

ejecucion, porque esta no pertenece ya á los actos de voluntaria jurisdiccion, es para nosotros evidente que permanecen en su fuerza y vigor las leyes de Partida y Recopiladas; y que por tanto puede pedirse la retencion de la Real gracia de dispensa de ley, ante el juez á quien se presente para su cumplimiento, espresando los motivos en que aquella solicitud se funda, á fin de que se eleyen á conocimiento del Gobierno con el objeto de que revoque la mencionada resolucion.

Segun las leyes de Partida, la insistencia del poder soberano temporal obligaba á dar cumplimiento á las cartas sobre dispensa de ley, cuando no tenia por conveniente revocarlas, á pesar de las razones alegadas; pero en la actualidad nunca puede considerarse obligatorio, sin derecho á reclamar contra el precepto del poder Real. Asi es que despues de prestarla el debido cumplimiento, en el caso de denegarse la revogacion, podrá el perjudicado recurrir con la correspondiente demanda al Consejo Real, en donde se le administrará justicia con audiencia del Fiscal de S. M. en aquel Tribunal.

Establecido en la actualidad el sistema que debe observarse para instruir los expedientes de dispensa de ley, pocas veces acontecerá que se conceda la Real gracia sin citacion de los que tengan interes, en cuyo caso nunca procedió el recurso de retencion. Pero como es posible que la parte solicitante oculte la existencia de personas interesadas en que la Ley no se dispense, ó que fallen á la verdad en las exposiciones, ó que en las Reales órdenes, por las cuales se dispone instrucion del expediente, no se manden citar, bien puede ser que se conceda la dispensa de ley en perjuicio de tercero. Si esto ocurriese, podrá el perjudicado solicitar la retencion de la Real gracia.

El silencio de una ley no puede considerarse derogatorio de las anteriores; y como que la de enjuiciamiento se ocupa nada mas que de la instrucion de los expedientes informativos, que preceden á la concesion de la dispensa, y calla con respecto á su

TITULO VII.

DE LAS HABILITACIONES PARA COMPARECER EN JUICIO.

Observaciones.

No puede considerarse como una novedad en el derecho la necesidad de habilitar á ciertas personas para comparecer en juicio, ya como demandantes, ya como demandadas; pero la declaracion de que los actos previos pertenecen á la jurisdiccion voluntaria, es tan nueva como interesante.

En efecto, ya las leyes de Partida habian declarado, como mas adelante se dirá, que los hijos de familia no podian comparecer por sí mismos en juicio; habian dispuesto tambien que la mujer casada no se considerase hábil para litigar, y las de Toro aclararon el derecho establecido, sancionando aquella disposicion. Pero ni las unas ni las otras leyes precisaron las formas de proceder en los casos de escepcion de aquella regla general, para conceder la autorizacion especial, que los jueces podian acordar á instancia de parte. La Ley de enjuiciamiento ha llenado ese vacío, que como todos los de la misma especie producen necesariamente confusion y prácticas discordes, á causa de las varias opiniones que sustentan los encargados de administrar la justicia.

Respecto á la calificacion que se ha hecho de las diligencias que han de practicarse para obtener la habilitacion, no puede ponerse en duda la procedencia, porque es conforme á la definicion dada de los actos de jurisdiccion voluntaria en el art. 1207. Al solicitar el hijo de familia que se le autorice á fin de comparecer en juicio para defender sus derechos á causa de la ausencia de su padre, ó la mujer con motivo de la de su marido, no promueven cuestion alguna que exija declaracion de derechos; trátase

de hechos materiales, todos referentes á las condiciones de la persona que pide la autorizacion y al estado de la que, segun las leyes, debia gestionar en el juicio; falta, pues, la materia contenciosa necesaria para litigar.

ART. 1350. *Es Juez competente para conceder habilitaciones á fin de comparecer en juicio, el del domicilio del que lo solicitare.*

Supuesta la necesidad legal de que las diligencias relativas á actos de jurisdiccion voluntaria se practiquen ante juez de primera instancia, y visto que no se conserva el principio, que autorizaba á todos los jueces para intervenir en aquellos, debieran haberse sentado reglas generales, determinantes de la competencia, á la manera que se consignaron en la *Ley* al tratar de los asuntos de jurisdiccion contenciosa. La índole de los pertenecientes á la voluntaria no lo consentia, y asi es que en los diferentes títulos de la *Parte segunda* de aquella *Ley* suele comenzarse por sentar reglas especiales sobre competencia.

