

y si son de gastos ó consumo, por el desatentado objeto ó irreflexivo fin de los mismos.

Son elementos de la *prodigalidad*, para que ésta deba ser declarada: 1.º, unos que dicen relación al *objeto* ó sea, á los valores, bienes ó riquezas en general, malbaratadas ó aplicadas irracionalmente, según la apreciación que los Tribunales hagan del resultado de las pruebas (1); 2.º, los que dicen relación á los *actos* en que tales desaciertos económicos se cometen por el presunto pródigo; y 3.º, los que se refieren al *sujeto*, esto es, á la circunstancia precisa de que existan cónyuge ó herederos forzosos de aquél (2).

Provee el art. 223, también en este aspecto del *procedimiento*, á la hipótesis de que el demandado como pródigo no comparezca en el juicio, con una solución procesal de carácter extraordinario, á saber: que no obstante su condición personal de rebelde esté representado por el Ministerio fiscal y, si éste hubiera promovido el juicio, por un *defensor*

(1) Resisten los escritores, y algún Código, el que la declaración de prodigalidad pueda recaer en juicio contradictorio sobre la base de un allanamiento á la demanda por parte del pródigo, ya que ésta no se aceptaría respecto de un loco ó de cualquier otro incapacitado y puede ser ocasionado á fraudes. La semejanza con el loco no es absoluta, y la malicia en el allanamiento puede ser sustituida por la de actos de prodigalidad realizados con igual propósito; pero de todas suertes, como el estado civil imperfecto del pródigo no es obra de su voluntad, sino de la apreciación de sus desórdenes económicos hecha por los Tribunales y del temido daño á derechos eventuales de ciertas personas, como su cónyuge ó herederos forzosos, nos inclinamos á no atribuir en esta clase de juicios igual eficacia al allanamiento que el que pudiera tener en la generalidad de los casos.

(2) Dentro de los textos del Código y de los buenos principios, no cabe extender más los supuestos de la situación excepcional de *prodigalidad*. Aun respecto de aquellos casos en los que los actos de dilapidación se lleven á cabo por el que debiera ser declarado pródigo, si á los mismos se atendiera tan sólo, y no puede serlo por falta de cónyuge ó herederos forzosos, por más evidente que sea el peligro de que perjudiquen derechos de otras personas y hasta el cumplimiento de obligaciones impuestas en la sucesión de los bienes derrochados, otras son las garantías en que tales obligaciones han de ampararse, bien de un orden hipotecario, como la anotación ó la hipoteca, bien de un orden procesal, como el embargo ó aseguramiento de bienes litigiosos, bien de un orden penal, como las sanciones para los fraudes y otros engaños.

En el excepcional caso de que, conforme á los arts. 187 y 188, en relación con el 220 y el núm. 2.º del 1.441, la mujer tenga la administración de los bienes del marido declarado ausente é incurra en el supuesto de *prodigalidad*, aunque no hubiere herederos forzosos del cónyuge ausente, éste tiene la consideración genérica de *incapacitado* por razón de la ausencia á que se refiere el art. 222, y deberá ser, por tanto, pedida la declaración de prodigalidad de la mujer administradora por el Ministerio fiscal, siquiera esta incapacidad civil no tenga alcance más que á las dilapidaciones de la administración, ya que la ley no determina la clase de actos en que ha de ofrecerse la prodigalidad: si bastan los de mera administración, en los cuales cabe también que el pródigo ocasione perjuicio ó han de ser los de disposición; sin que nos parezcan motivos bastantes, para que en este caso no se provoque la declaración de prodigalidad, las restricciones que en la enajenación ó gravamen de los bienes se impone á la mujer por los arts. 188, 1.442 y 1.444 y, principalmente, la garantía de la autorización judicial.

