NOTAS SOBRE EL CONCEPTO DE DOLO Y CULPA EN UN TEXTO DE LOS DIGESTA DE CELSO

ENRIQUE GÓMEZ ROYO
JOSE M^a ESPINOSA ISACH
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

I. PRENOTANDOS

Teníamos pensado escribir unas cuartillas que hicieran referencia al objeto del presente Congreso y para inspirarnos leíamos el libro del Prof. Varela sobre la Cotutela. Estando en ello nos topamos con un texto de Celso en el que Varela, siguiendo a Lauria, trasladaba la responsabilidad del depositario, objeto aparente del texto, a los cotutores.

Sirvan, pues, estas letras para recoger varias tardes de agradable discusión alrededor de esta sugerente perícopa celsina. Deseamos que os parezca fecunda nuestra discusión al igual que la perícopa, a través de la cual intentamos columbrar lo que Celso piensa en esta sede sobre los conceptos de “culpa”, “dolo” y “*diligentia*”.

Parece que ya desde comienzos del Principado existió una *quaestio disputata* sobre el alcance del dolo y la culpa entre juristas que lideraron la misma escuela. Nos referimos a Nerva padre, quien sostiene según el testimonio de Celso, que la culpa más amplia es dolo, mientras que Próculo, que le sustituyó en el liderazgo de la escuela,¹ no acepta esta interpretación.

Esta equiparación entre dolo y *culpa latior*, por tanto, fue una sede de *ius controversum* dentro de la misma escuela y parece poner de relieve que esta idea doctrinal se abría camino *ex novo*, sin tener ningún precedente en la praxis ni una contundente línea doctrinal que la avalase.

Celso apoya la opinión de Nerva, así como Gayo y posteriormente Paulo afirmará en el *libro primo manualium*²: *magna negligentia culpa est - magna culpa dolus est* y también Ulpiano en D. 26. 10. 7. 1: *si fraus non sit admissa, sed lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit* y también en un pasaje

¹ Pomp. D. 1. 2. 2. 52: *Nervae successit Proculus. fuit eodem tempore et Nerva filius.*

²D. 50. 16. 226. Vid. también D. 44.7.1.5: *magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere.*

sobre un esclavo depositado para ser objeto de tortura y liberado por el depositario opina que su conducta debe ser considerada cercana al dolo, (*dolo proximum esse quod factum est arbitror*) a pesar de haber sido fruto de la misericordia, ya que ésta se ejerció de manera que cabe calificar como intempestiva (*intempestive misericordiam exercuit*).³

Esta línea de pensamiento será la que prevalecerá en la época de Justiniano. Ciñámonos al texto, objeto de nuestra reflexión:

D. 16. 3. 32. *Celsus libro undecimo digestorum*.⁴

Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum⁵ videtur. nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude⁶ non caret: nec enim salva fide⁷ minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.

“A Próculo no le parecía bien que Nerva afirmara que dolo es la culpa más lata y a mí me parece absolutamente más recto (lo que decía Nerva), pues si alguien no es diligente según aquella forma a la que tiende la naturaleza de los hombres y si además en lo que se le encarga no presta cuidado según su propia manera de ser, no queda exento de dolo: pues, ese tal no prestará menor diligencia que en sus propios asuntos, sin conculcar la *fides*.”

Según Pernice y Lenel, este texto está interpolado, entendiendo que la manipulación afecta a la frase *nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat*, la cual sería obra de los compiladores justinianeos. También se han pronunciado sobre el mismo diversos autores⁸, en general aceptando la interpolación, excepto Rotondi que lo considera clásico.

³ D. 16. 3. 7. pr.

⁴ Sobre las interpolaciones en el texto vid. LEVY - RABEL, *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur. Tomus primus* (Weimar 1929) p. 279s.

⁵ Tres son los significados básicos del adjetivo *verus, vera verum*. El segundo bloque equivale a recto y viene aplicado en *vera sententia*, D. 7. 2. 1. 2; *vera ratione* en D. 35. 2. 3pr; *verum est* en D. 4. 4. 7. 10; en grado comparativo *verius* en D. 24. 1. 51; en superlativo, *verissimum* en D. 2. 5. 3; y *verius videri* en Gai, III. 183; IV, 1. Vid. HEUMANN - SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (Graz 1971) p. 620. Para más amplia información sobre este término en los retóricos vide *Excerpta ex BTL-1 Bibliotheca Teubneriana Latina* (curante Cetedoc, ed. Teubner - Brepols).

⁶ *Fraus* posee un amplio campo de significación, de entre los cinco que recogen HEUMANN y SECKEL, nos inclinamos por la primera acepción que equivale a dolo *dolus – betrügerischer, rechtswidriger Vorsatz*. Vid. p. 221.

