

LA *INQUISITIO* DEL MAGISTRADO EN LA *DATIO TUTORIS*

FELIPE DEL PINO TOSCANO
UNIVERSIDAD DE HUELVA

En este trabajo nos centramos en las pesquisas necesarias que debe hacer el magistrado a la hora de dar tutor al impúber. Las averiguaciones tendentes a conocer la idoneidad del candidato a tutor corresponderían al magistrado encargado de su nombramiento, resultando ser una función propia de su cargo y característica de su *officium*. Por tanto, todos los magistrados con facultad para dar tutor (*ius tutoris dandi*) deberían llevar a término las investigaciones necesarias para obtener información suficiente sobre la persona que desempeñaría la tutela y, por tanto, tendrían potestad para realizar y otorgar tutor *ex inquisitione*. En las fuentes este conocimiento de causa es referido generalmente con el nombre concreto de *inquisitio*, investigación diligente de la que tenemos constancia en las fuentes relacionándola con el nombramiento del tutor, e, igualmente, en la relación delictual¹. En cualquier caso, en relación con la tutela no son muchos los textos que contemplan la expresión en el Digesto², siendo más frecuente su inclusión en pasajes post-clásicos³ y en algunas constituciones justinianas y en las Instituciones de Justiniano. Ahora bien, no podemos tomar como sospechosos los textos del Digesto por esta

¹ De hecho, la referencia más antigua a la *inquisitio* debemos tomarla de la *Lex Acilia repetundarum* (123-122 a. C. [cfr. G. ROTONDI, *Leges Publicae populi romani* (Milano 1912) 312]). En concreto, vid. FIRA. I⁷ (1909) *Lex Acil. Rep.* 30: *de inquisitione facienda. Praetor de eo, quoliuls] nomen ex h. l. ad se delatum erit, facito, utei ioudicium p[rimo quoque die fiat, eique, quei ex h. l. nomen detolerit, dies quot sibi videbitur det, utei q] uod recte factum esse volet, dum nei quid advorsus h. l. fiat, [ad inquisitionem facliundam; neive post h. [l. rogatam... Sobre la doble naturaleza de la *inquisitio* en las fuentes, o sea, relación delictual y con el tutor, véase L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore* (Milano 1995) 172 y nn. 41 - 43.*

² S. v. "*inquisitio*": D. 22, 6, 6 (Ulp. 18 *ad leg. Iul. et Pap.*); D. 26, 6, 4, 4 (Trif. 13 *disp.*); D. 30, 119 (Marcia. 1 *reg.*); Paul. 54 *ad ed.*); s. v. "*ex inquisitione*" : D. 26, 2, 4 (Mod. 7 *diff.*); D. 26, 2, 19, 1 (Ulp. 35 *ad ed.*); D. 26, 3, 2 pr. y 1 (Ner. 3 *reg.*); D. 26, 3, 7, 1 (Herm. 2 *epit. iur.*); D. 26, 5, 18 (Ulp. 61 *ad ed.*); D. 26, 5, 26 (Scaev. 2 *resp.*); D. 27, 3, 1, 7 (Ulp. 36 *ad ed.*); D. 27, 3, 9, 2 (Ulp. 25 *ad ed.*); D. 27, 10, 8 (Ulp. 6 *de off. Proc.*); D. 37, 9, 1, 17 (Ulp. 41 *ad ed.*); D. 46, 3, 14, 5 (Ulp. 30 *ad Sab.*); D. 50, 8, 12, 4 (Pap. Iust. 2 *constit.*). Búsqueda realizada con *Bibliotheca Iuris Antiqui* (2000) s. v.

³ Incluyendo el texto del probablemente visigótico EG. 1, 7, 2; sin correspondencia en el original gayano.

circunstancia, la minuciosidad de su desarrollo así como el régimen de sus excepciones muestran su carácter clásico. En nuestra opinión, en cualquier caso, nunca podríamos ir más atrás en el tiempo de la época de los emperadores Marco Aurelio y Cómodo⁴.

Podemos adelantar que la *inquisitio* no era sino el informe del magistrado por el que se pronunciaba sobre la idoneidad del candidato y debemos señalar el hecho de que todos los magistrados con el *ius tutoris dandi*⁵ tendrían que llevar a término las averiguaciones oportunas para informar de la idoneidad del candidato a tutor. La misma actuación la llevarían a cabo a la hora de confirmar el nombramiento irregular de tutor, ya fuese por la forma –testamento ilegal, codicilo no confirmado ...– o, por persona diferente al *pater familias* (como puede ser la madre)⁶, si bien, existía importantes diferencias entre la confirmación de un tutor dado por el padre o por otra persona. Por tanto, debemos considerar que la *inquisitio* sería un trámite característico, en primer lugar, de la llamada tutela dativa, y en segundo lugar, sería un trámite propio en el decreto que daría tutor.

