domicilio. Lo primero se nota con la extensión del concepto a los de morada, casa de negocio y recinto; lo segundo surge del bien jurídico protegido, no se puede vulnerar la intimidad en un lugar donde ella no se desarrolla. El lugar debe estar aplicado, en el momento del hecho, a constituir la esfera de reserva de la intimidad de vida del titular, aunque con eso no se exija que, en el momento de la acción, ese titular se halle presente en el lugar, sino que es suficiente que mantenga la calidad de domicilio en el sentido de la ley penal...»

Establecida la conceptualización de *domicilio* Creus (1998) establece la conceptualización del resto de las variables que la circundan:

Morada: Lugar donde una persona vive, manteniendo en ella su intimidad y la de quienes habitan con él y de las cosas de que se sirve, aunque esté destinada a ser habitada sólo en determinados lapsos del día (p.ej., para pernoctar) y aunque la persona posea varias (p.ej., quien tiene distintas moradas que habita alternativamente). Puede estar constituida por un inmueble edificado, total o parcialmente destinado a moradas, o por inmuebles no destinados a habitación, pero que se utilizan para ese fin (p.ej., una cueva natural), o por muebles afectados a vivienda (casas rodantes, construcciones flotantes, vagones, etcétera).

Casa de Negocio: Es el recinto destinado por su titular a realizar en él una actividad de cualquier carácter (comercial, científica o artística, lucrativa o no), que no esté destinado al público, es decir, al ingreso de un número indeterminado de personas⁵.

Dependencias: Son dependencias de la morada o casa de negocio los espacios o recintos unidos materialmente a ella y que sirven como accesorios para las actividades que se despliegan en el local principal (jardines, cocheras, azoteas, etc.), siempre que

sean lugares cerrados por cercamientos que, aunque fácilmente superables, indiquen la voluntad del titular de preservar su intimidad dentro de ellos y que requieran la acción de entrar por parte del agente (no lo sería una simple raya en el piso). No lo son los lugares que están afectados a un uso común o al cual puedan acceder personas indeterminadas (p.ej., el pasillo común a varios departamentos interiores de un inmueble).

Recinto habitado: Es el lugar transitoriamente destinado a la habitación de una persona, dentro del cual ella tiene derecho a la intimidad (habitación de hotel, camarote, etc.), aun con independencia del titular del dominio, posesión o tenencia del inmueble o mueble a que aquél pertenezca.

Dayenoff (2003), también al tratar pormenorizadamente el delito de «Violación de Domicilio»⁶ previamente estableciendo que el bien jurídicamente protegido por este tipo legal es el «...libre y normal ejercicio de las actividades propias de la vida doméstica...» sostiene:

Morada: Es aquel lugar destinado a habitación.

Casa de Negocio: Lugar donde se ejercita una actividad de tipo comercial, artística, profesional, etc. Por lo que aún estando abierta al público, el dueño o encargado debe poseer el derecho de excluir o limitar la entrada del sujeto.

Dependencias: Lugar que se encuentra subordinado a una morada o casa de negocio, a la cual se puede acceder por su ubicación o función. Por ejemplo: patio, terraza, jardín cochera, etc.

Recinto habitado: Lugares que por estar habitados pueden ser objeto del ilícito, no obstante que no alcanzan a reunir los caracteres de una morada. Por ejemplo: pieza, camarote, cuarto de hotel.

Núñez (2008), también al tratar el delito de «Violación de Domicilio» conceptualiza la variable del domicilio y sus subconceptos de la siguiente manera:

⁵ Nótese que en este último aspecto Soler (1992) sostiene una postura en contra cuando sostiene «...queda considerablemente extendido el concepto de violación de domicilio, porque de este modo se incluyen locales en los cuales el acceso al público es libre (un café) o relativamente libre (un teatro). La inclusión de las casas de negocio es característica del C. alemán, § 123 y del húngaro, § 330-2...».

⁶ Ver art. 150 del Código Penal Argentino.

Morada: Es el hogar o casa de la persona, esto es, el lugar donde ella mantiene la intimidad de su persona, afecciones y bienes y, siendo el caso, reside con su familia o núcleo semejante. Puede consistir en un edificio o en una de sus partes, en una construcción fija o movable o en otro albergue, incluso natural, capaz de proporcionar intimidad en alguna medida.

Casa de Negocio: Es el lugar donde la persona, habitual o transitoriamente, realiza una actividad, lucrativa o no, con o sin trascendencia al público o a terceros.