⁷ En la lengua latina aparece el giro *salva fide, salva lege* con la significación de “sin vulnerar la fe”, “sin contravenir la ley”, i. e. sin perjuicio ni menoscabo de ellas; *salvo officio facere aliquid*: hacer algo sin faltar al deber; *salvo poetae sensu*: sin violar el sentido del poeta. En el plano jurídico y bajo la acepción *wohlverhalten, unversehrt, unbeschädigt, unbeschadet* citan HEUMANN - SECKEL, o. c. p. 524 entre otros los textos, *rem salvam fore, uti frui salva rerum substantia, salva causa pignoris, salva ratione (legis) Falcidia*.

⁸ Vid. KUNKEL, *Diligentia*. SZ 45 (1925) 297ss. en nota a pie cita los autores que se han pronunciado sobre el mismo. De los cuales, el único que considera auténtico el pasaje es Rotondi en *Studii sul Diritto Romano delle obbligazioni. A cura di Emilio Albertario II* p. 102ss; 106ss.

Sin embargo, somos del parecer que ésta sería una cuestión a revisar, y ello por dos razones:

1^a) que si atendemos a la lógica interna del texto, no podemos suprimir la frase entera *nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat*, pues existe una cesura entre la responsabilidad que cabría caracterizar como “genérica” y la otra que podemos llamar “específica”

2^a) porque no se nos alcanza cuales son las razones por las que la doctrina quiere retrasar el tenor de este texto a la época postclásica, alegando que Celso no pudo redactar unos textos que en general se supone que pertenecen a una época cultural posterior.

II. ENCUADRE HISTÓRICO

Antes de acometer el estudio y disección pormenorizada del texto que nos ocupa y, para encuadrar debidamente nuestra opinión, así como refutar este último argumento, queremos llevar a cabo un *excursus* sobre el contexto cultural en que se mueve Celso, jurista que alcanza a desarrollar su actividad política y profesional en la época del *Princeps illuminatus*.

Nos mueve a ello el hecho de que Kundel⁹ afirmase, al estudiar D. 16. 3. 32, que en este texto ciertamente se recoge una opinión doctrinal auténtica de Nerva, con la consiguiente crítica que sobre la misma le hizo Próculo y el pronunciamiento de Celso, si bien del estado del texto no se puede obtener una certeza sobre el contenido exacto de la polémica.

En cualquier caso, afirma nuestro autor, que el giro *ad eum modum, quem hominum natura desiderat* tiene una similitud con el pensamiento de Aristóteles y, en suma, todo el planteamiento conceptual del texto es sospechoso.

Refuerza estas ideas destacando que el jurista clásico fijó límites concretos a la responsabilidad y que nunca hizo planteamientos en términos generalistas, porque era guiado por las consecuencias propias del método casuístico.

Sostiene, en relación a la frase introducida por *nisi tamen*, que está colocada dentro del texto con muy poca fortuna, y que introduce el depósito de forma inmediata en el tema, si bien de él no se ha hecho mención anteriormente.

Añade también en relación con *ad suum modum* que es un giro nada feliz equivalente a *ad eum modum* así como el pronombre *is* aparece en una sede donde en lugar del nominativo debería haber un dativo.

Para nuestro autor todo el pasaje ha sido completamente manipulado, siendo la *scholastica intentio* postclásica la autora de tamaña obra.

Reduciendo la cuestión a sus justos términos, este planteamiento que hipervalora el protagonismo de las escuelas postclásicas, fue puesto de relieve por Wieacker¹⁰ en relación con la escuela alemana que lideró Mitteis junto con sus discípulos Patsch, Peters, Pringsheim, también Wenger y en la misma línea Kunkel.

⁹ SZ 45 (1925) 297s.

¹⁰ Πόνοι τῶν διδασκάλων. *Leistung und Grenzen der frühen oströmischen Rechtswissenschaft. Festgabe für Johannes Sontis* (München 1977) p. 56s.

Por tanto se nos impone acercarnos a ese marco cultural en la etapa del Principado, en el que desde la época de Augusto el conocimiento de la filosofía estoica constituía una parte de la formación general en Roma y Cicerón en *de republica* II. 51 describía la figura del *Princeps* ideal proyectando sobre él los rasgos propios del *basyleus* helenístico: *bonus et sapiens et peritus utilitatis dignitatisque civilis, quasi tutor et procurator rei publicae; sic enim apelletur quicumque erit rector et gubernator civitatis.....iste est enim qui consilio et opera civitatem tueri potest.*

Es el *gubernator* y *moderator* de la filosofía estoica que en situaciones críticas o de convulsiones externas o internas dirige a buen puerto mediante una precisa función reguladora y con mano segura el Estado o que, como *moderator*, en circunstancias de paz prudentemente lo guía. Su actuación garantiza el equilibrio constitucional¹¹.