⁴ Quizá este trámite o requisito relacionado con la tutela dativa pudiese haber sido desarrollado a partir de la *Oratio* de los divinos hermanos que modificó ampliamente la institución tutelar. Al respecto, vid. F. DEL PINO TOSCANO, *El matrimonio entre el descendiente del tutor y la expupila en el libro 9 disputationum de Claudio Trifonino*, en R. LÓPEZ ROSA – F. DEL PINO TOSCANO (EDS.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la Romanística española (1940-2000)* (Huelva 2001) 164 – 168.

⁵ En este grupo incluimos a los magistrados municipales, fuesen o no itálicos. Al respecto, R. LÓPEZ ROSA, *Sobre la datio tutoris en la Lex Irnitana*, en *SDHI*. 58 (1992) 304 ss., en donde el autor demuestra que en la época de las *leges Flaviae* los magistrados provinciales tenían un autónomo *ius tutoris dandi*. Frecuentemente, la doctrina no ha venido reconociendo la facultad de dar tutor a los magistrados provinciales, R. López Rosa, partiendo de la *Lex Irnitana* y lo que sería un rastro de la *cautio rem pupilli salvam fore*, así como, de las referencias contenidas en el Digesto sobre el régimen de los magistrados municipales, en concreto, D. 27, 8, 1 pr y 1 (Ulp. 36 *ad ed.*) en donde se habla de su facultad para nombrar tutor, de la aplicación de la *actio subsidiaria* contra estos magistrados municipales, la exclusión del ejercicio de la acción contra los Pretores y el hecho que Ulpiano en D. 26, 5, 8 pr. (8 *de omn. trib.*) reconociese la independencia de los magistrados municipales frente a la injerencia del *Praeses* que no podría exigir que otra persona nombrase tutor, concluye afirmando que los magistrados provinciales –sin distinción– dispondrían de un *ius tutoris dandi* independiente. Una opinión diferente muestra A. Gómez-Iglesia, *Régimen procesal de la caución tutelar*, en *SDHI* 58 (1992) 65 - 67. que mantendrá una diferenciación entre los magistrados itálicos y los de fuera de Italia que, según el autor, sí tendrían el *ius tuoris dandi*, mientras que los magistrados de municipios italianos no dispondría de tal facultad, resultando un sistema dual en donde aquellos no necesitarían pedir la caución a favor del pupilo, y por este hecho, no responderían mediante la *actio subsidiaria*, mientras que los itálicos sí estarían sujetos a la obligación de pedir la *cautio* y por tanto, también, a la acción subsidiaria (por esa circunstancia, D. 27, 8, 1, desarrollaría el caso de una magistratura itálica). Kaser, *Das Römische Zivilprozessrecht*, (1996) 180 n. 62, parece inclinarse por la primera de las hipótesis planteadas. Por su parte, A. Guzmán, *La caución tutelar en derecho romano* (1974) 58 ss., también considera que los magistrados municipales disponían de la *datio*, sin entrar en ninguna distinción en cuanto a la clase de magistrado municipal.

⁶ Sobre los familiares que pueden nombrar tutor testamentario, vid. Alejandro Guzmán, *Caución tutelar en Derecho Romano* (Pamplona 1974) 47 s. L. Desanti, *De confirmando tutore vel curatore* (Milano 1995) 181 nn. 57 – 60.

En cualquier caso, el tutor confirmado por el magistrado que no fuese un nombramiento paterno sería considerado tutor nombrado directamente por el magistrado, o sea, tutor atiliano. Sin embargo, cuando la confirmación del tutor es sobre un nombramiento dado por el padre, se intentaría equipararlo en su condición al tutor testamentario tal y como dice D. 26, 3, 3 (Iul. 21 *dig.*):

*Qui a patre tutor scriptus est aut non iusto testamento aut non ut lege praecipiebatur, confirmandus est ad tutelam gerendam perinde ac si ex testamento tutor esset, id est ut satisdatio ei remittatur*⁷.

Y como se confirma en D. 26, 2, 19, 1 (Ulp. 35 *ad ed.*):

Hoc edictum de satisdatione ad tutores testamentarios pertinet: sed et si ex inquisitione dati sint tutores, Marcellus ait et ad hos pertinere hoc edictum et id oratione etiam divorum fratrum significari. Ideoque et illi clausulae sunt subiecti, ut, si cui maior pars tutorum decernat, is gerat quem maior pars eligat, quamvis verba edicti ad testamentarios pertineant.

En cualquier caso, vemos como Ulpiano se refiere al *edictum de satisdatione*⁸ y su regulación respecto a los tutores testamentarios⁹ que no estarían obligados a prestar la caución, como se vio igualmente en el anterior texto de Juliano. Es Marcelo en relación con el tema concreto visto en el anterior texto de Ulpiano, sobre la prestación facultativa de la *satisdatio*, cuando nos dice que se aplicará la regla general de otorgar el mismo régimen a los tutores confirmados –del

⁷ Vid. D. 26, 2, 27 pr. (Tryph. 14 *disp.*) *Idem fiet, si intestatum decessisse patrem pupilli nomine defendatur falsumve testamentum nomine pupilli dicatur et si patruus exstet legitimus tutor futurus ab intestato, quia tutorem habenti tutor dari non potest. Nam commodius ipse, qui scriptura continetur, a praetore dabitur, ut sine ullo litis praeiudicio iustus tutor auctor pupillo ad eam litem fiat.* En donde se refiere a la confirmación pretoria de el tutor como nombramiento justo (testamentario), es decir, siempre se equiparará el tutor confirmado para el testamento paterno como tutor testamentario.

