

á formar el domicilio, la residencia y la intencion, existen, es verdad, de ordinario en el domicilio legal, pero tambien pueden no encontrarse. La ley es la única que determina el domicilio. Vamos á exponer las razones que han hecho que el legislador intervenga en una materia que parecia deber abandonarse á la libre voluntad del hombre.

NUM. 1. DOMICILIO DE LA MUJER CASADA.

84. El art. 108 dice que la mujer casada no tiene otro domicilio que el de su marido. Este domicilio legal resulta de la naturaleza del matrimonio y de la posicion que da á la mujer casada. Segun expresa el art. 214, la mujer está obligada á habitar con el marido y á seguirle adonde estime conveniente residir. La mujer tiene, pues, legalmente su residencia en donde habita su marido, y no puede tener otra. Es cierto que los cónyuges pueden convenir tener diferente habitacion, pero este acuerdo no puede derogar el art. 214, puesto que la obligacion impuesta á la mujer de habitar con su marido es de orden público. Así pues, de derecho la mujer tiene su residencia en donde está la habitacion del marido; y en esto el derecho se sobrepone al hecho, puesto que en materia de orden público no puede haber hecho contrario á la ley; semejante hecho sería nulo, y en consecuencia, inútil. Se ha presentado el caso ante la corte de Paris. Una mujer italiana estaba radicada en Aix con el consentimiento de su marido; pretendia tener su domicilio en ese lugar, habiendo hecho su declaracion de voluntad en la municipalidad de Aix. La corte de Paris decidió que no podia tener domicilio distinto del de su marido, y su sentencia fué confirmada en casacion (1). ¡No se comprende cómo

1 Sentencia de 25 de Febrero de 1818 (Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Domicilio*, § 5).

es posible litigar hasta en casacion sobre cuestiones que son más claras que la luz del dia!

El domicilio que la ley atribuye á la mujer casada tiene otra razon que está colocada igualmente sobre los convenios de las partes. Se lee en el discurso del orador del Tribunado: «Estando establecido el domicilio para fijar el lugar del ejercicio de los derechos civiles activos y pasivos, las personas que no puedan ejercer esos derechos sino bajo la autorizacion y por el ministerio de un administrador ó protector legal, deben tener el mismo domicilio que éste (1).» Todos saben que así sucede respecto de la mujer, puesto que no puede verificar ningun acto jurídico sin la autorizacion marital (arts. 215, 217). La mujer nunca puede ser eximida de esta dependencia, puesto que es una continuacion de la potestad marital, la cual es de orden público. Aun cuando la mujer se casara bajo el régimen que le dé más libertad, aun cuando hubiera separacion de bienes, permanece bajo la potestad marital, y por lo mismo el asiento de sus negocios, su principal establecimiento en cuanto al ejercicio de sus derechos permanece en el domicilio de su marido. Se ha juzgado que lo mismo sucede respecto de la mujer separada de bienes por sentencia judicial (2); y la cuestion, una vez más, no puede contener la sombra de una duda: la separacion judicial, lo mismo que la separacion estipulada por contrato de matrimonio, no dispensa á la mujer de habitar con su marido ni la eximen de su potestad.

85. ¿Qué debe decidirse si la mujer está separada de cuerpo? La opinion general es que en ese caso la mujer puede adquirir otro domicilio que el de su marido. Fundanse para decidirlo así en la naturaleza de la separacion

1 Discursos de Malherbe, en Loaré, t. II, p. 189, núm. 9.

2 Sentencia de la corte de Colmar de 12 de Julio de 1806 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 747, 2º).

de cuerpos. Esta tiene precisamente por fin y por efecto poner término á la vida comun, separar á los cónyuges de cuerpos, y por consecuencia, eximir á la mujer de la obligacion que le impone el art. 214 de habitar con su marido. Tendrá pues habitacion distinta, y no será ciertamente su intencion conservar su principal establecimiento al lado de su marido; desde entónces, segun el derecho comun, tendrá nuevo domicilio. Tal es la opinion de la mayor parte de los autores, y la jurisprudencia está conforme (1). Hay, sin embargo, motivos serios para dudar. La cuestion está en saber si la mujer separada de cuerpo puede invocar el derecho comun. ¿No subsiste su domicilio legal á pesar de la separacion? El art. 108 parece decirlo; está redactado en términos imperativos, que á primera vista parecen excluir toda distincion. La mujer casada *no tiene otro domicilio* que el de su marido. «Ahora bien, la separacion de cuerpos deja subsistir el lazo del matrimonio: la mujer separada permanece casada, luego es aplicable el texto de la ley. En vano se invocará el art. 214; la obligacion de habitar con su marido no es la única razon que haya hecho dar á la mujer el domicilio marital; hay otra sustancial, y es la incapacidad que tiene marcada, y que la obliga á recurrir á su marido para todos los actos jurídicos que esté en el caso de hacer. Así, pues, la separacion de cuerpos en nada cambia la incapacidad de la mujer. ¿No debe tener el domicilio de su marido, estando siempre bajo la potestad de éste?