La ideología que arropa esta forma de gobierno ideal y lo informa proclama que el *populus Romanus*, que es una realidad única con el *Princeps*, posee como carisma una *virtus* singular y merced a su *fides* y a su *pietas*, ha sido elegido por los dioses y el destino¹² junto con el *Princeps*, descrito como *felicitas rei publicae* y *salus rei publicae*, y que actúa como *conservator orbis, restitutor humani generis, fundator securitatis aeternae*, para gobernar los destinos del *orbis terrarum*, ahora ya, *de facto*, *Imperium Romanum*.

Toda la parateología que envolvía al *basyleus* del mundo helenístico, fue conocida y asumida, pues, en los círculos intelectuales romanos, como fue, por ejemplo, el círculo de los Escipiones; pasó a Roma, tras el desmantelamiento del helenismo político y fue utilizada para crear este marco ideológico, esa simbiosis de lo divino y lo humano, sobre el que se consolidó el Principado.

Lo que hemos visto como ideal del *Bonus Princeps* es en realidad la aplicación que de los ideales humanos imperantes en la época se hace a la figura del *Princeps* que ha de regir el *orbis terrarum*, pero al mismo tiempo es ideal, norma, regla o principio de conducta que ha de regir igualmente la vida entera del *bonus vir*.

Para fundamentar esta afirmación, dirijamos nuestra atención a la filosofía que circula corrientemente en esa época y que se presenta en la nueva realidad del imperio como código ético de conducta que oferta al individuo las pautas para reordenarse en la *cosmópolis* de su tiempo.

La filosofía de la etapa helenista tuvo como rasgo definidor el perfil ético y práctico, pues se convierte en guía para la recta conducción del individuo dentro de una sociedad ahora cosmopolita o universal. Exponente de este posicionamiento fueron el estoicismo y el epicureismo.

¹¹ POHLENZ M., *Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung* (Göttingen 1984) p. 290ss vid. VOGELSTEIN M., *Kaiser idee - Romidee* (Breslau 1930) p. 9ss.

¹² Virgil, *Aeneis* VI. 834. Vid. DEMANDT, A., *Der Idealstaat. Die politischen Theorien der Antike* (Wien 1993) p. 280; VOGELSTEIN, o. c. p. 108ss.

Efectivamente, los desgastados cauces de la antigua *polis* griega han desaparecido, hay que reordenar la vida y conciencia del individuo, abocado *velis nolis* a una realidad nueva, como la que nosotros tenemos ahora en la época del euro.

El plano ético-práctico que lleva consigo esta filosofía va a encajar perfectamente con el talante eminentemente práctico del hombre romano, y estos nuevos ideales junto con los nuevos modelos de vida tuvieron una rápida difusión en los estratos sociales cultos del mundo helenístico - romano, llegando a ser una parte integrante del ciclo educativo ordinario de las clases elevadas.

La *vera philosophia* sólo era accesible ciertamente a los círculos ilustrados que viajaban a la Hélade, pero desde la etapa de Augusto comenzó a ralentizarse la afluencia de la juventud romana hacia Atenas y adquirió protagonismo en este campo la ciudad principal: Roma.¹³

Veamos cómo para Séneca, autor anterior a Celso y de gran influencia en el ámbito cultural de principios del siglo II, el *bonus vir* es una reproducción del *bonus Princeps* y ha de obtener para sí mismo la: *recta vivendi ratio*, la *scientia honeste vivendi*, el *ars rectae vitae agenda*.

Ello significa que la conducta del individuo ha de venir guiada por una filosofía que le lleve a la consecución del fin último en la vida terrenal, que es conseguir la felicidad (εὐδαιμονία), para lo cual es necesario en el ideario de la Stoa adecuar la vida a la naturaleza (la conocida máxima ὁμολογουμένως τῆ φύσει ζῆν: "*hominibus prodesse natura me iubet*"¹⁴).

Es un deber moral adecuar la acción humana a la ley de la naturaleza, el fin ético radica en regirse o dejarse guiar por el principio que está activo en la naturaleza y que es el λόγος (*ratio*), que está también presente en el alma humana, por tanto cuando alguien se adecua en su conducta a la naturaleza, lo hace a la recta razón, a la buena gobernación de sí mismo.