⁸ En opinión de A. Guzmán, *Caución tutelar en Derecho Romano* (Pamplona 1974) 26 s. existió, en contra de la postura de O Lenel, un Edicto independiente (*De satisdatione*) en el que se recogería la cláusula de la *satisdatio*. En nuestra opinión, la expresión *Hoc edictum de satisdatione*... es un indicio claro de la existencia del mismo.

⁹ En concreto, los tutores testamentarios no están obligados a dar fianza en virtud del Edicto, ello se afirma por Ulpiano en el mismo libro 35 de sus Comentarios al Edicto, así, en D. 26, 2, 17 pr. (Ulp. 35 *ad ed.*): *Testamento datos tutores non esse cogendos satisdare rem salvam fore certo certius est: sed nihilo minus cum quis offert satisdationem, ut solus administret, audiendus est, ut edicto cavetur. Sed recte praetor etiam ceteris detulit banc condicionem, si et ipsi velint satisdare: nam et si ipsi parati sunt satisdare, non debent excludi alterius oblatione, sed impleta videlicet ab omnibus satisdatione omnes gerent, ut qui contentus est magis satis accipere quam gerere, securus esset.* En la segunda parte del pasaje en la que se hace referencia a la voluntaria aportación de fianza por uno de los nombrados tutores. Lo mismo es tratado en D. 26, 2, 19 pr. (Ulp. 35 *ad ed.*): *Si nemo tutorum provocet ad satisdationem, sed existat quidam qui tutor non est desideraretque, ut aut satisdent tutores, aut, si non dent, parato sibi satisdare committant tutelam, non est audiendus: neque enim aut extero committenda tutela est, aut testamento dati tutores contra ius satisdationi subiciendi sunt.* En donde queda igualmente clara la regulación del Edicto respecto a los tutores testamentarios.

testamento— que a los tutores directamente nombrados en el testamento válido. O sea, no estarían obligados a dar caución. Por tanto, entendemos que los tutores confirmados por el Pretor cuando se siguen las razones tenidas por el padre al nombrarlos en el testamento deben ser considerados como tales, es decir, tutores testamentarios. Volveremos sobre ello.

Cuestión diferente es la *confirmatio* pretoria cuando el nombramiento paterno es objeto de revisión por causa justificada, normalmente, cuando se hubiera producido una alteración en las condiciones iniciales exigidas al tutor y que afectasen a su aptitud, o lo que Gayo denomina: buena fe o diligencia del tutor¹⁰. En ningún caso se consideraría que el padre querría haber dado mal tutor a su hijo. Para estos casos, el proceso de confirmación es diferente y ello conllevaría su desvinculación de la tutela testamentaria, o sea, los tutores así confirmados serían nombrados directamente por el magistrado y exigiría el normal trámite de la *inquisitio*. Es el mismo supuesto de la confirmación de un tutor nombrado por otra persona, incluida la madre. Veamos D. 26, 2, 4 (Mod. 7 *diff.*):

Pater heredi instituto filio vel exheredato tutorem dare potest, mater autem non nisi instituto, quasi in rem potius quam in personam tutorem dare videatur. Sed et inquiri in eum, qui matris testamento datus est tutor, oportebit, cum a patre datus, quamvis minus iure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur, nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit, veluti si ex amico inimicus vel ex divite pauperior effectus sit.

En efecto, la *inquisitio* marcaría la diferencia entre una tutela y otra. No cabe hablar de una tutela *sine inquisitione* relacionándola con el nombramiento directo dado por el magistrado, no compartimos esa visión y para nosotros cualquier intervención pretoria *sine inquisitio* conllevaría que siempre la tutela habría sido tomada como testamentaria¹¹. En la confirmación de la tutela, sólo para el caso de los tutores nombrados por persona ajena al padre, se exige

¹⁰ En donde se vuelve a ahondar en la innecesaria *satisfatio*. Vid. Gai. 1, 200: *Sed hoc non est perpetuum: nam et tutores testamento dati satisfare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est; et curatores, ad quos non e lege curatio pertinet, sed vel a consule vel a Praetore vel a Praeside Provinciae dantur, plerumque non coguntur satisfare, scilicet quia satis honesti electi sunt.*