Estos motivos han ofuscado á excelentes pensadores, Merlin y Zachariæ (2). Si nosotros seguimos la opinion gene-

1 Véanse los autores y las sentencias citadas en Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Domicilio*, núms. 72-74. Agréguese una sentencia de la corte de Orleans de 25 de Noviembre de 1848, que ha decidido la cuestion en términos expresos (Dalloz, *Recopilacion periódica*, 1849 2, 9).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Domicilio*, § 5.

ral es porque existe una razon tradicional que nos parece concluyente. La separacion de cuerpos no es hechura del código de Napoleon; nos viene del derecho antiguo, y como el código no contiene más que algunas disposiciones sobre la materia, es natural recurrir al derecho antiguo para interpretarlo. Sentado esto, véase lo que escribia el presidente Bouhier: «La separacion de cuerpos da á la mujer la libertad de ir á habitar donde mejor le plazca; le da, pues, el derecho de elegir nuevo domicilio. De esta suerte, eso depende de su voluntad, de la cual se juzga á este respecto como de la de cualquiera otra persona (1).» Pothier dice tambien que la mujer separada de cuerpos tiene el derecho de establecerse donde quiera, en distinto domicilio del de su marido (2). ¿No es natural pensar que el legislador francés ha conservado la separacion de cuerpos con los efectos que producía en el derecho antiguo? Tambien el relator del Tribunado dice, y sin vacilar, que la mujer separada de cuerpos puede, lo mismo que la divorciada ó viuda, elegir otro domicilio, porque ya no la detiene el deber al lado de su marido (3).

#### MUN. 2. DOMICILIO DEL MENOR.

86. El niño, al nacer, tiene por domicilio el de su padre; en él está obligado á vivir mientras es menor; en él está el asiento de sus negocios, puesto que su padre es administrador legal de sus bienes (arts. 374 y 389); finalmente, está bajo la patria potestad hasta su mayor edad ó su emancipacion (art. 372). Tales son los motivos por los cuales decide la ley que «el menor no emancipado tiene su

1 Bouhier, *Observaciones sobre la costumbre de Borgoña*, cap. XXII, núm. 201.

2 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 522; *Introduccion á las costumbres*, cap. 1º, núm. 10.

3 Informe de Mouricault, en Loaré, t. II, p. 186, núm. 12.

domicilio en la casa de sus padres (art. 108).» No puede tener otro. En consecuencia, cuando el padre cambia de domicilio, sus hijos menores lo cambian igualmente con él. Se ha juzgado que si se nombra al padre para un cargo vitalicio é irrevocable, sus hijos menores adquieren de pleno derecho el domicilio legal inherente al cargo (1).

El art. 108 dice que el domicilio del menor no emancipado será el de sus padres ó tutor. Si muriese uno de los padres y el superviviente ejerce la tutela, el domicilio del menor será el de su padre ó madre; el superviviente reúne entónces dos potestades, la paterna y la de tutela, que una y otra fijan el domicilio del menor. ¿Qué habrá que decidir si el superviviente rehusa la tutela ó se excusa? En este caso hay dos potestades en competencia; el menor está bajo la patria potestad; y en este concepto, debería tener por domicilio el del superviviente de sus padres; pero estando también bajo tutela, debería tener, como pupilo, el domicilio de su tutor. ¿Cuál de los dos domicilios legales se sobrepondrá al otro? El en que esté el centro de los negocios del menor, el en que se ejerzan sus derechos civiles. Ese es el principio establecido por el orador del Tribunal; en consecuencia, el domicilio del menor será el de su tutor; porque, según el art. 450, «el tutor representa al menor en todos los actos civiles.» Eso resuelve la cuestión (2).