Por otra parte, en el proceso de adecuación del hombre cosmopolita al logro de su fin último, no se halla sólo sino que el hombre de esta *kosmopolis* imperial, la *oikouménē* civilizada, su única patria, se define por una dimensión societaria que emana de la razón y que se halla en todos los humanos, por lo que la ética social en el ideario estoico se potencia hacia una alteridad interpersonal y dialogal mediante un impulso interior que ellos llamaron la οἰκείωσις¹⁵ o *consotiatio*.

Como es sabido, Panecio dio a la ética una base científica y empírica, por lo que sostuvo y enseñó que la sede del deber moral del hombre está ubicado en su propia naturaleza en la que se hallan cuatro pulsiones originarias.

¹³ POHLENZ, o. c. p. 277ss; DEMANDT A., *Die Spätantike* (München 1989) p. 353 afirma que durante el Principado fue un rasgo característico de la formación el conocimiento de la lengua griega.

¹⁴ Séneca, *de vita beata* 24. 3.

¹⁵ Vid. LIDDELL - SCOTT, *Greek English Lexicon* (Oxford 1961) p. 1202 en la filosofía estoica significa pulsión o atracción πρὸς τινα, hacia alguien, ἢ πρὸς τὸ ζῆν οἰκείωσις, la inclinación a vivir.

Ahí se halla ese impulso a la autoconservación del hombre, así como esa necesaria inclinación a la vida societaria y a la comunicación, lo que en suma abocará a la formación de la comunidad política o Estado, en donde se ha de actuar siempre de acuerdo con el *decorum* o cuerpo de virtudes humanas mediante las cuales se ejercita la esfera ética.¹⁶

Como pone de relieve Winkel¹⁷, desde el punto de vista etimológico el término *οἰκείωσις* está conectado con *οἶκος*, (la casa o morada) y señala que este tópico de la etimología nos da la pista de la recta intelección de *οἰκείωσις*.

El análisis psicológico de la filosofía estoica ponía de relieve que esa disposición interna a la conservación se proyecta en todos los ámbitos del entorno de la persona, la familia, los amigos, los conciudadanos, y por ende a la humanidad en cuanto tal.

Séneca, al asumir la filosofía estoica, reitera como puntal básico la relación óntica que se da entre todos los hombres y así en el *de vita beata* 24. 3 se pregunta:

Quid? Domus ipsa divitis viri quantam habet bene faciendi materiam, quis enim liberalitatem tantum ad togatos vocat? hominibus prodesse natura me iubet. Servi liberine sint hi, ingenui an libertini iustae libertatis an inter amicos datae, quid refert? ubicumque homo est ibi beneficii locus est.

“¿Pues qué? Cuánto lugar hay para hacer el bien en la casa del hombre rico. ¿quién llama únicamente a la liberalidad a los togados? La naturaleza me manda ayudar a los hombres. ¿Qué importa que sean siervos o libres, ingenuos o libertos, de una libertad conseguida de manera solemne o entre amigos? En cualquier lugar que el hombre se halle, allí hay espacio para hacer el bien.”

Hemos escogido este texto porque en él Séneca intenta defender que la bondad o el bien de la persona es independiente de la riqueza o pobreza del individuo y que todos estamos llamados a ejercerla, incluso el que posee riquezas, pues a la *virtus* son llamados absolutamente todos los humanos.

¹⁶Vid. de forma más pormenorizada la obra de ERLER, FLASHAR y otros, *Die hellenistische Philosophie*. Bd. 4. *Die Philosophie der Antike* (Basel 1994) p. 655ss.

¹⁷*Die stoische οἰκείωσις - Lehre und Ulpian's Definition der Gerechtigkeit*. SZ 105 (1988) 669 - 679, destaca Winkel cómo la ética de la Stoa establece como fin último la εὐδαιμονία, que ciertamente se logra cuando hay en el sujeto una recta conducción de su vida, lo cual se produce, cuando es el *logos* quien rige la conducta del sujeto, que es el que marca la necesidad de una vida relacional con los otros.

En las distintas fases de la existencia de los humanos existen diferentes inclinaciones graduadas. Inicialmente existe la tendencia afectiva que se concentra en sí mismo: la autoconservación; posteriormente, el afecto en otro estadio más desarrollado de su existencia se proyecta sobre su familia y finalmente su inclinación afectiva se orienta a los otros.

Igualmente dice Winkel que es a este sistema de círculos concéntricos de la inclinación afectiva a lo que se le da el nombre de *οἰκείωσις*.

En relación a este testimonio sostiene Winkel que Ulpiano se inspiró en su definición de la justicia en la filosofía estoica.

En el texto se destaca el principio de la benevolencia activa o del beneficio solidario.