que le nombrará el Juez, todo «sin perjuicio de lo que determine la ley de Enjuiciamiento civil sobre los procedimientos en rebeldía». Es decir, que el demandado como pródigo que no comparezca, será procesalmente *rebelde* y sufrirá las consecuencias de tal, pero siempre con la representación dicha en el juicio. También tendrá derecho á personarse en cualquier estado del juicio sin que se retroceda en la sustanciación de éste, si bien entonces es indudable, para evitar la dualidad de representación, que cesará la subsidiaria que en el caso contrario atribuye el art. 229 al Ministerio fiscal ó al defensor judicialmente nombrado. Contiene, por tanto, el citado art. 223 una modificación que debe incorporarse al tít. 4.º, lib. II, de la ley de Enjuiciamiento civil.

Los *efectos civiles* de la declaración de prodigalidad se fijan por las reglas de los arts. 224 y 225, combinados con el párrafo 2.º del 221. En primer término, se trata de una tutela que se refiere solamente á los bienes y no afecta á la persona del pródigo. Por eso, la declaración de tal «no le priva de la autoridad *marital* ni *paterna*, ni atribuye al tutor de esta clase facultad alguna sobre la persona del pródigo». Sus derechos como marido y como padre en cuanto á las personas de la mujer y de los hijos serán los mismos que si tal declaración no existiera, respecto á la representación de la mujer en juicio, á la designación de domicilio y al suplemento de su capacidad para que aquélla pueda adquirir por título oneroso ó lucrativo ú obligarse—arts. 60 y 61, con la salvedad del 66 de que esto se entienda sin perjuicio de lo dispuesto en el Código sobre prodigalidad del marido—y cuantas otras aplicaciones (1) se consideran derivadas de esta autoridad marital, así como de la paterna (2), en cuya integridad de disfrute jurídico conserva al pródigo el art. 224, manteniéndole también el derecho de regir libremente su persona, sin que al tutor corresponda facultad alguna sobre la misma.

De las *limitaciones* impuestas á la capacidad de la mujer casada en el art. 61 separamos sólo la de enajenar sus bienes, porque es lo único que está provisto de regla especial distinta en las palabras finales del 225, que establecen la necesidad de la autorización judicial; pero por más violento que sea buscar en un pródigo que se considera incapaz para regir sus bienes el suplemento de la capacidad de su mujer para otros actos, como los de adquisición á título oneroso ó lucrativo ó los de obligarse, es lo cierto que de la combinación de artículos del Código no resulta nada que autorice para suponer modificado dicho art. 61, lo mismo que el 60, que son manifestaciones de la autoridad *marital*, por el alcance de la salvedad genérica del 66, ni por los preceptos especiales que en materia de prodigalidad consignan los artículos 224 y 225.

Tampoco ofrece soluciones el art. 221, en su segundo párrafo, que confía al arbitrio judicial la determinación de los actos que quedan prohibidos al incapacitado, facultades que haya de ejercer el tutor en su

(1) Explicadas en los núms. 28 y sigs., cap. 17 de este tomo.

(2) Mencionadas en los núms. 24 y sigs., cap. 28 ídem id.

nombre y casos en que por uno ó por otro ha de ser consultado el consejo de familia, porque esto claramente se refiere á los actos personales que, por su propio derecho é iniciativa y á su nombre, y no en el concepto de marido ni por el motivo de su autoridad marital, puede ejercer el pródigo, no obstante la declaración de prodigalidad, según las determinaciones de la sentencia en que aquélla se haga.

Aun dando á la frase *autoridad marital* un sentido limitado á ciertas aplicaciones meramente *personales*, como las de que la mujer debe obedecer al marido (art. 57), seguirle, fuera de los casos de excepción, donde fije su residencia (art. 58), ser generalmente representada por aquél (artículo 60), como si esta representación, cuando tiene carácter judicial y se aplica á promover un juicio ó se realiza el caso concreto de *litis* como demandado, no pudiera tener consecuencias patrimoniales que debieran estar comprendidas entre los actos que se vedan al pródigo por su prodigalidad y dejar fuera de su alcance lo relativo á suplir con su consentimiento el defecto de capacidad de aquélla para adquirir por título oneroso ó lucrativo ó para obligarse (art. 61), siempre resultaría que faltaba el *criterio legal* con que regular todos estos casos; pues el Código, á pesar de la salvedad del art. 66, no la ofrece para todas estas aplicaciones en los arts. 221, 224 y 225.