¹¹ Diferente punto de vista muestra A. Guzmán, *La caución tutelar en derecho romano* (1974) 63, en donde denomina “tutor magistratual” (según su nomenclatura elegida frente a dativo o atiliano) para referirse al tutor confirmado *sine inquisitione*. La doctrina, genéricamente, habla de tutela atiliana, o dativa, para referirse al caso de la tutela nombrada por cualquier magistrado, por tal razón, mantenemos el uso tradicional del término de tutela atiliana. Cfr. A. Guzmán, *La caución tutelar en derecho romano* (1974) 66 ss., prefiere hablar de tutor magistratual para referirse a aquél que ha sido nombrado por un magistrado. En puridad deberíamos diferenciar el magistrado que efectuó el nombramiento: Cónsul, Pretor u otro magistrado menor, ya que adjetivar con Atiliano a todos los tutores no resulta ser del todo preciso, más aún, cuando con el transcurso de los siglos y la desaparición del consejo atiliano que nombraría a los tutores, con la atribución de competencias a los Cónsules desde tiempos de Claudio y la normal evolución de la institución, haría que el término Atiliano fuese un recuerdo.

la *inquisitio*, pero en los supuestos de la tutela testamentaria –irregular– hecha por el *pater familias*, tal y como sucede en la tutela testamentaria ordinaria, no compete la *inquisitio* del magistrado y no tendría que presentar el preceptivo informe oficial. Por ello, todas las tutelas dadas por el magistrado con *ius tutoris dandi* o confirmadas por éste, a excepción del nombramiento paterno en el testamento, serían tutelas dativas o atilianas. Sabemos que el magistrado con derecho a nombrar tutor tendría que realizar las pesquisas necesarias para elegir al tutor –o tutores– idóneo conforme a su *officium*. De hecho el término *idoneus* se relaciona únicamente con el tutor dado por el magistrado no siendo este una exigencia en la tutela testamentaria, al menos, no se denomina de esa forma¹². Estas averiguaciones o investigación efectuadas de forma necesaria que identificamos más con un trámite inexcusable de carácter formal del que incluso, suponemos, debería quedar alguna constancia documental. De hecho, en D. 26, 3, 5 (Pap. 11 *quaest.*):

Tutores a patruo testamento datos iussit Praetor magistratus confirmare: hi cautionem quoque accipere debuerunt nec voluntas eius, qui tutorem dare non potuit, neglegentiam magistratuum excusat. Denique Praetor non ante decretum interponere potest quam per inquisitionem idoneis pronuntiat. Unde sequitur, ut, si tutelae tempore solvendo non fuerunt, in id, quod de bonis eorum servari non possit, contra magistratus actio decernatur.

El texto es sumamente interesante ya que parece desprenderse que, primero, la confirmación puede encomendarse a persona (magistrado) diferente del que debe dar el *decretum* de nombramiento: el Pretor. Por tanto, la confirmación no puede confundirse con la atribución de dar tutor (*datio tutoris*) que siempre provendría por decreto. En el pasaje de habla del mandato pretorio a unos magistrados municipales para que confirmen unas tutelas (no paternas), y, por tanto, exigiesen la preceptiva caución. Como resultado de la imposibilidad real de prestarla, el Pretor no puede dar su decreto de nombramiento puesto que faltaría el previo “informe sobre la idoneidad”, o sea, la *inquisitio* que sólo debería hacerse tras el conocimiento de las facultades económicas determinantes para la exigencia de la obligación propia del cargo de los magistrados inferiores. Creemos que el magistrado siempre que nombrase un tutor cumpliría con las formalidades propias de confeccionar el –informe– preceptivo que justificase dicha decisión. Debemos tener presente los textos que diferencian el mismo decreto pretorio de formalidad necesaria y previa de la *inquisitio*, así, en D. 26, 5, 26 (Scaev. 2 *resp.*).

Seiae egressae annos duodecim decreto praetoris ex inquisitione datus est tutor quasi minori: quaero an excusare se deberet. Respondi secundum ea quae proponerentur neque excusationem necessariam esse neque obligari quod non gereret.

¹² Por ejemplo, vid. sup. en n. Gai. 1, 200.

El pasaje ha sido objeto de críticas en relación con lo que algunos autores consideran una redundancia (*decretum - ex inquisitione datus*)¹³. Sin embargo, este mismo giro es común, y lo encontramos en otro texto de Ulpiano (D. 26, 5, 18 [61 *ad ed.*]) en donde el jurista habla del nombramiento de un tutor con un explícito *in dando tutore ex inquisitione...*, que también sostendría que la *inquisitio* es una forma de nombrar al tutor, para decir que su contenido sería *...et in eum inquiritur, qui senator est...* Para nosotros, el objeto de la *inquisitio* pasaría por hacer un informe del candidato, no librándose siquiera los senadores¹⁴. Ahora bien, la confirmación siempre llevaría aparejada una investigación diligente, indagaciones que se centrarían en averiguar la idoneidad para la tutela del candidato paterno. Esta *confirmatio* haría referencia a la función magistratual de validación o ratificación de un posible tutor y no a una clase de nombramiento. Es más, Ulpiano en D. 46, 3, 14, 5 (30 *ad Sab.*)¹⁵ nos da una clasificación de las clases de tutela, y diferencia, i) la tutela legítima, ii) la tutela testamentaria y, por último, iii) la tutela *ex inquisitione*. De esta triple distinción se deriva que la *inquisitio* es una forma de dar tutor que, como sabemos, cristaliza en el decreto del Pretor. No se habla de la *confirmatio* como un modo de dar tutor por la sencilla razón que, o bien, se trataría de una tutela testamentaria, o bien, se trataría de una tutela *ex inquisitione*. De hecho, el trámite de la *inquisitio* es aclarado en las fuentes a través de Hermogeniano en D. 26, 3, 7, 1 (2 *iuris epit.*):

Si quaeratur, an ex inquisitione recte datus sit tutor, quattuor haec consideranda sunt: an hic dederit qui dare potuit, et ille acceperit cui fuerat dandus, et is datur cuius dandi facultas erat, et pro tribunali decretum interpositum.