Para ejercer la virtud, pues, no se necesita ser pobre o rico sino simplemente ser hombre, ya que es la naturaleza humana quien da lugar a hacer el bien, *bene faciendi materiam*, y por tanto, incluso en la casa del rico, hay lugar al cumplimiento de los mandatos de la naturaleza: *hominibus prodesse natura me iubet*, porque *ubicumque homo est, ibi beneficii locus est*.

Equipada y dotada de la *virtus*, encuentra la persona en los medios materiales, concretamente en la riqueza, la base para hacer de su espíritu objeto de continuada perfección.

Aquí la persona humana tiene como paradigma el *vir sapiens* o *bonus vir*.

Así, en el *de vita beata*, 22. 1 plantea: *Quid autem dubii est quin haec maior materia sapienti viro sit animum explicandi suum in divitiis quam in paupertate, cum in hac unum genus virtutis sit non inclinari nec deprimi, in divitiis et temperantia et liberalitas et diligentia et dispositio et magnificentia campum habeat patentem?*

La respuesta que se sigue de estas premisas es clara para Séneca, el *vir sapiens*, hoy le llamaríamos el varón ideal, potencia su espíritu por medio de las riquezas, mediante las cuales, como dueño y no esclavo de ellas, (*divitiae meae sunt*), tiene en ellas el terreno sólido para el ejercicio activo de la templanza, para practicar en cualquier momento la liberalidad, para ser diligente, para el sentido del buen orden y la grandeza de ánimo.

La riqueza, en cuanto bien del mundo externo, es un medio que está al servicio de su señor, que es la persona, que, en cuanto *vir sapiens*, no tolerará que entre un denario por su puerta mediante malas artes, como afirma en *de benef.* 23. 3: *Sapiens nullum denarium intra limen suum admittet male intrantem*, porque sabe administrar y utilizar rectamente el dinero.

En suma, el filósofo diseña como un *desideratum* el ideal social del hombre del momento, que se comporta sencillamente como honrado y recto administrador de lo que posee.

A ello le impulsa la ley de la naturaleza, según el ideario de la Stoa.

En el cuerpo de esta obra expone nítidamente el filósofo la línea divisoria entre el sabio y el necio y así en *de benef.* 26. 1 afirma: *Quid ergo inter me stultum et te sapientem interest, si uterque habere volumus? - Plurimum: divitiae enim apud sapientem virum in servitute sunt, apud stultum in imperio; sapiens divitiis nihil permittit, vobis divitiae omnia.*

En síntesis, el *vir sapiens* es la manifestación suma de la perfección en figura de persona real, y es paradigma del que se han de sacar consecuencias de tipo ético, pedagógicas y de exhortación para la buena gestión de lo suyo y de lo que otros puedan confiar a terceros.

Como dijo Cicerón en *Tusc. Disp.* III, 19 -20: *Sapientis autem animus semper vacat vitio, numquam turgescit, numquam tumet* y ello frente a un espíritu engreído que está atrapado en el vicio (*in vitio est*), por lo que el *bonus vir*, cuando pone en práctica de modo virtuoso las obligaciones propias del *officium*, convierte en bueno lo que inicialmente era indiferente, como el ser

médico, profesor, tutor y así decía Séneca: *Eadem ratione aliquid secundum naturam fuit: hoc in aliam proprietatem magnitudo sua transtulit et bonum fecit* (Ep. 118. 17).

Dejando de momento en suspenso el tema de las posibles interpolaciones, nos planteamos ahora si los argumentos expuestos sobre la poca probabilidad, por no decir imposibilidad, de que Celso pudiera escribir la expresión “*ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est*” o la desafortunada, según Kunkel, expresión introducida por el giro “*nisi tamen*”, que ciertamente produce dificultades para la traducción¹⁸ y que introduce el problemático tema del depósito, no mencionado anteriormente, son convincentes o podrían ser sometidos a revisión.

Nos preguntamos si, con los datos conocidos de la biografía de Celso, como jurista que actúa en la época del *Princeps Illuminatus* y con una formidable preparación retórica, era posible que desconociese las ideas que circulaban en los ambientes culturales del momento y, si las conocía, ¿por qué no las podía utilizar?, ¿quién se lo impedía?, ¿Era tan difícil aprovechar el *topos* del deber moral y convertirlo en un *topos* del deber jurídico?

Nuestra opinión es que ningún impedimento debió existir para la utilización por parte de Celso de las expresiones que en el texto figuran.

III. ANÁLISIS DEL TEXTO

a) El texto objeto de nuestro estudio está encuadrado en el Digesto, al final del título 3º del libro 16, dedicado al depósito: *depositi vel contra*, y pertenece según su encabezamiento al libro 11 de los digestos de Celso, que Lenel en su palíngenesia¹⁹ hace coincidir con el título XXII, 121ss. *de tutelis* del Edicto.