No era difícil tratando de las habilitaciones para comparecer en juicio satisfacer esa necesidad: si por regla general el domicilio se reputa la causa mas atendible para conceder la competencia, cuando se busca esta para entender en unas diligencias que tienden á justificar las circunstancias especiales, en que se halla una persona con relacion á otra domiciliada en el mismo lugar el juez competente para conceder las habilitaciones es el del domicilio del que le solicitare.

Pero esa disposicion legal parte de un supuesto que alguna vez puede fallar; es fácil que el que necesite la autorizacion no tenga domicilio fijo; puede acontecer que sea un transeunte; y como en esos casos la regla sentada en el *art. 1350* carece de base, no puede tener aplicacion por falta de supuesto, ¿á qué principio se atenderán los interesados para buscar al juez competente, y este para considerarse tal? En nuestro sentir, la residencia suplirá al domicilio; y cuando el que solicite la habilitacion sea extranjero, corresponderá intervenir en las diligencias al juzgado militar, único competente para conocer en los asuntos como juez de extranjería. Fundamos esas opiniones, en lo que se halla dispuesto

por regla general para los asuntos de jurisdiccion contenciosa, y en los Reales decretos que tratan del fuero de los extranjeros transeuntes con relacion á los negocios judiciales.

ART. 1351. *Necesitan habilitacion para comparecer en juicio: El hijo de familia mayor, ó menor de edad, y la mujer casada que se encontraren en alguno de los casos siguientes:*

- 1.º *Hallarse el padre, ó marido ausentes sin que haya fundada esperanza de su próxima vuelta.*
- 2.º *Ignorarse el paradero del padre ó marido.*
- 3.º *Negarse el padre, ó marido, á representar en juicio al hijo ó mujer.*

Especifica y nombra el artículo precedente las personas que necesitan habilitacion para comparecer en juicio; mas, como la prohibicion se funda en el estado especial de las personas con relacion á otras, necesitaban determinarse las circunstancias precisas para suponer el caso de habilitacion. Un ligero recuerdo de lo prescrito por las leyes acerca de esta materia nos facilitará la inteligencia de lo dispuesto en el artículo de que nos ocupamos al presente.

El hijo de familia mayor, ó menor de edad. Los hijos de familia estaban sujetos á dos prohibiciones, la una absoluta y la otra relativa, cualquiera que fuese su edad; la primera se extendia á los juicios que hubiere de promover el hijo, ó que contra él se promoviesen sin distincion de personas, y la otra se limitaba á los asuntos contra sus padres. "Contra el hijo ó nieto que estoviere en poder de su padre, ó de su avuelo, aviendo alguno á facer de manda en juicio, apercibido deve ser el que la quiere comenzar, que la faga, estando delante el que lo tiene en su poder; ca de otra guisa non gela podria facer con derecho. Pero si el que le oviesse en guarda, non fuesse en la tierra, deve el querellero pedir al juez del logar, do quier facer la demanda, que dé algund ome, que tome en guarda á aquel á quien quiere demandar, quanto en aquel pleito, é que sea como su personero en él, é el juez deve gelo dar." Hé aquí la prohibicion absoluta, el hijo de familia no puede contestar cuando fuere demandado, necesita ser representado por su padre como único guardador, salvo en el caso que

se halle ausente, ignorando la época de su regreso, en la cual podrá pedir al juez el demandado que le autorice para contestar en defensa de su derecho, á la demanda interpuesta dentro del término que al efecto se concede.

Mas esa ley 3.^a de la Partida 7.^a tit. 2.^o, limita la incapacidad del hijo de familia al caso en que fuese demandado, y lo mismo la escepcion fundada en la ausencia. Y en verdad que se justifica cumplidamente la razon de esta diferencia; cuando se ignora el tiempo de la restitucion del padre al domicilio, no debia consentirse que el hijo sintiera perjuicios que podian evitarse por medio de la intervencion judicial en el nombramiento de persona que hubiera de encargarse de la defensa interina de los intereses del menor. Esa misma fazon concurrirá fácilmente en los casos en que el hijo deba desempeñar el papel de demandante, si bien la causa que motive la demanda ha de ser urgente, y no consentir espera hasta el regreso del padre, v. gr., si se cometiesen actos de despojo ó perturbaciones en la posesion: en estas circunstancias importará formalizar instantáneamente las acciones posesorias sumarias, para evitar la consumacion sucesiva de los perjuicios consiguientes al despojo.