87. El menor emancipado puede elegir un domicilio distinto del de sus padres ó tutor. Ha salido de la patria potestad ó tutela; desde entónces adquiere la libertad de su persona, y en consecuencia, el derecho de tener un domicilio donde le parezca. Así resulta del texto de la ley; el menor emancipado no tiene domicilio legal. Sin embar-

1 Sentencia de la corte de casacion de 31 de Marzo y de 25 de Mayo de 1846 (Daloz, *Recopilacion periódica*, 1846, I, 200 y 201.

2 Demolombe, *Curso de Código de Napoleon*, t. 1º, p. 586, núm. 359.

go, siempre es incapaz, necesita la asistencia de un curador para ciertos actos. Esto prueba que en el sistema del código, no basta la incapacidad para traer consigo un domicilio legal. Se necesita más bien sentar como principio que los que gozan de la libertad de su persona tienen el derecho de establecer su domicilio en donde quieran. Este principio confirma la opinion que acabamos de emitir acerca del domicilio de la mujer separada de cuerpos.

88. Hay dificultades para el domicilio del hijo natural. Si no está reconocido, no tiene domicilio legal, puesto que legalmente no tiene padre ni madre. Si está reconocido por solo uno de sus padres, tendrá el domicilio de éste. Pero hay duda cuando está reconocido por ambos, no teniendo éstos el mismo domicilio. Se necesita ver dónde está el asiento de sus negocios. Ahora bien, si tuviere bienes, su padre tendría la administracion de ellos; es, pues, en el domicilio del padre en donde ejerce sus derechos civiles, en él está su principal establecimiento, y en consecuencia, su domicilio. Sin embargo, la cuestión está controvertida. Como no existe texto sobre el particular, Demante es de opinion que debe determinarse según las circunstancias, teniéndose sobre todo en cuenta la habitacion real (2). ¿Cuáles son esas *circunstancias*? Hé aquí otra palabra vaga que debería desterrarse de nuestra ciencia, cuando la misma ley no la emplea. La habitacion real es uno de los elementos del domicilio, pero no el único; se necesita además la intencion de fijar el principal establecimiento en el lugar en donde se reside. Pero cuando se trata de menores, como éstos no tienen intencion, la ley les impone su voluntad. Es cierto que no hay ley expresa que determine el domicilio del hijo natural, pero se puede y debe aplicar por analogía al hijo natural lo que la ley di-

1 Demante, *Curso analítico* t. 1º, p. 205, núm. 102 bis, III.

ce del hijo legítimo. Tenemos este argumento de analogía en la administración legal, y nos parece concluyente.

Si los hijos naturales no están reconocidos, pueden, á pesar de eso, tener un domicilio legal, siempre que tuvieren tutor. Cuando son recogidos en un hospicio, la ley los constituye en tutela (1). Si no están bajo tutela, no hay ya domicilio legal que puede aplicárseles. Es necesario decir que su domicilio es desconocido, puesto que también lo son sus padres. Su habitación equivaldrá al domicilio.

#### NUM. 3. DEL INCAPACITADO.

89. El art. 108 dice que «el domicilio del mayor incapacitado es el de su curador.» Hay analogía entre la posición del incapacitado y la del menor; uno y otro tienen el centro de sus negocios, su principal establecimiento, y por tanto su domicilio, en el de su tutor. Dice la ley: el *mayor de edad* incapacitado. Ya veremos que los menores también pueden estar incapacitados; se les aplicará naturalmente la misma regla. Para el mayor de edad se presentan algunas dificultades cuando es un cónyuge el que está incapacitado; más adelante las examinaremos.

La jurisprudencia presenta aplicaciones de nuestro principio. Fallece un incapacitado en país extranjero, donde no ha dejado de residir; su tutor está domiciliado en Francia, pero ha sido nombrado por un tribunal extranjero. Si la sentencia ha sido ejecutoriada en Francia por un tribunal francés, hay que decidir sin duda alguna que la sucesión de este incapacitado se abrirá en Francia, en el domicilio de su tutor (2).

1 Ley del 15 pluvioso año XIII. Decreto de 19 de Enero de 1811, art. 15.

2 Sentencia de la corte de casación de 16 de Febrero de 1842 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Sucesion*, núm. 1670); y sentencia de la