En la palíngenesia recoge Lenel cinco textos del libro 11 de los digestos; los otros tratan claramente sobre la tutela, pero el que nos ocupa, como hemos visto, no hace referencia alguna a esta institución, sino que pertenece a la discusión más general relativa a los límites entre la culpa y el dolo y los compiladores lo colocaron en el título del depósito, bien interpolando la frase que hace referencia al mismo, bien utilizando un texto que originariamente se refería a lo que a alguien se le encomienda en un negocio basado en la *fides* y no necesariamente al depósito como negocio típico, o tal vez también, no cabe

¹⁸ KÜHNER - STEGMANN, *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache II* (Darmstadt 1971) p. 387: *nisi*: las oraciones condicionales o hipotéticas expresan la relación de la condición con lo condicionado. Son introducidas mediante la conjunción *si* o *nisi* (ni) si no; en la p. 413ss introduce los usos especiales de *nisi*: *Besondere Gebrauchsweisen des nisi*: En ocasiones se acentúa la contraposición de forma más fuerte mediante la adición de un *tamen*: C. Att. 5. 14. 3: *tu velim scribas ad me omnia. Nihil mihi gratius facere potes, nisi tamen id erit mihi gratissimum, si, quae tibi mandavi, confeceris.*

LEUMANN - HOFFMANN - SZANTYR, *Lateinische Grammatik II, Syntax und Stilistik* (München 1965) p. 669: uso de *nisi tamen*: la oración introducidas por *nisi tamen* expresa de modo más claro la oposición, la contraposición con una oración precedente en forma negativa, citando el texto conocido de Cicerón recogido en la Kühner - Stegmann.

¹⁹ Vid. *Palíngenesia Iuris Civilis* (Graz 1960) Bd. I p. 142.

descartarlo, el texto se refería ya originariamente al depósito como figura jurídica típica.²⁰

b) De acuerdo con la traducción propuesta, el texto ofrece una gradación de responsabilidades genéricas para deslindar dolo de culpa y así, en él, se acepta la existencia y general asentimiento de los términos culpa, culpa lata, culpa más lata y dolo; y se afirma por parte de Celso, coincidiendo en ello con Nerva y contra Próculo, que la culpa lata, cuando es más lata, es ya dolo.

Parte el texto de la idea de que una persona que no pusiera en un asunto la diligencia que se entiende que es propia de la naturaleza humana, podría carecer de *fraus*; sobrentendiéndose así, de acuerdo con la lógica interna del texto, que estaríamos en un supuesto de culpa lata, y que nos estaríamos moviendo, todavía, en el campo de la responsabilidad culposa, pero que si esa persona, en lo que se le encarga, además, no se preocupa según su modo de ser, en ese caso, traspasa el límite de lo culposo para caer en el ámbito del dolo: *fraude non caret* y lo apostilla diciendo que uno no puede salvaguardar su *fides*, si presta, en tal asunto, menor diligencia que en lo suyo propio.

En este sentido, KASER²¹, al abordar el tema de la protección jurídica del pupilo frente a su tutor, destaca también la medida que delimita el campo de la responsabilidad del tutor señalando el *dolus malus*, quiebra consciente de la *fides* al que se le asemejan ciertas negligencias contrarias a la *fides*.

Ese deber de guardar la *fides* viene complementado con la *diligentia* (*fides et diligentia*), por lo que el tutor no puede menos que aplicar en todos los asuntos que afectan al patrimonio del pupilo una diligencia idéntica a la aplicaría en sus propios negocios. Y así, para Kaser, contravenir tal principio se equipara, en Celso, al dolo. Por ello dice nuestro autor que el núcleo de D. 16. 3. 32, es clásico, y que en la época clásica ya apareció esta corriente, aunque controvertida, de extender la responsabilidad por dolo a determinados casos de culpa.

c) El texto en sí mismo y de acuerdo con lo que hemos dicho es un todo coherente al que no se le puede cercenar parte alguna sin que quede empobrecido al menos, tal vez se podrían suprimir las palabras *in deposito*, aunque en ese caso no quedaría muy clara la subsiguiente referencia a la *fides*.²²

Por ello hemos recurrido a las fuentes griegas como modo de iluminar la originaria intención del texto, bien en el ámbito del depósito según el Digesto,

²⁰ Vid. ROTONDI, G., o. c. p. 110, especialmente nota 3.

²¹ *Das römische Privatrecht I* (München 1971) p. 365 y 366 aquí en la nota 36 destaca que el aplicar idéntica *diligentia* en los asuntos ajenos como en los propios no es relajar la responsabilidad sino que es más bien un grado reforzado de responsabilidad, y que tiene raíces clásicas; vid. también p. 510.