Pero las leyes de Partida trataron de otra inhabilidad, de la relativa á los padres y demas ascendientes; la 2.^a del titulo y Partida citadas, encarga al demandador que se imponga de las circunstancias de aquel á quien intente demandar, "ca si fuesse padre ó abuelo, que lo tubiese en su poderio, non puede facer demanda contra él, por el debdo de la naturaleza, é del señorío que sobre el ha, é otrosi porque vive con él de só uno." Hace estensiva la misma Ley esa prohibicion á los hijos adoptivos que quieran demandar á los adoptantes: "Pero razones hay, continúa, porque tambien contra el abuelo, como contra el padre natural, en cuyo poderío estuvieren, é aun contra el que oviesse por hijado, podria el que estoviesse en su poder mover demanda en juicio, sobre cosas que fuessen suyas quitamente, asi como de aquellas ganancias que los cavalleros facen de las soldadas, etc."

Sentados estos antecedentes, y comparados con lo dispuesto en el art. 1351 descúbrese á primera vista, que reconoce esta la prohibicion absoluta de la antigua legislacion, á virtud de la

cual los hijos de familia mientras permanecian en la patria potestad no podian demandar ni ser demandados, ni á terceras personas, ni á sus padres ó ascendientes en cuyo poder estuviessen; y tambien se observa que reconoce el artículo citado la escepcion de la ley de Partida referente á la prohibicion absoluta. Mas adelante tendremos ocasion de averiguar, si tambien están conformes ambas leyes respecto á las causas que producen aquella escepcion.

Nada dice la Ley de enjuiciamiento en cuanto á la incapacidad relativa; no determina si los hijos de familia podrán demandar á los padres con habilitacion ó sin ella. No obstante el silencio de la Ley, no vacilaremos un solo momento en reconocer que prohibido á los hijos que se hallen bajo la patria potestad demandar á terceras personas, y contestar cuando fueren demandados, era consecuencia precisa que se les considerase en igual situacion respecto á los padres y ascendientes. Mas como en el caso de promoverse cuestiones sobre cosas de interés mútuo de los padres y de los hijos, no podria hallarse una razon justificativa de aquella prohibicion; estarán facultados para pedir la habilitacion y se les deberá conceder; esto es lo que naturalmente se desprende de los buenos principios, y esto lo que aconsejan las reglas de equidad. Los menores en tales casos podrán pedir á los jueces que los habiliten de curador para promover la demanda, y si fuesen mayores de edad para litigar por sí mismos, ó lo que es igual, para que nombren procurador que los represente. Respecto á la vènia que la jurisprudencia anterior exigia, mas adelante veremos en el Comentario al art. 1356 lo que dispone la Ley de enjuiciamiento.

Y la mujer casada. Tampoco en esta parte introduce la Ley novedad alguna en la jurisprudencia, sino en cuanto declara asunto de voluntaria jurisdiccion el diligenciado á fin de habilitar á la mujer casada para que comparezca en juicio. La prohibicion existia en las leyes de nuestros códigos, y en la ciencia del derecho constituido se reconocian ya la incapacidad absoluta para con las terceras personas, ya la relativa para con el marido; ó por mejor decir, la jurisprudencia, fundada en la interpretacion, habia establecido escepciones de la regla general prohibitiva. Las unas referentes á los juicios promovidos por personas estrá-