El pasaje es muy conocido¹⁶, y con un talante escolástico nos explica en que consiste la *inquisitio* y para qué sirve, además, está extraído de la *sedes materiae* específica que los Compiladores dieron a la *confirmatio*. Desde luego se deja claro que una de las formas o categoría de tutela es la *ex inquisitione* y que siempre concluiría con el decreto pretorio que concretaría el nombramiento (*tutor dare*). Por tanto, la *inquisitio* sería una exigencia propia del cargo, y ese celo profesional siempre estaría asentado en función de la utilidad del pupilo¹⁷, y la obligación que asume el magistrado por cuidar de los intereses de los más débiles (impuberos y menores). Hemos referido que en las fuentes se explicita en objeto de la investigación o pesquisa del magistrado aludiendo

¹³ A. Guzmán, *La caución tutelar en derecho romano* (1974) 78, que diferencia al tutor confirmado y al tutor dado, correspondiendo el término *inquisito* al primero y la *datio* al segundo; por consiguiente no encuentra lógica en el texto puesto que el tutor, o bien, es dado, o bien, es confirmado.

¹⁴ Al menos en la época de Alejandro Severo, que por rescripto debió poner fin a alguna disputa doctrinal que redundaría en ciertos privilegios senatoriales.

¹⁵ D. 46, 3, 14, 5 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Sive autem legitimi sunt sive testamentarii sive ex inquisitione dati, recte vel uni solvitur*

¹⁶ Vid. Por todos, L. Desanti, *De confirmando tutore vel curatore* (Milano 1995) 197 – 202, en donde la autora desarrolla cada uno de los apartados o puntos del pasaje de Hermogeniano.

a que con esta *inquisitio* se debería dar un tutor *idoneus*. En efecto, esa especificación (idoneidad) en la determinación de la exigencia propia del cargo requiere que nos centremos en esa idea y por tanto debamos matizar que se entendería por tutor idóneo.

Es frecuente que la idoneidad se asocie con la solvencia, quizá como consecuencia del régimen de la responsabilidad de los magistrados municipales y la *satisfactio* perfectamente válida en el Derecho justiniano recepcionado¹⁸. Prueba de ello es el texto referido de D. 26, 3, 5 (Pap. 11 *quaest.*) en donde parece que la *inquisitio* es dependiente de la economía del candidato a tutor. Sin embargo, la idoneidad no sólo es eso y mucho menos se referiría a sinónimos¹⁹. *Idoneus*, en latín, sería equivalente a “*aptus*” o “*habilis*” y en ese sentido no debería referirse necesariamente a un patrimonio, ni a la capacidad para satisfacer las deudas. Veamos como en la tutela dada por el magistrado esta exigencia de buscar un tutor idóneo exculpa al magistrado cuando ha actuado conforme a su buen oficio, y así se pone de relieve en D. 27, 8, 1, 11 (Ulp. 36 *ad ed.*)²⁰. Para nosotros el sentido del fragmento es claro y supone la ausencia de responsabilidad para el magistrado diligente²¹ y no puede confundirse la pérdida de facultades económicas del que ya es tutor con el nombramiento del idóneo. La insolvencia sería un rasgo más a tener en cuenta por el magistrado a la hora de nombrar tutor a un pupilo pero no lo único. La idoneidad del tutor comprendería aspectos como son la propia solvencia, pero, además, así como ser varón²², y una aptitud más amplia que excluyese cualquier vicio del cuerpo o alma²³, demandándose además otras circunstancias como la cercanía en las costumbres y la apreciación moral del candidato (no basta un rico cualquiera). Este hecho se evidencia en D. 27, 8, 1, 10 (Ulp. 36 *ad ed.*).

¹⁷ En D. 26, 3, 10 (Trif. 14 *disp.*) se recoge expresamente: *Utilitatem pupillorum Praetor sequitur, non scripturam testamenti vel codicillorum...*

¹⁸ De hecho, el límite de la responsabilidad del magistrado exigible por la acción útil llamada *sussidiaria* viene condicionada por la insolvencia del tutor para después del ejercicio de su cargo, o sea, cuando haya reclamado el pupilo al tutor y no pudiese satisfacerle plenamente. Por otro lado, únicamente podrán ser perseguidos los magistrados municipales con esta acción si el tutor ya era insolvente en el momento de realizar el nombramiento, excluyéndose la responsabilidad del mismo cuando el magistrado actuó con toda la diligencia exigida a su *officium*. Sobre el régimen procesal de la *actio subsidiaria*, vid. A. Gómez-Iglesias, *Régimen procesal de la caución tutelar*, en *SDHI*. 58 (Roma 1992) 63 - 67.