Estas circunstancias negativas, tratándose de preceptos singulares y para casos de excepción, como lo es el de la prodigalidad, imponen la solución de mantener íntegras todas aquéllas otras aplicaciones legales virtualmente comprendidas en la expresada frase de *autoridad marital*; porque no permite que se extiendan las limitaciones de capacidad que en el marido pródigo produce la declaración de tal, á más que las determinadas en la sentencia, según el art. 221, y en los únicos términos á que se refiere el 225, por tratarse de una tutela que sólo afecta á los bienes y actos del incapacitado relativos á los mismos, puesto que dicho art. 225 se concreta á proveer á la administración de bienes de los hijos que el pródigo haya tenido en anterior matrimonio y á la de los dotales y parafernales, á los de los hijos comunes y á los de la sociedad conyugal, y por último, á su enajenación; pero nada dice de aquellas otras facultades ó derechos del marido, antes mencionados, que corresponden claramente á la esfera patrimonial, como los del art. 61, excepto lo relativo á enajenación de bienes, que tiene regla especial en el 225, modificativa de la de aquél, y de la del mismo 60, en las consecuencias económicas que puede tener la representación en juicio de la mujer por el marido.

Menos dificultad ofrece lo de que el pródigo conserve la autoridad paterna, porque es más clara la distinción que el Código hace entre los efectos civiles que la patria potestad produce, ya sobre la persona, ya sobre los bienes de los hijos; pudiendo entenderse que la declaración de prodigalidad deja íntegros los derechos que corresponden á los padres en el primer aspecto, no sin notar los peligros que tiene para la esfera patrimonial la facultad de representarlos en el ejercicio de todas las

acciones que puedan redundar en su provecho (1), según los arts. 155 á 158, que los modifica en la que se refiere al segundo, ó sean los estimados en los arts. 159 á 166, privando al padre pródigo de la administración legal de tales bienes y de los derechos que le corresponden en situaciones normales por razón de los *peculios*.

Por resultado de la declaración de prodigalidad y constitución de la tutela de esta clase, cuyos efectos se refieren *solamente* al patrimonio, el artículo 225 del Código provee de soluciones á esta necesidad, según las clases de bienes que por distintos conceptos poseyera el pródigo bajo su administración, antes de ser declarado tal; teniendo en cuenta una de las hipótesis más complejas, cual es la de ser aquél casado en segundas ó ulteriores nupcias, con bienes de hijos de ambos matrimonios, dotales, parafernales y de la sociedad conyugal. Sus reglas son: 1.^a, todos los bienes que sean de hijos de anterior matrimonio, y, por supuesto, los particulares del pródigo, serán administrados por el tutor que se le nombre; 2.^a, los dotales, parafernales, los de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal, por la mujer del pródigo.

Deja sin resolución el Código supuestos como los de que los hijos del pródigo, sean ilegítimos, naturales, legitimados ó no, y de otras clases ó fueren adoptivos, ó aun siendo legítimos, hubiera sobrevenido en el matrimonio de que procedan, declaración de nulidad ó de divorcio por culpa de la mujer.

Con este motivo hace notar un doctísimo maestro del Derecho (2) el conflicto que podrá ofrecerse por falta de regla para tales casos: ya que el pródigo, por la declaración de tal, no puede ejercer la administración de bienes de los hijos de esa condición, ni los de persona alguna, á no ser los que por excepción tasada le permitan los términos de la sentencia, según el art. 221; ni el tutor, porque lo hubiera dicho, como lo ha hecho tratándose de los legítimos, en el art. 225; ni menos la cónyuge, aparte lo impropio que resultaría que se encargara la mujer de administrar los bienes de los hijos ilegítimos del marido, y de su exclusión para tal supuesto por el 2.^o párrafo del mismo art. 225; ni siquiera el recurso de nombrar otro tutor, si fueren naturales ó adoptivos los hijos sometidos á la patria potestad del pródigo, porque ésta es incompatible con la tutela, según el art. 199.