²² Bernard Kübler, para salvar el problema del término depósito, señala la posibilidad de que el texto se refiriera a la *fiducia cum amico contracta*, vide *Der Einfluss der griechischen Philosophie auf die Entwicklung der Lehre von den Verschuldensgraden im römischen Recht* en *Rechtsidee und Staatsgedanken. Beiträge zur Rechtsphilosophie und zur politischen Ideengeschichte. Festgabe für Julius Binder* (Berlin 1930) [Aalen 1973] p. 74ss y, por su parte, Rotondi, que cita también a Naber y a Mitteis, parece apuntar que estas dos palabras podrían haber sido añadidas por los compiladores.

bien en el de la tutela, donde lo coloca Lenel en la Palingenesia, a lo que nos llevó una frase de Lauria²³ y a partir de la cual nos planteamos los interrogantes que han dado lugar a esta comunicación.

Veamos, pues, qué se dice en las fuentes griegas y cuáles son los escolios que parafrasean el texto de la compilación.

El texto griego aparece recogido en B. 13. 2. 32²⁴

Ὁ μὴ τῆς παραθήκης²⁵ ὡς τῶν οἰκείων ἐπιμελούμενος δόλον ποιεῖ.

“Comete dolo el que no se preocupa de lo que se le confía como de las cosas propias”.

La traducción latina de la edición de Heimbach dice: “*qui non eandem depositis rebus, quam suis, adhibet diligentiam, dolo facit.*”

Traducción latina que implica una interpretación del texto griego en la línea que nosotros pensamos: en los asuntos ajenos que se le confían (*depositis rebus*) a alguien en función de la *fides*, como es el caso del depósito, debe el depositario observar una conducta idéntica a la que guarda en sus asuntos propios.

A este texto le acompañan dos glosas que sólo están atestiguadas en el código Coislianus 152 (Ca)²⁶ en las que se comenta el lemma ὁ μὴ τῆς παραθήκης.

El primer escueto escolio no aparece atribuido a nadie y es de los del tipo σημείωσαι y dice así:

Σημείωσαι, ὅτι τοιαύτην ἀπαιτεῖται ὁ δεποσιτάριος περὶ τὸ δεπόσιτον σπουδῆν, οἷαν ἐπὶ τοῖς οἰκείοις τίθεται πράγμασιν.

“Se ha de observar, que al depositario se le exige en el depósito diligencia tal, cual pone en los propios asuntos”

El segundo escolio tiene la paternidad de Stephanos y tiene el siguiente tenor:

Στέφανος.- Σημείωσαι ἐνταῦθα, ὅτι ἡ λάτα κούλπα τῷ δόλῳ προσέοικε, καὶ ὅτι λάταν κούλπαν δοκεῖ τις ποιεῖν, ἔνθα μὴ κατ' οἰκείαν δύναμιν ἐπιμελεῖται τοῦ παρατεθέντος²⁷ αὐτῷ πράγματος. σημείωσαι αὐτό.

“Stephanos.- Se ha de observar aquí, que la culpa lata se ha asemejado al dolo, y que parece que alguien incurre en culpa lata, cuando no se preocupa de

²³ LAURIA M., *Periculum tutoris* en Scritti Riccobono III (Palermo 1936) p. 312 *in initio*: “Celso in un frammento riferibile alla tutela, limita la responsabilità con un *salva fide*”.

²⁴ *Basilicorum libri LX. Series A II (textus) ediderunt* H. J. SCHELTEMA et N. VAN DER WAL (Gravenhage 1956) vid. Heimbach, II p. 58.

²⁵ LIDDELL - SCOTT, *A Greek English Lexicon* (Oxford 1961) p.1310 παραθήκη *anything entrusted to one, deposit* con los pasajes en que se dan estas acepciones.

²⁶ Los manuscritos utilizados en el libro XIII son el *Coislianus graecus* data del siglo XIII, mientras que el *codex P, parisinus graecus*, también del siglo XIII no atestiguan estos escolios.

²⁷ LIDDELL - SCOTT, o. c. p. 1327 παρατεθέντος tiene un amplio campo semántico, destacando *deposit what belongs to one in another's hand, give in charge to*: τοῦ παραθεμένου τὰ χρήματα; *give a person in charge to*: τινὶ ὀφφανόν.

la cosa que le ha sido confiada según la diligencia propia. Así se ha de observar esto”.

Es interesante ver cómo Stephanos en su escolio no hace referencia al depósito como figura jurídica sino que habla de lo que se le confía a uno: ἐπιμελεῖται τοῦ παρατεθέντος αὐτῷ πράγματος; es el otro escolio, posiblemente de datación posterior, el que hace referencia a lo depositado y al depositario, aceptando que el texto se refiere a esta figura jurídica del depósito por el simple hecho de que los compiladores lo colocaran dentro de tal título.