¹⁹ Sobre nuestra visión de la insolvencia en el Derecho romano, vid. F. de Pino Toscano, *La sistematización de la insolvencia en el Digesto*, en *Derecho y Conocimiento I* (Huelva 2001) 341 ss.

²⁰ D. 27, 8, 1, 11 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Si magistratus ab initio tutorem idoneum dedit et satis non exegit, non sufficit: quod si satis exegit et idoneum exegit, quamvis postea facultatibus lapsi sint tutores vel fideiussores, nihil est, quod ei qui dedit imputetur: non enim debent magistratus futuros casus et fortunam pupillo praestare*

²¹ No compartimos la opinión de A. Gómez-Iglesia, *Régimen procesal de la caución tutelar* en *SDHI*. 58 (1992) 81, cuando dice que del texto se deduce que el nombrar un tutor idóneo no exime de responsabilidad, sin más, al magistrado.

²² D. 26, 1, 16 pr. (Gai. 12 *ad ed. prov.*) y D. 26, 1, 18 (Nerat. 3 *regul.*), entre otros.

²³ En D. 49, 16, 13, 3 (Macer 2 *de re milit.*), al referirse al soldado licenciado por invalidez, Macer habla de la merma física o mental con un claro ... *quis vitio animi vel corporis minus idoneus militae renuntiatur...*, que sin duda, pensamos, dificultaría igualmente que esa persona pudiese ser candidato válido a tutor atiliano.

*Si quando desint in civitate, ex qua pupilli oriundi sunt, qui idonei videantur, officium est magistratuum exquirere ex vicinis civitatibus honestissimum quemque et nomina praesidibus provinciae mittere, non ipsos arbitrium dandi sibi vindicare*²⁴.

En donde vemos que el magistrado a la hora de nombrar tutor lo que exige es que sea idóneo (no solvente) resultando que para el caso de no haber un oriundo de la tierra de pupilo, es decir, preferentemente tutor debería ser un paisano, se tendría que buscar otro candidato que evidenciase ser persona muy honrada, implicando que siempre quedaría excluido el infame²⁵. El pasaje reseñado pertenece a la sede específica dedicada a *De magistratibus conveniendis* (D. 27, 8) en donde se desarrollaría la responsabilidad de los magistrados (municipales) y el nombramiento de tutor. En todo caso, vemos que el magistrado estaría obligado a nombrar el tutor que mejor pudiese ejercitar el cargo obligándose por esa atribución inherente a su *officium*²⁶.

La determinación de la idoneidad del candidato únicamente podrá ser declarada tras la previa *inquisitio* que, así vista, se muestra mucho más completa cualquier indagación sobre una persona, es decir, garantizaría una plena seguridad en el nombramiento como consecuencia de una actuación preventiva que podría calificarse de concienzuda. Esta facultad es exclusiva de los magistrados y por tanto escapa a los particulares. De hecho, las exigencias que se pide a la madre en D. 37, 17, 2, 36 y 37 (Ulp. 13 *ad Sab.*) frente al magistrado muestran este carácter²⁷. En cualquier caso, la confirmación de un nombra-

²⁴ No tenemos evidencias de ninguna crítica de interpolaciones para el fragmento (véase *Index Interp. s. L.*). Nocera omite cualquier análisis del texto.

²⁵ De hecho la *actio tutelae* conllevaría la tacha de infamia al condenado en el proceso por el debería rendir cuentas de su mala gestión y desempeño de su cargo. Este hecho, connota que esa persona sería sancionada en el sentido que nunca podría ejercitar la función de tutor, y por tanto dejaría de ser idóneo como candidato a la tutela.

²⁶ D. 27, 8, 1, 5 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Si curatores fuerunt minus idonei dati, dicendum est teneri magistratus oportere, si ex suggestu eorum vel nominibus ab eis acceptis praeses dederit. Sed et si ad eos remiserit, ut ipsi dent vel post dationem ut exigerent satisfationem, periculum ad eos pertinebit*

²⁷ D. 37, 17, 2, 36 (Ulp. 13 *ad Sab.*): *Ergo sive non petierit sive idoneos non petierit, punietur, etiamsi dati fuerint minus idonei praetore errante. § 37.- Idoneos autem utrum facultatibus an et moribus petere debeat, dubitationis esse potest. Puto autem facile ei ignosci, si locupletes sint hi, quos petiit.* Estamos de acuerdo con la Prof^a Desanti cuando advierte, en relación con los pasajes citados, que habría diferencias entre privados y el magistrado a la hora de determinar la aptitud de un candidato (L. Desanti, *De confirmando tutore vel curatore* [Milano 1995] 176). Ahora bien, creemos que no podríamos generalizar esta situación de la madre con la actuación de otros parientes o extraños y ni siquiera contemplar la determinación de la idoneidad (exclusiva del magistrado). De hecho, en el § 37 se pretende diferenciar dentro del concepto, más amplio, de idoneidad, si a la madre le bastaría buscar un candidato solvente o con facultades y resulta que, según la opinión de Ulpiano, a la madre no se le exige más. La determinación de la mejor aptitud y diligencia del candidato únicamente correspondería al padre y sería una facultad propia de la *patria potestas*. La mujer no puede dar testamento válido y por ello siempre será un testamento dado por el magistrado mediante *inquisitio* (D. 26, 3, 2 pr. [Nerat. 3 *regul.*): *Mulier liberis non recte testamento tutorem dat: sed si dederit, decreto praetoris vel proconsulis ex inquisitione*