CAPILLA ALP. 1871

ñas, ó que contra ellas hubiera de entablar la mujer, y las otras relativas al marido, cuando tuviera que demandarle. No era de estrañar que semejante prohibicion se impusiera á la mujer casada para presentarse personalmente en juicio, supuesto que alcanzaba igualmente á la soltera que á la viuda; la de nombrar persona que la representase era la que necesitaba justificarse; y en verdad que cuando la mujer era reputada como hija de familia para con su marido, no podia prescindirse de considerarla en igualdad de circunstancias que á aquella. Sin embargo, las dudas suscitadas con ocasion de la especie de contrariedad que se notaba entre el sistema adoptado por las leyes de Partida, en gran parte tomado del derecho Romano, y las de Fuero Real, de origen puramente español, produjo la disposicion clara y terminante de la ley 55 de Toro, hoy recopilada, por la que se prohibió á la mujer presentarse en juicio sin la licencia del marido, ó sin haber obtenido la autorizacion judicial. Pues bien, la *Ley de enjuiciamiento* reproduce indirectamente la prohibicion, supuesto que cuenta á la mujer casada entre las personas que necesitan autorizacion para litigar, ó sea habilitacion del juez para comparecer en juicio.

Pero no siempre subsiste esa prohibicion, no obstante la permanencia de la mujer en estado de matrimonio; les precisó que este continúe en su plenitud; si la mujer y el marido se hubieren separado por causa de divorcio, encargándose cada uno de ellos por consecuencia de este de la administracion de sus bienes propios, en ese caso la mujer no necesitará de habilitacion, porque restituida al pleno goce de sus derechos, obrará con entera independenciamiento del marido, en lo que haga relacion á su patrimonio apostado á la sociedad.

Que se encontraren en alguno de los casos siguientes. Esta cláusula contradice, al parecer, las doctrinas que dejamos sentadas en los párrafos anteriores, y en nuestro concepto no explica con claridad el pensamiento de la *Ley*: dice acaso lo contrario de lo que aquella ha querido significar. En efecto, si la mujer y el hijo de familia necesitan habilitacion para litigar ó comparecer en juicio en los casos que enumera el *art. 1351*, se deducirá tal vez que en los demas no han menester de semejante habilitacion. Nosotros hubiéramos dicho que la mujer casada y el hijo de

familia no pueden comparecer en juicio, ni autorizar persona que por ellos comparezca, salvo en los casos que refiere el artículo citado, en los cuales necesitará ademas la habilitacion correspondiente. Este es sin duda el espíritu del artículo de que nos ocupamos, explicado con la claridad conveniente para evitar la confusion de los casos.

1.º *Hallarse el padre ó marido ausentes, sin que haya fundada esperanza de su próxima vuelta.* Esta circunstancia reproducida de las leyes anteriores, tiene su justificacion en la necesidad de no privar á la mujer y al hijo de la legitima defensa de sus derechos, cuando las personas á quienes las leyes encargaron la administracion de los bienes de aquellos, no se hallen en disposicion de cumplir con el importante cargo que se les ha confiado. Sin embargo, la ausencia simplemente considerada no justificaria la habilitacion, sino produjese la indefension; porque si el padre ausente dejó persona autorizada para administrar los bienes de los hijos, ó el marido los de su mujer; ó si cualquiera de ellos autorizó con poder bastante al otro para que demande y defienda sus derechos, en esos casos la habilitacion es innecesaria, y no debe ni impetrarse, ni solicitada concederse; porque existe ya á virtud de un titulo particular, como lo es el poder otorgado por el marido ó por el padre antes de su partida ó despues de ella.

Asimismo cuando el padre ó el marido estuvieren ausentes, pero en lugar conocido, en donde se les pueda notificar la providencia de emplazamiento, si fueren demandados por causa de los bienes del hijo ó de la mujer ó por deudas de estos, tampoco procederá la habilitacion; á menos de que emplazado no comparezca, porque en este caso vale mas habilitar á la mujer ó al hijo, que consentir que se siga el juicio en rebeldia.

Las leyes anteriores, por otra parte, sentaron una regla que no es igual á la que ha fijado la *Ley de enjuiciamiento*. No es, en efecto, lo mismo no tener fundada esperanza de la próxima vuelta, que ignorarse la época del regreso. En el primer caso, que es precisamente el del *art. 1351*, la presuncion afirmativa se refiere á una circunstancia negativa; no basta la ignorancia de cuando volverá el ausente, es preciso que se tenga algun motivo para no esperar la próxima vuelta. En el segundo, ignorándose

CAPILLA ALCALDIA

todo, procede la habilitacion, ó lo que es lo mismo segun el texto literal del *art. 1351*, como la ignorancia no da por resultado la fundada esperanza de que no regresará próximamente, no debe acordarse la habilitacion que soliciten el hijo de familia ó la mujer casada. En nuestro sentir era mas justa la regla que reconocia la antigua jurisprudencia.