Á la vista del art. 226 se percibe claramente la distinción de tres tiempos, á los cuales puede referirse la influencia de la prodigalidad en los actos realizados por el pródigo, según que sean *anteriores* á la demanda que el Código llama de *interdicción*, ó *posteriores* á la misma, antes ó después de que recaiga y sea firme la sentencia comprensiva de la declaración de prodigalidad. Los anteriores á la demanda no pueden ser

(1) Cosa que mal puede estimar quien ha sido declarado pródigo, derecho reconocido al padre por el núm. 1.^o del art. 155.

(2) El Sr. D. Augusto Comas en su hermoso libro, cuya aparición ha tenido lugar, con tres volúmenes, de aplicación tan magistral y de tan extraordinaria trascendencia *La revisión del Código civil español*, t. III, pág. 607; Madrid, 1895.

impugnados por esta causa; los posteriores á la sentencia firme, aunque el Código no lo dice explícitamente, es indudable que podrán ser atacados por tal fundamento.

Lo que pudiera haber sido dudoso y constituye el fondo del art. 226, aunque la fórmula explícita de su redacción no ofrece dicho sentido, sino *a sensu contrario*, es que por el mero hecho de la interposición de la demanda solicitando la declaración de prodigalidad, pueda ser invocada esta causa para atacar los actos del pródigo posteriores á la presentación de aquélla y anteriores á la sentencia. Anómalo es que antes de declararse un estado de incapacidad pueda invocarse contra los actos del presunto incapaz y como causa que los invalide la que en dicha incapacidad se funde, según su prueba y apreciación judicial que la declare, con aplicación á un acto singular cualquiera; pero obsérvese que la diferencia consiste en que después de la sentencia declarando la incapacidad del pródigo, es su estado personal la causa de la ineficacia de los actos que le están prohibidos como incapaz, y antes de ser declarada aquélla es la prueba de los hechos, motivos y circunstancias que engendran respecto de un acto determinado la conclusión de la ineficacia del mismo por la prueba de la concurrencia en su celebración de dicha circunstancia de prodigalidad, independientemente del estado personal de incapacidad que todavía no ha alcanzado el presunto incapaz, porque, pendiente el juicio contradictorio en que ha de declararse la prodigalidad, no ha recaído aún sentencia firme.

Con hacer esto posible se ha querido dificultar que, mientras se sentencie el juicio, los actos del presunto pródigo pudieran hacer estéril ó reducir el alcance de la ulterior declaración de prodigalidad, si es que no podían ser atacados á nombre de hechos que constituyeran este motivo de incapacidad, y sí sólo por las causas generales de invalidación que pueden invocarse contra la validez de los actos celebrados por personas capaces. De todas maneras ofrece cierta ambigüedad que el demandado por pródigo no deje de ser perfectamente capaz, como es lógico, hasta que no sea firme la sentencia que le declare constituido en este estado de incapacidad. Y, sin embargo, se permite atacar á nombre de ella cualquier acto celebrado por el mismo después de entablada la demanda y antes de pronunciada la sentencia, si bien con la necesaria prueba de que en aquel hecho concurrían las circunstancias características de la prodigalidad.

Esto ofrece también cierta injustificada semejanza entre lo que constituye un estado personal y lo que son causas aparte del mismo, que pueden producir la nulidad de los actos civiles.