Dependencias: De la morada o de la casa de negocio que completan materialmente el recinto de intimidad, como son la azotea y el jardín cerrado.

Recinto habitado: O albergue accidental de la persona, familia o bienes (la habitación de un hotel, el camarote o la carpa en la que se pasa la noche o se ocupa eventualmente).

El Código Penal Boliviano en el Título X (Delitos contra la Libertad) y Capítulo II (Delitos contra la Inviolabilidad del domicilio) trata específicamente el tipo delictivo «Allanamiento del domicilio o sus dependencias» de la siguiente manera:

«... Artículo 298. El que arbitrariamente entrar en domicilio ajeno o sus dependencias, o en un recinto habitado por otro, o en un lugar de trabajo...»

Como se puede apreciar, establece claramente la variable «domicilio», «dependencias», «recinto habitado» o «lugar de trabajo» que ya precedentemente se fueron conceptualizando lo que no trae mayores complicaciones.

Toca ahora abordar la problemática desde la óptica del Código Civil de Bolivia, el que expresamente al tratar el acápite «De los derechos de la personalidad» en el Capítulo III establece:

«... Art. 24.- (Determinación). El domicilio de la persona individual está en el lugar donde tiene su residencia principal. Cuando esa residencia no puede establecerse con certeza, el domicilio está en el lugar donde la persona ejerce su actividad principal...»

Como se aprecia *contrario sensu* a lo así establecido por Creus (1998), en el sentido que la variable domicilio tendría otra connotación en materia penal que «... no es el de

la ley civil...» al respecto cabe acotar que —en función del «bloque de constitucionalidad»⁷ por medio del cual también en materia penal se deben aplicar todas las normas allí habidas— no se comparte el criterio sostenido por el autor precedentemente citado puesto que la variable *domicilio* es y debe ser definida unívocamente sin que desde la óptica penal adquiera otro sentido y alcance a diferencia de la óptica civil por cuanto que ésta variable (el domicilio) precisamente es un atributo de la personalidad jurídica amén que sea discutido en cualquier jurisdicción y competencia.

Entonces, si el imputado no puede determinar su *domicilio actual*, su último domicilio será entonces el «... último domicilio conocido...» conforme así establece el art. 30 del Código Civil.

Adelantando opinión, éste razonamiento llevado al ámbito de las medidas cautelares en materia penal pone en evidencia que existe o debe existir una estrecha *hermenéutica analógica* (Beuchot, 2014) entre lo previsto por el inc. 1 del art. 234 del CPP (domicilio o residencia) con lo estatuido tanto por el art. 24 como asimismo art. 30, ambos del Código Civil.

Veamos ahora si se ajusta la variable «comodato» como asimismo «habitación» a la variable domicilio como a sus subconceptos teniendo en mira si se configura o no el peligro de fuga.

La habitación, el contrato de comodato y el peligro de fuga

Al tratar precedentemente la variable domicilio, sus subconceptos y el contrato de comodato (Ver p.??.) se pueden establecer las siguientes conclusiones:

i. El inc. 1 del Art. 234 del CPP requiere la concurrencia de dos variables: *domicilio ó residencia*.

ii. Adviértase que la conjunción «ó» es disyuntiva, por lo cual, a los fines de evitar tipificar el mentado «peligro de fuga» la Defensa Técnica del imputado como asimismo el Ministerio Público Fiscal deben advertir que la voluntad del legislador es que —en función del principio de favorabilidad⁸— se pueda acreditar o el domicilio o la residencia.

iii. Sin embargo, cabe advertir que el inc. 1 del art. 234 del CPP al momento de determinar taxativamente *domi-*

⁷ Ver art. 410–II CPE de Bolivia.

⁸ Art. 7 del CPP: La aplicación de medidas cautelares establecidas en este Código será excepcional. Cuando exista duda en la aplicación de una medida cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a éste.

cilio o *residencia* incurre en un error de técnica legislativa o legística (Brenna, Bichachi & Molinari, 2013).

iv. En efecto, la *residencia* es un elemento constitutivo del *domicilio* conjuntamente con el *ánimo de permanencia*. A su vez, la *residencia* —conforme así lo establece la RAE— solo implica el «estar establecido en un lugar» sin ánimo de permanencia por lo que —con justa razón— Ossorio (2000) sostiene que si ello es así, entonces se trata de una *habitación* o *domicilio accidental* no así de un *domicilio* en el verdadero sentido técnico jurídico.