Ignorándose el paradero del padre ó marido. Este segundo caso, en el que procede la habilitacion de la mujer casada ó del hijo de familia, es en parte igual al anterior, pero se distingue de él principalmente, en que la ausencia que es comun á ambos se califica por la ignorancia del punto de residencia del padre ó del marido; y por consiguiente, en que no se necesita tener fundada esperanza del próximo regreso. Pero debe entenderse que se ignora el paradero, cuando no se sabe el punto á donde aquellos se han dirigido, ó si se supiese al tiempo de marchar, por circunstancias posteriores se ha perdido la noticia de la residencia del ausente. El que sale de su casa por asuntos mercantiles, por ejemplo, que le obligan á errar de un lugar en otro, y no se sabe donde para cuando su hijo sea demandado, pero se tiene conocimiento de la época de su regreso al poco mas ó menos; el que marcha á una guerra en pais extranjero, se sabe á donde vá, pero no siempre se tiene noticia de donde para; no son, pues, estos casos los comprendidos en el *núm. 2.º del artículo 1351*, sino aquellos en que por ningun medio se conozca el territorio en donde se halla el ausente.

3.º Negarse el padre ó marido á representar en juicio al hijo ó mujer. En ninguna ocasion con mas justo motivo debe deferirse á la habilitacion para comparecer en juicio que, cuando aquellos que tienen á su cargo por ministerio de la ley la defensa de terceras personas, se niegan á hacerlo; porque de no permitirles, que en tales circunstancias se defiendan por sí mismos, el beneficio de la ley se convertiria en un daño patente. Tratando, sin embargo, de este caso, decia uno de los escritores prácticos de mas celebridad en el foro, que si el marido se negase á conceder la licencia para nombrar procurador, ya que no quisiere nombrarlo por sí mismo, será responsable á su mujer de los perjuicios que la hubiera causado por no defenderla ni permitir que defendiese sus derechos.

Esta opinion es acaso inexacta, aun consultando la jurisprudencia anterior á la *Ley de enjuiciamiento*; porque si bien la ley 55 de Toro prohíbe á la mujer casada que pueda estar en juicio pidiendo ni defendiéndose sin la dicha licencia de su marido, tambien la 56 autoriza al esposo para que conceda licencia á la mujer para hacer lo que sin ella no podria, y la 57 ordena que el juez con conocimiento de causa legitima y necesaria compela al marido á que dé la licencia á su mujer, para todo aquello que ella no podia hacer sin autorizacion de su marido, y si compelido no se la diese, que el juez solo se la pueda dar. Véase, pues, como no es exacto que la antigua legislacion hubiera prohibido se compeliere al marido á la defensa de los derechos de la mujer: la responsabilidad única fuera un recurso insignificante, ya porque es mucho mejor evitar los males que remediarlos, ya tambien porque muchas veces no tendria el marido medios para reintegrar á su mujer de los perjuicios irrogados, y en ese caso seria ridicula semejante responsabilidad, y tardia siempre porque no podia exigirse sino despues de disuelto el matrimonio, que es la época de la restitution del haber dotal.

La *Ley de enjuiciamiento* parte del mismo supuesto que la de Toro, pero omite uno de los pasos que esta mandaba dar antes de llegar á la autorizacion judicial. Cuando el marido se niegue á defender á la mujer en juicio (y lo que de esta se dice entiendase del hijo y del padre), no necesita el juez acordar que se requiera al marido para que comparezca en el tribunal á defenderla, ó que la autorice para que nombre persona que la defienda; haciendo constar la negativa á representarla en el juicio, la mujer solicitará la habilitacion, y el juez debe acordarla, si no halla motivo fundado para desestimar aquella pretension negando la habilitacion pedida.

Esta proposicion indica ya en nuestro concepto que debe distinguirse entre la negativa del marido á representar á su mujer en el juicio, y la que se refiera á promover ó sostener el litigio en un caso dado; en el primero procederá la habilitacion, porque no se trata de la justicia de la causa ocasionada del pleito; pero en el segundo, esto es, cuando el marido se niegue á tomar la defensa de los derechos de la mujer, porque entiendase que no existe justa causa para hacerlo, bajo su responsabilidad

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

podrá negarse á demandar ó formalizar la oposicion si fuese demandada.