Suficiente garantía para evitar los peligros de los actos del demandado como pródigo, antes de ser declarado tal, será, por lo que á bienes inmuebles se refiere, la anotación preventiva de la demanda que, según el núm. 5.º del art. 42 de la ley Hipotecaria, puede pedir todo el que lo hiciere con propósito de obtener alguna de las providencias expresadas en el núm. 4.º del art. 2.º de la misma ley, cual es, entre otras, la ejecuto-

ria en que se declara la incapacidad legal para administrar. Respecto de los bienes muebles es para lo que no hay en otras leyes, por ejemplo, la de Enjuiciamiento civil, análogos recursos, toda vez que la exhibición ó depósito de toda cosa mueble, como preliminar de un juicio declarativo, el embargo preventivo ó el aseguramiento de bienes litigiosos, no corresponden, por sus supuestos y fines, á la hipótesis de que se trata. Antes de hacer posible el Código esa situación ambigua á que da lugar el artículo 226 respecto de aquel que, demandado como pródigo, no está declarado tal todavía, y, sin embargo, á nombre de la prodigalidad pueden atacarse los actos que durante el juicio celebre, resultando que no ha dejado de ser plenamente capaz, y puede convertirse en incapaz, con aplicación á un acto determinado, hubiera sido preferible cualquiera de estas dos soluciones: la de la suspensión de la administración de bienes del pródigo con carácter interino mientras el juicio se sustanciaba y, para evitar los peligros de las demandas temerarias, con fianza é indemnización, bajo la responsabilidad del actor si se desestimara la demanda, ó la de introducir una garantía para los bienes muebles, análoga á la que para los inmuebles ofrece el precepto indicado de la ley Hipotecaria.

El orden de las *personas* á quienes corresponde la tutela de los pródigos, según el art. 227, difiere del establecido por el 220 para la de los locos. La recta inteligencia del artículo nos hace creer que ofrece el siguiente: 1.º, el padre; 2.º, la madre; 3.º, el abuelo paterno; 4.º, el materno; 5.º, el mayor de los hijos varones emancipados. Se concibe perfectamente que se excluya de este llamamiento para la tutela del pródigo al *cónyuge* y á los *hijos*, en general, así como á las abuelas y á las hermanas. Al *cónyuge*, por la índole restringida de esta tutela, relativa solamente á los bienes, y ya que, según el art. 223, la declaración de prodigalidad no priva de la autoridad marital, incompatible con el estado de tutela ejercida por la *cónyuge*, y además, porque el art. 225, párrafo segundo, y el concordante 1.443, encomiendan á la mujer la administración de bienes dotales, de los parafernales, de los de los hijos comunes y de los de la sociedad conyugal, dejando los particulares del pródigo y los de los hijos que éste haya tenido en anterior matrimonio confiados á la administración del tutor: cuya distinción se funda en que, para administrar aquellos que se le asignan, la mujer tiene el título y el derecho propio de *cónyuge*, y para la de los otros habrá de hacerlo en la representación y por el derecho del pródigo; situación inconciliable con la indicada autoridad marital del mismo á que se halla sometida. Á las abuelas, porque la edad, que hay que suponerles, y la debilidad de su sexo, no son las circunstancias más á propósito, para que, tratándose de un mayor de edad, como es el pródigo, sobre cuya persona ninguna facultad puede ejercer el tutor, tuvieran aquéllas las condiciones de independencia y autoridad suficientes para cumplir los fines puramente económicos ó administrativos de esta tutela, consideración aplicable á las hermanas, por la misma razón del sexo.

No distingue este artículo entre parentesco legítimo é ilegítimo de las distintas personas que llama á la tutela de los pródigos, y es de notar,

también, respecto del último llamamiento del mayor de los hijos varones emancipados que, como no expresa la especie de emancipación, puede ser entendida generalmente como aplicable á todos los casos de la misma, aunque esté fuera de las que producen un estado imperfecto de incapacidad en el emancipado, por ser menor de edad y haberse llevado á cabo por virtud del matrimonio ó de la anterior concesión del padre; de donde resultará que habrá que suplir su incapacidad por los medios establecidos en el art. 317, siendo racionalmente creíble en este caso que no sería el padre, por estar declarado *pródigo*, pero sí la madre ó un tutor, los que hubieran de completar su capacidad en los actos para los que dicho artículo lo considera necesario.