miento por persona diferente al padre no tiene mayor problema ya que siempre conllevaría una *inquisitio* necesaria que trataría sobre la idoneidad (riqueza, fidelidad, honestidad, honradez, cercanía territorial, aptitud física y psíquica del nombrado...) de la persona o personas propuestas.

Los problemas pueden surgir en relación con la conformación del tutor testamentario dado por el padre. Ante esta situación, puede ocurrir dos cosas: i) que el magistrado confirme y adecue el nombramiento paterno aunque haya un error o defecto en el testamento, o, ii) que el magistrado se vea, o considere la necesidad de “investigar” la decisión paterna al existir indicios de la no idoneidad del propuesto o propuestos. La diferencia esencial es que en el segundo caso sería necesaria una *inquisitio* que variaría por completo la naturaleza de la tutela equiparándola a la tutela confirmada originaria de otros parientes o extraños. Por tanto, mientras que la confirmación “*simpliciter*”, aunque no nos guste esa denominación²⁸ ya que redundaría en la confirmación *sine inquisitione* y la confirmación *ex inquisitione* como si tratasen de dos formas de nombramiento de tutor existentes en época clásica²⁹. Para nosotros, la confirmación de la tutela es una función, y el nombramiento de tutor (haya o no haya confirmación) se relaciona con la *datio tutoris* y es independiente a aquélla. Por ello, Ulpiano diferencia la tutela legítima, testamentaria y la *ex inquisitione* (únicamente) que concluiría con el *decretum*. Volviendo al tema de la confirmación paterna, veamos los trámites característicos del magistrado.

En primer lugar, centrémonos en un pasaje de Trifonino y las diferentes situaciones que pueden plantearse. Nos referimos a D. 26, 3, 8 (Trif. 14 *disp.*):

In confirmando tutore hoc Praetor inquirere debet, an duraverit patris voluntas: quod in facili est, si proximo mortis tempore tutores non iure vel curatores scripserit pater. Nam si ante annos, ut spatio medio potuerit facultatum dati non iure tutoris a patre fieri deminutio, vel morum ante celata vel ignorata emersit improbitas, aut inimicitiae cum patre exarserunt,

El jurista se centra en la necesidad de indagación del Pretor cuando realiza una *inquisitio* encaminada a analizar la idoneidad de un tutor testamentario. En cualquier caso, y a modo de advertencia inicial, el texto (Compilatorio) se abre con una recomendación de carácter general en la que se advierte que las pesquisas se centrarían en la revisión de la voluntad del padre, o sea, si han persistido, en la clara decisión de tomar como más recomendable los deseos de un padre para con su hijo y, presumiéndose, que siempre buscaría el candidato más óptimo para ese cargo. En la segunda parte del fragmento se nos co-

confirmabitur nec satisdabit pupillo rem salvam fore), y por ello el tema tratado en el doble pasaje de Ulpiano (§§ 36 y 37) se refiere a la idoneidad porque era cuestión ineludible en la confirmación (*ex inquisitione*) de los nombrados en el testamento por la madre.

²⁸ El término, asociado a la *inquisitio*, es un neologismo justiniano (CJ. 5, 59, 5 pr. y 2) sin equivalencia en textos atribuidos a la jurisprudencia clásica o a otras fuentes intermedias.

²⁹ En este sentido, cfr. L. Desanti, *De confirmando tutore vel curatore* (Milano 1995) 182 y n. 63.

munican las causa que darían lugar a la investigación ya que no es correcto el nombramiento del tutor testamentario, las circunstancias personales que pudo tener en cuenta el padre a la hora del nombramiento deben ser revisadas porque es posible que hayan cambiado en el tiempo intermedio. Esas averiguaciones corresponden al magistrado y como indica Papiniano, pueden suponer una actuación sumamente gravosa cuando ha transcurrido mucho tiempo entre la constitución del testamento y su apertura. Por ello, en D.26, 3, 10 (Trif. 14 *disp.*) –que es la continuación del Fr. 8 del mismo jurista y libro–, Trifonino nos aclara como debe ser entendida la *voluntas* paterna, D. 26, 3, 10 (Trif. 14 *disp.*):

Utilitatem pupillorum Praetor sequitur, non scripturam testamenti vel codicillorum. Nam patris voluntatem Praetor ita accipere debet, si non fuit ignarus scilicet eorum, quae ipsa Praetor de tutore comperta habet. Quid denique si postea de eo, quem pater testamento codicillisve non iure dedit, scripsit tutorem esse nolle? Nempe non sequitur primam voluntatem praetor, a qua pater discessit.