v. La variable *domicilio* requerida por el inc. 1 del art. 234 del CPP se refiere de igual manera y congruentemente a la variable *domicilio* establecida por los arts. 24 y 30 del Código Civil. Esto es, que debe entenderse como *domicilio de la persona individual* a aquél lugar donde tiene su *residencia principal* y a falta de ésta última el domicilio estará en el lugar donde *la persona ejerce su actividad principal*.

vi. Respecto del *comodato* se establece claramente que ésta variable implica a su vez las siguientes cuestiones:

1. Es un préstamo de uso o de una cosa no fungible, mueble o raíz.
2. Es un contrato real que implica por un lado una facultad de usarla y, por otro lado —a su vez— una obligación de devolver.
3. Se perfecciona con la entrega de la cosa. Si lo hace un apoderado o mandatario, debe estar facultado para ello puesto que el comodato se trata de una facultad de *disposición* no así de administración.
4. Es un contrato gratuito.
5. El comodatario no puede hacer de ella un uso distinto del pactado en el contrato, y, a falta de convención expresa, de aquel a que está destinada según su naturaleza o costumbre del país.
6. A momento de su restitución el comodatario no puede invocar compensación alguna.
7. La obligación de devolver o restituir la cosa o su equivalente —lo que debió ser pre—establecido en el contrato del comodato— posee coherencia con lo establecido por, es por ello que el art. 879-I del Código establece textualmente «... *despurto tiempo*...» sino *contrario sensu* se trataría de una donación.
8. Solamente pueden celebrar este contrato los que tienen facultad de disposición de los bienes que dan en comodato (art. 894 del Código Civil), por ende, una persona casada (o cónyuge) debe requerir autorización expresa de aquél⁹ como asimismo un curador o un tutor debe requerir autorización judicial a sus efectos.
9. Por regla, deberá ser un contrato formal no solemne¹⁰ para ser un «Contrato de Comodato *strictu sensu*» toda

vez que debe estipularse la previsión del art. 879-I del Código Civil¹¹ sino se trataría de una donación. De igual forma, conforme el art. 893 del Código Civil deja entender que se tratará de un contrato formal debido a la distribución de cargas en cuanto a vicios rehditorios de la cosa cedida en comodato que deben asumir tanto comodante como comodatario.

10. Por excepción será un contrato no formal, siempre y cuando se trate de un *comodato precario*¹².

11. No necesariamente al referir «formalidad» se hace referencia a la necesidad de solemnidad alguna, esto es, que deba ser necesaria la elaboración de un Instrumento Público, sino a que sea al menos estipulado en «Documento Privado» a sus efectos con reconocimiento o no de firmas ante Notario de Fé Pública.

La jurisprudencia en la materia

Ya se refirió precedentemente que el domicilio implica la concurrencia de dos claros elementos uno la RESIDENCIA (*corpus*) y el otro el ÁNIMO DE PERMANECER en esa residencia (*animus*).

Entonces, si ello es así y se debe acreditar el domicilio para contrarrestar el «Peligro de Fuga» es lógico suponer que ese domicilio debe existir previamente a la medida cautelar a imponer o, en su caso, a la cesación de detención preventiva.

Con dicho razonamiento el Tribunal Constitucional estableció claramente lo siguiente:

«... *si bien el juzgador está facultado para evaluar las circunstancias que hagan presumir el peligro de fuga y obstaculización de manera integral, no es menos evidente que debe fundar su determinación en las pruebas y tomando en cuenta todas las circunstancias previstas por la Ley; corresponde al*

⁹ Nótese que en la legislación de Bolivia desde la promulgación de la Ley Nro. 603 se encuentran en iguales condiciones jurídicas los convivientes o concubinos respecto de los casados civilmente, por ello a ambos se los trata como «cónyuges».

¹⁰ Esto es que no es necesario que sea labrado en escritura pública.

¹¹ En efecto, la norma establece la necesidad de devolución y/o restitución «... *después de cierto tiempo*...».

¹² Art. 894 del CC: *Si el comodato es precario, por no haberse determinado plazo o uso para la cosa prestada, el comodante puede pedir su devolución en cualquier momento. Es también precario si la tenencia de la cosa es meramente tolerada por el propietario.*

acusador probar y demostrar la concurrencia de esas circunstancias previstas en las normas precedentemente señaladas, no siendo suficiente la mera referencia y presunción de que concurran las mismas. . . » (SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1635/2004-R. Sucre, 11 de octubre de 2004).