Obsérvese, sin embargo, que ninguno de estos actos es de administración, y que hasta cierto punto pudiera ser clave de solución de esta dificultad el núm. 1.º del art. 237, en cuanto declara que no pueden ser tutores los que están sujetos á tutela, si bien parece referirse al estado total y ordinario de la tutela, y no á la intervención accidental del tutor, que es la hipótesis del citado art. 317.

La opinión más general consiste en que el calificativo de *emancipado* que emplea el núm. 3.º del art. 227 para llamar á la tutela de los pródigos en este lugar al mayor de los hijos varones que tenga tal condición, se refiere á la emancipación plena que se produce por el cumplimiento de la mayor edad, según el núm. 2.º del art. 314. Esto parece lo más racional, siquiera restrinja con algún arbitrio excesivo el valor legal de la palabra *emancipado*, que indistintamente se emplea en el texto del 227, que se examina.

d. *De la tutela de los sujetos á interdicción.*—Sobre la base de lo expuesto en otro lugar (1) al hablar de la *pena* como *causa modificativa de la capacidad civil* y ahora, por lo que á la *tutela* se refiere, el Código se hace cargo, en los arts. 228 á 230, de una nueva especie de la *legítima*, para los que sufren *interdicción*, desenvolviendo el precedente próximo del núm. 4.º del art. 200, que declara sujetos á tutela á los que estuviesen sufriendo dicha pena. La dicción varía algo entre este texto y el del art. 228, que declara procedente esta clase de tutela cuando sea firme la sentencia en que se haya impuesto la pena de interdicción, y no cuando se esté sufriendo ya, como expresa aquel art. 200, siendo indudable que habrá que estar al primero de estos dos textos.

Á partir de la *firmeza* de la sentencia, impone el Código al Ministerio fiscal, que habrá de ser el del Tribunal que la haya dictado (2), que es

(1) Cap. 12, t. II, 2.ª edic. Sobre la historia y efectos de la pena de interdicción civil puede verse el completo y profundo estudio que hace el eminente tratadista D. Alejandro Groizard, en su citada obra *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. II, págs. 234 y siguientes.

(2) Y el competente para ejecutar la sentencia, según el art. 985 de la ley de Enjuiciamiento criminal; el cual, una vez que se hubiera solicitado por el Ministerio público, expedirá las carta-órdenes oportunas para que se cumplan los fines de este art. 228 del Código, como uno de los extremos de dicha ejecución de sentencia.

el que está en condiciones de conocerla, la obligación de pedir el cumplimiento de los arts. 203 y 293, relativo el primero á que los Jueces provean interinamente al cuidado de las personas sujetas á tutela y de sus bienes muebles, hasta el nombramiento de tutor, cuando por la ley no hubiese otras encargadas de esta obligación, y el segundo, á que se proceda á la constitución del consejo de familia. Esa obligación impuesta al Ministerio fiscal está sancionada con la responsabilidad de *daños y perjuicios* que sobrevengan por su incumplimiento.

Además, este art. 229 reconoce al cónyuge y á los herederos abintestato del condenado á interdicción civil el derecho de pedir la constitución de esta clase de tutela.

El más importante de estos tres artículos consagrados á la tutela por razón de pena es el 229, dentro del cual se contiene el *carácter y extensión* de tal tutela en lo que á sus propios límites se refiere, su aplicación á otros fines provisionales, las modificaciones que en la capacidad civil de la mujer del penado se producen por esta causa, los derechos que en su consecuencia le corresponden mientras dura la interdicción y, por último, la manera de suplir su defecto de capacidad en el ejercicio de este derecho que, como mujer, y no como tutora, le pertenece durante el estado de interdicción de su marido, cuando aquélla fuera menor.