O sea, atendiendo a la utilidad del pupilo conforme al conocimiento que en esos momentos tiene el Pretor sobre la idoneidad del candidato, afirmándose que la voluntad del padre sería tomada en el mismo sentido que la del magistrado ya que un padre querría lo mejor para su hijo, es decir, teniendo en cuenta como habría actuado el *pater* si conociese lo mismo que el Pretor conoce en esos momentos (*si non fuit ignarus scilicet eorum, quae ipsa Praetor de tutore comperta habet*). En todo caso, el magistrado haría prevalecer su investigación sobre la idoneidad del posible tutor, así, en caso de haber cambiado (a peor) las condiciones del candidato en el tiempo intermedio desde su nombramiento hasta la muerte del padre, se llevaría a cabo la *inquisitio*, o informe, no confirmatorio de la voluntad paterna³⁰. Por último, en el fragmento se dice que si con posterioridad es el padre quien expresamente manifestó su cambio de voluntad respecto al candidato, tampoco habrá confirmación. Por tanto, en este extenso pasaje de Trifonino extraído de su libro 14 *disputationum*, el jurista nos estaba ofreciendo distintos ejemplos de supuestos que no supondrían la confirmación por parte del Pretor, siendo siempre la *inquisitio* el informe preceptivo sobre la idoneidad (actual) del candidato³¹. Cuando la convalidación del nombramiento paterno anómalo se hacía sin problemas porque el tutor era válido, no era necesario expedir el informe pretorio, porque el nombramiento se considera hecho directamente por el padre siendo considerada la tutela como testamentaria³².

³⁰ También en D. 26, 7, 39, 9 (Pap. 5 *resp.*) queda claro que en caso de existir dos tutores testamentarios que nunca han llegado a ser confirmados, sólo el idóneo de entre los dos tutores habría podido ser convalidado de haber solicitado la confirmación. Por tanto, estamos en contra de considerar que el Pretor aceptaría siempre la voluntad del padre recogida en el testamento.

³¹ El nombramiento siempre se haría mediante decreto del magistrado *ius tutoris dandi*, el informe de idoneidad (*inquisitio*) iría parejo al expediente, pero puede darse éste sin aquel.

³² Es el mismo caso expuesto en D. 26, 2, 4, (Modest. 7 *differ.*): *Pater heredi instituto filio vel exheredato tutorem dare potest, mater autem non nisi instituto, quasi in rem potius quam in*

Por tanto, en nuestra opinión, la *inquisitio* sería un trámite propio del magistrado conducente a realizar una investigación profunda y diligente, propia de su *officium*, encaminada a la obtención de los datos suficientes que confirmen la idoneidad del candidato a tutor (que no sólo su solvencia). Como trámite, este iría asociado al ulterior decreto de nombramiento dado por el magistrado con *ius tutoris dandi*, resultando que, sin aquel, no podría existir la dación. De hecho, en D. 26, 6, 5 (Pap. 11 *quaest.*) se nos habla de ese sentido formal y requisito necesario para el nombramiento, y se habla de una *pronuntiatio* previa que debería constar de alguna forma: ... *Praetor non ante decretum interponere potest quam per inquisitionem idoneis pronuntiatis...*³³ Pensamos que el texto es claro, y la diferencia entre el decreto pretorio y la *inquisitio* es manifiesta. Esta última debería expresarse de alguna forma concreta (*pronuntiatio*) declarando la idoneidad de los candidatos a tutores. En conclusión, la *inquisitio* es propia de nombramiento directo o confirmación hecha por el magistrado, ello determina que esa tutela sea denominada *ex inquisitione*, sin que pueda hablarse de una tutela denominada *sine inquisitione*. Este último supuesto sólo se observa en la confirmación del tutor testamentario dado por el padre, y en este caso siempre seguiría la condición de tutor testamentario. Es decir, la *inquisitio* sería un trámite real que siempre debería realizarse fehacientemente y del que dependería la tutela dativa o atiliana. Por tanto, el padre no llevaría a cabo ninguna *inquisitio* sino que se ceñiría a otro tipo de conocimiento.

personam tutorem dare videatur. Sed et inquiri in eum, qui matris testamento datus est tutor, oportebit, cum a patre datus, quamvis minus iure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur, nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit, veluti si ex amico inimicus vel ex divite pauperior effectus sit. En donde vemos que la confirmación del tutor en la dación testamentaria no conllevaría el informe sobre idoneidad necesario para todas las demás convalidaciones –que serían tomadas como tutela atiliana– salvo para el caso que después de las averiguaciones oportunas el magistrado observase que en el candidato habrían cambiado las circunstancias (*causa*) tenidas en cuenta por el padre. Para este supuesto, el magistrado tendría que llevar a cabo el informe sobre la falta de idoneidad (*inquisitio*).

³³ Vid. L. Desanti, *De confirmando tutore vel curatore* (Milano 1995) 216 s., en donde considera sospechoso el pasaje.

