

CAPITULO SEPTIMO

DE LA TUTELA DATIVA

89. La tutela dativa es aquella que, en términos generales, procede de nombramiento judicial; decimos en términos generales, porque en ciertos casos, el juez no hace más que confirmar el nombramiento del tutor, hecho por el mismo menor.

90. La tutela dativa, como ya lo hemos dicho, ocupa el tercer lugar, en el orden de preferencia que establece el Código en las tres clases de tutelas que reconoce; de aquí que no pueda abrirse más que para suplir a las tutelas testamentaria y legítima; sólo a falta de una y otra, puede procederse al nombramiento de tutor dativo. *La tutela dativa tiene lugar*, dice el artículo 459: I, *cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima*; II, *cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 446*. La primera fracción supone el caso de nombramiento definitivo de tutor; la segunda, el de nombramiento provisional; pero ambas son la confirmación de que la tutela dativa tiene por objeto exclusivo suplir a la testamentaria y a la legítima.

91. Existe, sin embargo, un caso en que la tutela dativa se abre, no para suplir la falta del tutor testamentario o legítimo, sino de un modo principal; tiene lugar cuando se nombra tutor a los menores de edad emancipados para que los representen en juicio. *Siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado*, dice el artículo 460.

El Señor Licenciado Verdugo, en la obra que tantas veces hemos citado, dice que este caso de tutela dativa comprende, en realidad, dos: uno relativo al evento de aparición de intereses contrarios entre el que ejerce la patria potestad y el hijo, y el otro perteneciente a la representación del menor emancipado en los asuntos judiciales, y considera que la disposición del artículo 458 relativa al derecho que tiene el menor que ha cumplido catorce años para nombrar él mismo su tutor, es aplicable al segundo caso; pero no al primero, en el que no tiene el menor aquella facultad, sino que el nombramiento de tutor es hecho exclusivamente por el juez (1). Estamos enteramente conformes con el Señor Licenciado Verdugo en que en el caso de oposición de intereses entre el padre y el hijo, el nombramiento de tutor, cualquiera que sea la edad de aquel, debe ser hecho exclusivamente por el juez, lo que no tiene lugar tratándose de la representación en juicio de los menores emancipados, quienes siempre tienen el derecho de nombrar su tutor, limitándose la autoridad judicial a confirmar el nombramiento; pero en lo que no estamos conformes es en la asimilación que hace aquel jurisconsulto entre aquellos dos casos, haciéndolos comprender dentro del mismo precepto del artículo 460, pareciéndonos, por otra parte, poca jurídica la distinción que después hace de los mismos, para aplicarles disposiciones distintas. Si la asimilación existiera, muy difícil sería sostener que los dos casos asimilados que comprende el artículo 460 se rigieran, uno por la disposición del artículo 458 en cuanto a la forma de hacer el nombramiento de tutor y el otro, no. Para sostener esto, poniéndonos en el supuesto de que el artículo 460 comprendiera los dos casos de que se trata, sería necesario

(1) Verdugo, ob. cit. t. V. núms. 222 y 223.

un texto que hiciera la distinción, y no habiéndolo, habría que decidir que el artículo 458 afectaría a ambos casos. Pero la asimilación que se pretende no existe en manera alguna; el artículo 460, atentos sus términos bien claros y precisos, no se refiere más que al menor emancipado que necesita un tutor para los negocios judiciales; el caso de nombramiento de tutor para cuando existe oposición de intereses entre el que ejerce la patria potestad y el que está sometido a ella, no está comprendido en dicho artículo, sino en el 387. Ahora bien, si se trata de casos distintos, no hay motivo para discutir si los principios que norman a uno se aplican al otro; cada uno de ellos se rige por las reglas que le son propias; esto es todo, y no hay para que buscar otras razones.

92. El artículo 458 establece que *el tutor dativo será nombrado por el juez, si el menor no ha cumplido catorce años. Si es mayor de esa edad, él mismo nombrará el tutor y el juez confirmará el nombramiento, si no tiene justa causa en contrario*. La ley presume que el menor que ha cumplido catorce años es apto para escoger de entre sus parientes o los amigos de su familia a la persona más apropiada para el desempeño de la tutela; pero como pudiera serle perjudicial la elección, no le quita al juez la facultad de reprobado el nombramiento hecho, si considera que hay motivo fundado para ello.

93. La reprobación del juez al nombramiento hecho por el menor da lugar a un nuevo nombramiento que éste haga, teniendo el juez, respecto de él, la misma facultad para reprobado; pero como en este evento, dada la desavenencia entre el juez y el menor, pudiera presumirse que había algún capricho de parte del primero para no confirmar las elecciones de tutor hechas por el segundo, a fin de que éste pueda argumentar sobre la justificación de dichas elecciones.

nes, la parte final del artículo antes transcrito ordena que se oiga, además del menor, a un defensor que éste mismo nombre. *Para reprobado los ulteriores nombramientos que haga el menor, dice dicha parte final, se oirá además un defensor que el mismo menor elegirá.*

94. ¿Puede el menor de edad que ha llegado a los catorce años, pedir la remoción del tutor que el juez le nombró antes de esa edad, y nombrar él mismo a su tutor? Supuesto que el menor ha cumplido los catorce años tiene la más amplia facultad para nombrar por sí mismo su tutor, creemos que vá enteramente de acuerdo con la letra y el espíritu de la ley el que sí pueda pedir la remoción del tutor que se le nombró con anterioridad y solicitar el nombramiento de nuevo tutor, de acuerdo con las condiciones de aptitud que le da la edad que ha alcanzado.

95. El capítulo que venimos estudiando termina estableciendo en el artículo 461 que *el tutor dativo para asuntos judiciales tendrá el honorario que señale el arancel a los procuradores.* Ningún comentario requiere este precepto.