#### NUM. 4. DE LOS FUNCIONARIOS.

90. Según el art. 107, «la aceptación de cargos vitalicios lleva consigo la traslación inmediata del domicilio del funcionario al lugar donde deba ejercer sus funciones.» Por *cargos vitalicios* hay que entender cargos inamovibles, conferidos para toda la vida. Es consecuencia del art. 106, según el cual, el ciudadano llamado á un cargo temporal ó amovible, conserva el domicilio que tenía ántes, si no ha manifestado intención contraria. Se necesitan, pues, dos condiciones para que un funcionario adquiera domicilio legal: el cargo debe ser vitalicio é inamovible. Tales son los cargos de juez, en todos los tribunales, y los de notario. ¿Por qué la ley les fija el domicilio en donde están llamados á ejercer sus funciones? Porque en ese lugar tienen necesariamente su principal establecimiento; el hecho y la intención concurren por la naturaleza de sus funciones. En efecto, el magistrado es nombrado por toda su vida, y no puede ser destituido, ni siquiera cambiado. Su deber le llama, pues, durante toda su existencia, al lugar en donde ejerce sus funciones; en él debe por lo mismo residir, y no puede tener la intención de establecerse en otra parte, porque esto sería faltar á su deber, como dice el relator del Tribunal. La ley, agrega este orador, no puede ni aun admitir tal suposición, porque ofendería todas las conveniencias sociales (1). Para los notarios hay todavía una razón más. La ley del 25 ventoso año XI (art. 2º), previene que los notarios residan en el lugar que les haya sido

corte de Agen de 10 de Abril de 1813 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Domicilio*, núm. 91).

1 Informe de Mouricault, en Loaré, t. II, p. 184, núm. 8; discursos de Malherbe (*ibid.*, p. 189, núm. 8); *Exposición de los motivos* d'Emmery (*ibid.*, p. 181, núm. 5).

designado por el gobierno, so pena de ser considerados como dimisionarios.

91. Hay cargos inamovibles que no son vitalicios. Tales son los electivos; no dan domicilio legal, porque el legislador no ha podido suponer que el que está llamado á residir en la capital durante un tiempo limitado, tenga la intencion de trasladar allí su principal establecimiento. Hay más; cuando los cargos, aunque sean vitalicios, no obligan á quienes los desempeñan á residir con habitacion en un punto, no hay domicilio legal en virtud del art. 107. Se ha presentado la cuestion ante la corte de casacion de Bélgica para los jueces suplentes. Segun la legislacion belga, estos empleos son vitalicios é inamovibles; se les podria, pues, aplicar la letra del art. 107. Esto es lo que hizo la corte de casacion, en primera sentencia, á pesar del pedimento contrario del procurador general (1). Volvió, empero, de su error, porque error habia habido, en aplicar la disposicion del art. 107 á un caso para el que ciertamente no estaba redactado. Por nueva sentencia decidió la corte que este artículo no era aplicable sino á los funcionarios cuyos deberes exigen una residencia en el lugar en que ejercen sus cargos; eso resulta de la naturaleza del domicilio, y así está dicho por todos los que han expuesto los motivos de la ley. Ahora bien, los jueces suplentes no están obligados á residir en el lugar en donde desempeñan accidentalmente sus cargos; el decreto de 18 de Agosto de 1810, los autoriza, por el contrario, á residir en una de las municipalidades del canton. Eso corta la dificultad (2).

92. El art. 108, dice que la *aceptacion* de cargos públicos es la que confiere un domicilio legal al funcionario

1 Sentencia de 13 de Julio de 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 406).

2 Sentencia de 11 de Julio de 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 1, 346). Consultese la requisitoria del abogado general, M. Faider (*ibid.*, p. 344 y siguientes).

vitalicio. ¿Cómo se comprueba la aceptacion y cuál es su fecha? Importa saberlo, porque el código agrega que hay traslacion *inmediata* de domicilio desde que hay aceptacion. Propiamente hablando, el funcionario no acepta; cuando no quiere el cargo que se le ha dado, lo renuncia; por el sólo hecho de no renunciarlo, acepta. Pero presta juramento, y este acto es el que constituye la aceptacion legal. A partir de la hora en que presta el juramento es, pues, cuando tiene su domicilio en el lugar en que debe ejercer sus funciones. Esta traslacion se verifica *inmediatamente*, dice el art. 107, por consiguiente, ántes de que el funcionario se haya dirigido á su destino. En consecuencia, tiene domicilio ántes de tener habitacion. Esto es una abolicion del derecho antiguo. Pothier exigia, para que el funcionario adquiriese nuevo domicilio, que hubiese *llegado* al lugar donde debe residir (1). La doctrina del código es contraria á los principios. Acabamos de decir que todos los autores de la ley proclaman que el funcionario inamovible tiene su domicilio donde necesariamente está su residencia; así pues, el domicilio no deberia empezar sino con la residencia.