ART. 1352. *Para conceder la habilitacion, es necesario concurre alguna de las circunstancias siguientes:*

- 1.^a Ser demandado el que lo solicitare.
- 2.^a Seguirse grave perjuicio de no promover la demanda para que se pida la habilitacion.

Fuera de estos casos no podrá otorgarse.

La disposicion del artículo preinserto es la base de toda habilitacion; es el presupuesto necesario para pedirla; porque como en los juicios no se comparece sino en concepto de demandante ó de demandado, claro es que para intentar la habilitacion es indispensable que la mujer ó el hijo de familia la solicite, fundándose en una de las dos causas mencionadas.

Tal vez se eche de menos en la *Ley* un caso posible; acaso se entienda que en ninguno de los dos que enumera el *art.* 1353 se halle comprendido el de oposicion como tercero, ya excluyente, ya coadyuvante; pero no es asi en la realidad. El que en cualquiera de los dos conceptos sale al juicio por otro promovido, ó se presenta con una demanda que apoya la del que comenzó el procedimiento, ó sostiene escepciones del demandado; ó si comparece como excluyente, su accion constituye una nueva demanda. Asi es que en todos los casos la mujer ó el hijo de familia, que no son representados por su padre ó marido, gestionan ó como demandantes ó como demandados, y por la misma razon que cuando son únicos en el juicio necesitan la habilitacion judicial, coadyuvando ó excluyendo litigan, y por tanto es indispensable la legitima representacion.

1.^a Ser demandado el que lo solicitare. Este es uno de los casos en que procede la habilitacion, toda vez que concurre alguna de las circunstancias que espresa el *art.* 1352; y es sin duda la mas fácil de justificar, porque presentando la cédula de citacion, quedará demostrado que procede la habilitacion, supuesto que el marido ó el padre no puedan comparecer á contestar por cualquiera de las dos causas que espresa el *art.* 1357, ó bien porque se niegue á presentarse en juicio en nombre de aquellos.

2.^a Seguirse grave perjuicio de no promover la demanda para que se pida la habilitacion. Mas difícil sin duda debe ser la justificacion de esta segunda circunstancia, porque necesitan apreciarse los perjuicios que resultaran de permanecer ociosos los interesados. En el *Comentario al art.* 1357 podrán verse las razones en que nos fundamos para temer los conflictos que han de suscitarse.

ART. 1353. *Para conceder habilitacion, se oirá siempre al Promotor Fiscal del Juzgado.*

Dos consideraciones principalmente motivan la audiencia del promotor fiscal, toda vez que se trata de solicitudes sobre habilitacion para comparecer en juicio; primera, la que nace de la condicion de las personas, que estan al cuidado de la administracion de los bienes de aquellas que la solicitan. Trátase de la mujer, que ha merecido siempre distinciones especiales y justísimas consideraciones de las leyes, en razon á la debilidad y la inesperienza de su sexo, asi como tambien porque la proteccion legal es en parte la debida compensacion de las privaciones que se las imponen, supuesto que ni se las permite administrar su propio patrimonio, ni pueden válidamente intervenir en los negocios públicos.

Procede la segunda del estado especial de las personas que se hallan encargadas de la administracion, de los que piden la habilitacion; y como que se hallan ausentes, ó impedidas para averiguar por sí mismas, si conviene ó no entablar la demanda ú oponerse á la formalizada por una tercera persona, justo es que el Ministerio público, que á nombre de la sociedad ejerce un cargo protector, emita su opinion acerca de la procedencia de la habilitacion solicitada, ya por lo que toca á la justificacion de los hechos que son indispensables para que se conceda, ya tambien en cuanto al fondo del asunto, porque si puede sin inminente peligro de los intereses de la mujer ó del menor denegarse, conviene más que autorizar sin una imperiosa necesidad para la prosecucion de asuntos tan graves, como lo son todos los litigiosos, siquiera por las consecuencias.