Respecto del *carácter y extensión* de la tutela, ésta se limita á la administración de los bienes y á la representación en juicio del penado. Esos bienes han de ser los particulares del penado, no los de la mujer que estuvieran en su administración, ni los de la sociedad conyugal, ni los de sus hijos comunes; que en los supuestos del art. 1.433 ó núms. 1.º y 3.º del 1.441, en su relación este último con el 1.436, se habrán de regular por los derechos que á la mujer otorgan para la administración de bienes del matrimonio los arts. 1.442 y 1.444, y aun en el del 1.443 el de la misma á todos los gananciales ulteriores, con exclusión del marido, según el párrafo 1.º del art. 1.436 (1).

Puede extenderse también esta tutela del penado, pero de un modo provisional é interino, á la obligación de regir la persona y bienes de los menores é incapacitados que se hallaren bajo la autoridad del sujeto á interdicción, hasta que se les provea de otro tutor, conforme al segundo párrafo del art. 229.

Á la mujer del penado pasa, por consecuencia de la interdicción civil de su marido é independientemente de que le corresponda ejercer ó no, según que fuera mayor ó menor la tutela legítima sobre el mismo y sobre sus bienes particulares, la *patria potestad* sobre los hijos comunes, mientras dure la interdicción, y todas las consecuencias en la administración de bienes particulares de ella, de dichos hijos comunes, y, en

(1) Es concordancia especial la del art. 1.723, explicado en el núm. 20, cap. 16 de este volumen, para la validez de las capitulaciones otorgadas por aquel contra quien se haya pronunciado sentencia ó se haya promovido juicio sobre interdicción civil ó inhabilitación.

general, del matrimonio, que le otorgan los citados artículos 1.441, 1.442 y 1.444 (1).

Y de tal suerte este derecho, que á la mujer corresponde en semejante concepto, le está individualmente reconocido por el Código que, aun siendo menor, el párrafo final del art. 229 no se lo niega, y lo único que dice es que «obrará *bajo la dirección* de su padre, y, en su caso, de su madre, y á falta de ambos, de su tutor». La frase es vaga en extremo, pues ni es igual á un estado perfecto de tutela, porque no es equivalente á ésta la palabra *dirección*, ni tampoco á la mera circunstancia de que concurra el consentimiento, asistencia ó representación del padre, madre ó tutor, según los casos.

Es una dicción legal de nueva forma, de significación gramatical clara, pero de sentido legal indeterminado é indefinido, distinto de cualquiera de los estados civiles de tutela, representación ú otros análogos que el Derecho establece y reglamenta con diversos motivos; siendo extraño que tal hipótesis de mujer menor, de marido sujeto á tutela por razón de pena, no se haya tenido en cuenta cuando se ha tratado de la mujer del loco, del sordomudo ó del ausente, fuera del posesivo *su*, que precede á la palabra tutor, bajo cuya dirección ha de obrar la mujer menor en todo caso, á falta de padre y de madre, que hace entender que ha de tener el tutor de antemano, y no que se le ha de nombrar con este motivo, circunstancia extraña, pues pudo haberlo tenido ó no antes de casarse, pero no es forzoso que le tenga para que pueda decirse *su tutor*, ni legalmente posible que subsista la actualidad de su ejercicio de un modo permanente durante el matrimonio, por ser esencialmente incompatible con la autoridad marital: siquiera en el Código se ofrezcan supuestos para todos los gustos, como el de los arts. 1.361 (2) y sus concordantes, y lo mismo respecto del marido menor de diez y ocho años, sin padre ni madre, que había de completar su capacidad con el consentimiento del tutor (art. 59) (3), cuya distinción de mayor ó menor de diez y ocho años para la mujer tampoco hace el párrafo final del art. 229, que se explica.

En cuanto á las *personas* llamadas al desempeño de esta tutela de los que sufren interdicción, el art. 230 del Código se limita á referirse al orden establecido en el art. 220 para la legítima de los locos y sordomudos, cuya explicación se da aquí por reproducida.