«... se hace preciso recordar en principio que el domicilio para considerarlo como habitual, obliga al imputado a presentar prueba en sentido de que es allí donde habita con su familia, pernocta y realiza su actividad familiar e incluso social. . . El juzgador deberá efectuar una evaluación integral de las circunstancias existentes o, lo que es lo mismo, de todas las circunstancias. . . De todas las que tenga especialmente le dará importancia a las enumeradas del 1 al 7 en el mismo artículo, lo que no quiere decir que excluya a otras, sino que le dará mayor relevancia a esas siete que ha establecido el legislador como circunstancias de importancia para tomar pleno convencimiento de que existe el riesgo de fuga. . . el juzgador puede disponer la detención preventiva siempre que se den el resto de los requisitos; es decir se den los supuestos estipulados en las normas previstas por el art. 233 del CPP, en cuanto a la probable autoría y además la obstaculización de la verdad, pues es respecto a estos requisitos que el legislador claramente ha prescrito que deben concurrir ambos; empero, no respecto a que deban concurrir todas las circunstancias especiales consignadas en las normas previstas por el art. 234 del CPP, éstas pueden ser excluyentes una de la otra y . . . » (SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0034/2005-R. Sucre, 10 de enero de 2005).

«... para demostrar una residencia habitual, además que aún cuando hubiere contado con el requisito extrañado, el documento tampoco hubiere podido sustentar la residencia habitual en el sentido del precepto (art. 234-1 CPP), pues el contrato de alquiler data de tres días después de que el juez cautelar resolvió su detención; y, lo que exige el citado artículo es una condición totalmente diferente a ello, pues el peligro de fu-

ga no se desvirtúa con que el imputado deba tener una residencia habitual en el lugar donde esta siendo detenido, sino en el país, lo que significa que el certificado para ser validado cuando no se tenga derecho propietario sobre el inmueble que constituye domicilio, debe sustentarse en un contrato de arrendamiento u otro contrato que acredite que el imputado tiene su domicilio en cualquier lugar del país, pero de manera anterior al hecho y no posterior y menos que emerja inmediatamente después de la detención. . . » (SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1625/2003-R. Sucre, 14 de noviembre de 2003).

«... para acreditar el domicilio o residencia habitual, el imputado deberá presentar prueba idónea que demuestre que ese domicilio no es temporal y si lo es deberá presentar elementos de prueba que sustenten legalmente por qué es transitorio, vale decir, que la regla es que el domicilio sea habitual, por lo mismo debe haber sido habitado con anterioridad a la aprehensión y en forma diaria, lo que supone que allí, conforme al estado civil que tenga el imputado pernocta, reposa, disfruta de su vida familiar, no con periodicidad ni esporádicamente sino cotidianamente. . . consiguientemente, todo imputado debe presentar prueba también idónea que acredite dónde era su domicilio o residencia habitual antes de su detención como también cuál era su trabajo o negocio asentado en el país. . . » (SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1154/2004-R. Sucre, 26 de julio de 2004).

Conclusiones e Investigaciones Futuras

1. La variable domicilio aún cuando sea tratada o merituada en cuanta jurisdicción y competencia se trate debe poseer dos claros elementos: la RESIDENCIA (*corpus*) y el ÁNIMO DE PERMANECER en esa residencia (*animus*).
2. Las previsiones estipuladas en el inc. 1 del Art. 234 del CPP en cuanto a las variables *domicilio o residencia* deben ser interpretadas conforme así también lo dispone el Código Civil en sus arts. 24 y 30.
3. La variable *residencia* expresa una mera *habitación* y/o *domicilio accidental*, no así un *domicilio strictu sensu*.

4. Entonces cuando se quiera acreditar una *residencia* se deberá demostrar que no se trata de un mero *domicilio accidental* sino —de alguna manera— de una *residencia* con caracteres de *habitualidad y/o permanencia*.

5. Por regla un «Contrato de Comodato *strictu sensu*» debe ser un contrato formal o escrito, no necesariamente solemne ya que no es necesario un instrumento público.

6. Por excepción, si se trata de un «comodato precario» puede ser un contrato no formal, pero con ello no se acredita una *habitualidad o permanencia* alguna.

7. No necesariamente un «Contrato de Comodato» implica establecer la variable *domicilio* o *residencia* en los términos previstos por el art. 24 y 30 del Código Civil como así también a efectos del inc. 1 del art. 234 del CPP.