Espuesta la parte dispositiva de la *Ley*, no debemos olvidar

CAPILLA ALFONSO X
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

que puede ocurrir un caso en el que los jueces se verán embarazados y confusos, por sus circunstancias especiales. Trátase en el *art. 1353* de la intervención del Ministerio fiscal en los expedientes sobre habilitación para litigar; pero como puede acontecer que aquel ministerio sea el demandante ó el demandado, se ocurrirá dificultad, sobre si tambien en ese caso se le ha de comunicar el expediente sobre habilitación de la mujer casada ó del menor para que emita su dictámen. A primera vista parecerá anómalo que al mismo interesado en sentido contrario en el pleito principal, se le oiga para habilitar á su enemigo; mas teniendo en consideración el silencio de la *Ley*, debe presumirse que no ha querido exceptuar el caso mencionado, supuesto que no lo ha hecho espresamente. Por otra parte el expediente sobre habilitación tiene cierta semejanza con la escepcion delatoria que se alega por causa de personalidad; y así como en el debate que respecto á esta se sostiene, se oye tanto al que la propone como á su adversario, ninguna razon de diferencia puede alegarse, que justifique la doctrina contraria aplicable á los casos de habilitación. Finalmente la imparcialidad del Ministerio fiscal rechaza la idea de toda oposicion infundada para concederla ó denegarla.

ART. 1354. Cuando la habilitación se conceda á un menor de edad, se le proveerá de curador para pleitos de la manera prevenida en esta *Ley*.

ART. 1355. En el auto en que se conceda la habilitación al hijo de familia ó mujer mayores de edad, se les autorizará para que otorguen poder á Procurador, y se les mandará dar testimonio del mismo auto para que ejecuten dicho nombramiento.

Supuesto que se acrediten los requisitos que prescriben los *arts. 1351 y 1352*, los jueces concederán la habilitación solicitada por la mujer ó por el hijo de familia para comparecer en juicio; pero como la oposicion de cada una de aquellas personas protegidas por la *Ley* no es igual, ha necesitado distinguirse entre la mujer y el hijo, y subdistinguirse respecto á este entre el mayor y el menor de 14 años varon, y de 12 la hembra, y sin

distincion de sexos entre el mayor y el menor de edad; esto es, entre el que haya cumplido 25 años y el que no llegue á esa edad. Así tenia que acontecer para ser consecuente la *Ley de enjuiciamiento* consigo misma, y armonizar ademas con otras del derecho civil que tratan de la menor edad, y de los efectos de la patria potestad en sus relaciones con terceras personas fuera de los padres; porque no se podria explicar satisfactoriamente que aquellas edades sirviesen de base para determinar el estado de los menores con relacion á la tutela y curatela, al matrimonio y á la administracion de sus bienes, y que se olvidase la *Ley* de ella para los efectos de la habilitación.

La ausencia del padre ó la denegacion de este á presentarse en juicio en defensa de los derechos del hijo, no podia hacer de mejor á este, en cuanto á su habilidad legal para comparecer ante los tribunales. La habilitación personal del menor, hijo de familia llevaria en pos de sí mas perjuicios que las ventajas que se apetecian, ó que los daños que se pretendiera evitar. Pues bien, partiendo del supuesto de que el hijo no sale de la patria potestad, á pesar de que cumpla 25 años, ha reconocido la *Ley* que, cuando llegara á esa edad, pudiera defenderse por sí mismo, si no dependiese de la potestad paterna; y como que la habilitación aparta ese impedimento, permite que el hijo de familia mayor de edad, en uso de aquella adopte los medios de defensa, que estime convenientes, valiéndose con ese intento de las personas que sean de su agrado, aunque con sujecion á las leyes. Pero si el hijo fuere menor de edad, tiene que proveérsele de curador para pleitos de la manera prevenida en la *Ley de enjuiciamiento*; esto es, proponiendo el varon mayor de 14 años, y la hembra de 12; ó nombrándosele el juez, si fueren menores de aquellas edades respectivamente, porque la habilitación que concede el juez no debe producir mas efectos, que los que serian consecuencia de la aptitud legal, que hiciera innecesaria la concesion del derecho de litigar.

En el *art. 1355* se dispone lo conveniente respecto al modo de llevar á efecto la habilitación, para acreditarla en el juicio contencioso que haya de entablarse ó que se hubiese promovido por demanda de tercero contra la mujer ó el hijo de familia. Pero todos los artículos del *título 7.º* parten del supuesto de que se

BIBLIOTECA DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS Y LETRAS DE ESPAÑA