93 Los funcionarios amovibles no tienen domicilio legal. Segun el art. 106, conservan el domicilio que tenian ántes del nombramiento, si no han manifestado intencion contraria. ¿Por qué no tienen domicilio legal, y cuál es su posicion? Malherbe, orador del Tribunado, explica muy bien por qué el funcionario amovible no cambia de domicilio por la aceptacion de su cargo. Nada lo arraiga en el lugar en que ejerce sus funciones, pudiendo cualquier día ser, si no destituido, cambiado cuando ménos. Al recorrer sucesivamente diversos lugares, sin radicarse en ningunos es natural que conserve la idea de volver al domicilio que tenia ántes de ser funcionario público, el cual es de ordi-

1 Pothier, *Introduccion á las costumbres*, cap. 10, núm. 15.

nario su domicilio de origen. ¿Cuál es, pues, su posición? Se encuentra en el derecho común de las personas que cambian de residencia, sin tener la intención de fijar su principal establecimiento en el lugar en que quieran habitar. Es decir que conserva su antiguo domicilio, á no ser que al cambiar de residencia también haya manifestado la intención de cambiar de domicilio. Así es como Malherbe explica la ley. «Era justo, dice, darle *la facultad* de conservar su domicilio, sin que pudiese cambiarlo por otro medio que no fuera la expresión positiva de su voluntad (1).

Así es que el funcionario amovible tiene *la facultad de conservar su domicilio*. No lo conserva, pues, necesariamente; depende de él fijarlo en el lugar en donde va á ejercer sus funciones; la misma ley supone que puede tener esta intención, y la realidad de las cosas está en armonía con el derecho. Diariamente acontece que funcionarios amovibles abrigan la intención de fijar su permanencia en el lugar en que ejercen sus funciones. En efecto, no obstante ser amovibles en derecho, es raro que lo sean de hecho; aún los hay que, por la naturaleza de sus funciones, ni siquiera son cambiados. Desde ese momento, se sienten, de cierto modo, atraídos para establecer su domicilio en el lugar que deben habitar con más frecuencia durante su vida. También numerosas sentencias deciden que funcionarios amovibles, tales como los prefectos, tienen su domicilio en donde ejercen sus funciones (2). Puede decirse asimismo que esto es probable, sobre todo para ciertos funcionarios. Sólo que es necesario cuidarse de constituir en presunción esta probabilidad, como lo ha hecho la corte de casación. Léese en una sentencia que si los funcionarios amovibles no tienen por efecto verificar de pleno derecho

1 Malherbe, Discursos (Loché, t. II, p. 189, núm. 8).

2 Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *Domicilio*, núms. 109-111.

la trasmisión del domicilio al lugar en que están en ejercicio, hacen *presumir legalmente* que este lugar es el centro del principal establecimiento del nombrado, á no ser que resulte prueba contraria de circunstancias expresamente declaradas (1). Hé ahí una de esas sentencias que hacían decir á Merlin: Es necesario no juzgar por precedentes, sino con razones. La decisión de la corte está en abierta oposición con el texto y el espíritu de la ley. El texto dice, que el funcionario amovible *conserva* su antiguo domicilio, salvo intención contraria; mientras la corte le hace decir que *trasmite* su domicilio, salvo intención contraria. A decir verdad, no hay ninguna presunción legal, tanto para la *conservación*, como para la *trasmisión* del domicilio de los funcionarios amovibles. Todo lo que dice el legislador, es que esos funcionarios no tienen domicilio legal, de consiguiente no tienen domicilio presumido; tienen la *facultad* de conservar su antiguo domicilio, y también tienen la *facultad* de adquirir uno nuevo. En definitiva, permanecen en el derecho común.

No, se dice; el funcionario amovible debe estar en una posición especial, porque si permaneciese en el derecho común, sería inútil el art. 106. La ley dice que conserva su antiguo domicilio si no ha manifestado intención contraria. ¿Cómo se manifiesta esta intención? Aquí está la abolición del derecho común. La intención puede ser, en general, expresa ó tácita; en el caso del art. 106, debe ser positiva, al decir de Malherbe, ó lo que es lo mismo, expresa. No ha encontrado eco esta interpretación. El art. 106 no dice que la intención debe ser positiva ó expresa; exige solamente que el funcionario haya manifestado la intención de cambiar de domicilio. ¿Cómo debe manifestar su voluntad? Nada dice la ley acerca de este punto, por

1 Sentencia de 21 de Mayo de 1835 (sección criminal) en Dalloz, *Compilación*, 1835, 1, 112.