Vistos los testimonios que anteceden, nos parece totalmente apropiado que Lauria opinara que este texto podía ser aplicado a los cotutores, porque ciertamente responden con su *fides* de la recta administración del patrimonio del pupilo, no solamente administrando ellos, sino responsabilizándose de que este patrimonio no sufra daño por la gestión de los otros cotutores.²⁸

d) Veamos ahora en segundo lugar la frase de Lauria sobre “*salva fide*”: “Celso en un fragmento aplicable a la tutela, limita la responsabilidad con un *salva fide*.”

Al intentar comprender la coherencia interna del texto se nos suscita la cuestión, ya antes apuntada, de que originariamente Celso no estuviera hablando del depósito como figura típica sino de los negocios que se basan en la confianza (*in deposito*).

La razón por la que no existe dolo, según Celso, cuando uno ha desarrollado la actividad que le corresponde con la misma cura o cuidado que pone en sus propios asuntos, radica en que no traspasa el límite de la *culpa lata* a la *culpa más lata*, (*latior*) que es lo que lo convierte en dolo, y entonces cabe preguntarse, si Celso no escribió la palabra depósito (*in deposito*) o si, por el contrario, lo que con este término quería significar era simplemente lo que a alguien se le confía, al igual que podría interpretarse lo que dice Stefanos en el escolio: ἔνθα μὴ κατ’ οἰκείαν δύναμιν ἐπιμελεῖται τοῦ παρατεθέντος αὐτῷ πράγματος: “*cuando no se preocupa de lo que le ha sido confiada (o se le ha depositado) según la diligencia propia*”.

Sea cual sea la interpretación final que le demos al texto, si defendemos su autenticidad básica, es claro que Celso entiende que se ha de conculcar la *fides* para que exista dolo, y esto ocurre tanto en el caso del depósito como en el de la tutela, puesto que en ambos hay una relación de confianza, que se presupone o se exige para desempeñar el lugar o cargo de depositario o tutor.

IV. CONCLUSIONES

1ª) Celso interviene en la disputa entre Nerva y Próculo, poniéndose de parte de aquel, al afirmar que la culpa más lata (*latior*) es dolo *latiorem culpam dolum esse..... mibi verissimum videtur.-*

²⁸Vid. VARELA MATEOS, E., De contutoribus. (Cotutela y pluralidad de tutores en Derecho Romano). (Madrid 1979) p. 136ss.

2ª) Para que la culpa lata se convierta en culpa más lata (*latior*) es necesario que uno no se comporte con la diligencia que se espera de la naturaleza humana: *non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est* y además no preste el cuidado que le corresponde según su manera de ser: *nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat*.

3ª) El hecho de que figure la frase referida a la naturaleza de los hombres no nos parece razón suficiente para afirmar que el texto esté interpolado. Pues como hemos visto, en la época de Celso es conocida en los círculos intelectuales la filosofía de la Stoa.

4ª) Tanto en el depósito como en la tutela existe una relación basada en la *fides* y por tanto en ambas instituciones se entendería que incurre en dolo quien además de caer en culpa lata añadiera una negligencia superior a aquella que tiene en sus propios asuntos.

5ª) De ahí que para que esto se produzca, es necesario que exista una relación basada en la *fides* entre las personas que intervienen en el negocio jurídico: *nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit*.

6ª) Parece bastante lógico que, puesto que en tiempos de Nerva y todavía en la época de Celso la manera de poder perseguir al depositario por incumplimiento de sus obligaciones, era una *actio in factum* basada en el dolo, los juristas tuvieran que medir de manera muy exacta en qué momento el depositario incurría en responsabilidad, y ello necesariamente, por entender que su conducta era dolosa. Tal vez cabría entender el texto celsino al amparo de estas discusiones encaminadas a dilucidar a partir de qué momento es responsable el depositario.

Esta opinión se ve avalada por el hecho de que Salvio Juliano, muy poco tiempo después, incluirá en el Edicto una *actio depositi in ius concepta* basada en la buena fe, superando así los obstáculos que podrían producirse, según la interpretación jurisprudencial y judicial, de la existencia o no de dolo, según las circunstancias que se dieran en cada supuesto procesal.

7ª) Nos parece irrelevante, pues, la discusión sobre el lugar mental del texto de Celso e incluso sobre su localización en el libro 11 de los digestos o en el 16 del Digesto justiniano, pues en ambos supuestos la *fides* es el sustrato sobre el que se asienta la institución jurídica.