Ahora bien; como el art. 220 llama en primer término al desempeño de la tutela al *cónyuge* no separado legalmente, y en el art. 229, en su último párrafo, determina que, si la mujer fuese menor obrará bajo la dirección de su padre, y, en su caso, de su madre, y á falta de ambos, de su tutor, podría ofrecerse la aparente duda de si había de subsistir el preferente llamamiento del cónyuge para la tutela, á pesar de aquella

(1) Explicados en la letra b, núm. 14, cap. 22 de este tomo.

(2) Idem en la letra c, núm. 46, cap. 18 ídem íd.

(3) Idem en los núms. 53 y sigs., cap. 17 ídem íd.

restricción, cuando fuere menor, y si esta dirección del padre ó de la madre ó de un tutor vendrá á representar una especial tutela doble, que lo fuera á la vez de la mujer y del cónyuge que sufre la interdicción civil. Todo menos que eso; porque una cosa es el llamamiento para la tutela hecha á favor del cónyuge por el art. 230 en su referencia al 220, y otra los derechos y forma de ejercicio que para la mujer del penado establece, sin tal carácter de tutor del mismo, el art. 229, en sus dos últimos párrafos. La mujer menor de edad, no obstante ese llamamiento preferente á favor del cónyuge, no puede ser la tutora del penado, porque se halla comprendida en el primero de los casos de incapacidad del artículo 297, de estar por su parte sujeta á tutela, ó lo que es lo mismo, sólo será efectiva la preferencia de su llamamiento para la misma tutela cuando sea mayor de edad; que era, también, el criterio más explícito de la ley de 18 de Junio de 1870. En tal caso, la tutela del penado se deferirá, siguiendo el orden del art. 220, según el llamamiento que corresponde de los posteriores al cónyuge.

e. *Tutela legítima de los expósitos*.—Es á la que da lugar el art. 212, explicado anteriormente (1).

C. TUTELA DATIVA.

El orden de procedencia de la tutela, según su clase, que se infiere ya del art. 204, es terminante en el 231; sólo procede la tutela *dativa*, «no habiendo tutor testamentario ni persona llamada por la ley para ejercer la tutela vacante». Es decir, en defecto de la testamentaria y de la legítima, así como, á falta de aquélla, sobreviene ésta y no la dativa; criterio *categorico* plausible, que aclara el Derecho precedente.

La novedad mayor, en este punto, consiste en haber sustituido la competencia del Poder judicial, para el nombramiento del tutor dativo, por la del consejo de familia, que es á quien corresponde la elección de tutor, según los arts. 204 y 231 y todos sus concordantes (2); hecha excepción de aquel 245, cuyos extraños términos fueron objeto de anteriores indicaciones, las cuales se completan aquí. Adviértase que si el nombrado tutor se excusara, siendo persona extraña al pupilo, y fundándose en que había parientes dentro del *sexto grado* aptos para desempeñar el cargo de tutor, la aplicación de este artículo vendría á modificar de alguna manera el orden del 204 y el del 231, interpolando aquéllos entre la tutela legítima y llamamiento para cada una de sus especies de los arts. 220, 229 y 230, á los cuales deben reputarse adicionados en tal sentido esos colaterales hasta el sexto grado, sin duda por reciprocidad con la extensión del derecho de suceder abintestato, lo que puede producir una modificación en el orden de las especies de tutela, y hasta

(1) Letra B de este núm. 59.

(2) Según el art. 231, comprendido en el tit. IX del Código civil, la elección de tutor, no habiéndolo testamentario, ni persona llamada á ejercer la tutela vacante, corresponde al consejo de familia, y por ende es completamente legal la representación que ostenta el tutor que obtuvo el nombramiento del consejo de familia.—Res. Dirección general de los Registros, 4 Marzo 1896.—(Gac. 18 ídem íd.)