8. No necesariamente un «Contrato de Comodato» establece o un *domicilio* o una *residencia*, salvo está que el instrumento contractual así establezca expresamente que la cosa cedida en préstamo de uso se trata de un bien raíz o bien inmueble y que allí se establecerá el *domicilio real* de una determinada persona (el comodatario) y por ende allí concurrirán tanto el elemento material (*residencia*) como el ánimo de permanencia en ese lugar.

9. Si el «Contrato de Comodato» no establece expresamente que allí será el *domicilio real* de una persona, pero no obstante ello allí *reside* la misma, pues entonces se trata de una *habitación* o *domicilio accidental*, lo que a los efectos del inc.1 del art. 234 del CPP carece de relevancia técnica jurídica y entonces se configura el mentado «Peligro de Fuga» por más «favorabilidad» que se le quiera dispensar al cautelado o al por cautelar.

10. Por último, es razonable el criterio del Tribunal Constitucional cuando sostiene que «...*todo imputado debe presentar prueba también idónea que acredite dónde era su domicilio o residencia habitual antes de su detención como también cuál era su trabajo o negocio asentado en el país...*» (SSCC Nros. 1625/2003-R y 1154/2004-R).

Se reitera: el Alto Tribunal Constitucional sostiene «residencia habitual» no así una simple «residencia», con lo cual la hermenéutica del art. 234 inc. 1 del CPP cobra otra relevancia ya que se debe entonces acreditar *domicilio* o *residencia* habitual y de forma previa a la eventual detención preventiva.

Propongo como temas de investigaciones futuras los siguientes:

- Analizar el contexto de las medidas cautelares de carácter personal en el derecho comparado y el tratamiento que se realiza a la variable domicilio.
- Se debe trazar una línea jurisprudencial a fin de de-

terminar la evolución y *ratio decidendi* de la variable domicilio tanto en el Tribunal Constitucional como asimismo en el Tribunal Supremo.

- Habida cuenta que el CPP de Bolivia data del 25/3/99 resulta sumamente importante analizar el proyecto de ley que la precedió y el debate que originó en el órgano legislativo o parlamentario, en especial, en cuanto al inc. 1 del art. 234 del CPP.

Referencias

- APA. (2009.) *Manual of the American Psychological Association*. ISBN 13: 9781433805615. ISBN 10:1433805618.) Retrieved from: <http://www.apastyle.org/manual/>.
- CAFFERATA NORES, J. I. (1998). *La prueba en el proceso penal: con especial referencia a la Ley 23.984*. book, Ediciones Depalma. Retrieved from: <https://books.google.com.bo/books?id=hZF4PAAACAAJ>
- CAFFERATA NORES, J. I., MONTERO, J., ET AL. (2012). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Advocatus.
- BEUCHOT, M. (2014). Charles Sanders Peirce: semiótica, iconicidad y analogía. book, Herder. Retrieved from: <https://books.google.com.bo/books?id=2LQAogEACAAJ>
- BRENNAN, R. G. (DIR), BICHACHI, D. S., & MOLINARI, G. (2013). *Técnica Legislativa* (1ra. ed.). Buenos Aires: La Ley.
- CREUS, C. (1998). *Derecho Penal – Parte Especial*. (Astrea, Ed.) Tomo 1.
- DAYENOFF, D. E. (2003). *Código Penal. Concordancias. Comentarios. Jurisprudencia. Esquemas de defensa* (8va.). A-Z Editora.
- KAUFMANN, A. (2006). *Filosofía del derecho*. book, Universidad Externado de Colombia. Retrieved from: <https://books.google.com.bo/books?id=OPRAAQAACAAJ>
- LLAMBÍAS, J. J. (1995a). *Tratado de Derecho Civil Parte General. Nociones fundamentales. Personas* (16a ed., Vol I.). Bs.As.: Abeledo-Perrot.
- LLAMBÍAS, J. J. (1995b). *Tratado de Derecho Civil Parte General. Nociones fundamentales. Personas* (16a ed., Vol II.). Bs.As.: Abeledo-Perrot.
- MITTERMAIER, C. J. A., & MITTERMAIER, K. J. A. (2005). *La prueba en materia criminal*. book, Editorial Leyer. Retrieved from: <https://books.google.com.bo/books?id=HuzNfJqsc7oC>
- NUÑEZ, R. (2008). *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*. Marcos Lerner Editora Córdoba.
- OSSORIO, M. (2000). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Heliasta (Ed.), book.
- SOLER, S. (1992). *Derecho Penal Argentino* (Vol. Tomo I). Topográfica Editora Argentina.



