

## “CUM OBSCURABATUR”

Emma Montanos Ferrín

Desde el punto de vista histórico esta situación criminal - el crepúsculo - que, sin duda, constituyó un problema de gran argumentación jurídica, se puede seguir en relación al período que me he propuesto - el de esplendor del *Ius Commune* - a través de muchas fuentes de variada naturaleza: legislativas, procesales, doctrinales... En este momento y consciente de la necesidad de estudio del tema en base a la literatura jurídica, lo planteo y lo estudio a través de una serie de textos que recogen *quaestiones publice disputatae*. Me parece singularmente interesante fijarme en este tipo de textos porque, como se sabe, todos los problemas que se someten a debate en este género de *quaestiones* lo son porque plantean dudas normalmente derivadas de hechos de la vida cotidiana<sup>1</sup>. El arte de disputar constituyó un elemento importante del aprendizaje jurídico, contribuyendo a la formación del jurista e integrando un importante elemento de la cultura jurídica medieval<sup>2</sup>, tan importante que con frecuencia los estatutos universitarios

---

<sup>1</sup> No es mi intención llevar a cabo un análisis sobre su esencia conceptual, cuestión a la que un sector suficientemente representativo de nuestra historiografía europea ha dedicado su atención científica. El exponente más claro lo constituyen las aportaciones de M. BELLOMO en el contenido de varias de sus obras, en las que hace además importantes remisiones bibliográficas: M. BELLOMO, *Aspetti dell'insegnamento giuridico nelle Università medievali. Le "quaestiones disputatae"*, 1, *Saggi* (Reggio Calabria 1974); Id., *Società e istituzioni dal medioevo agli inizi dell'età moderna* (Catania 1976, 1ª. ed., Roma 1997, 8ª. ed.), en especial el capítulo IV, *L'Università*; Id., *L'Europa del diritto comune* (Lausanne 1988, 1ª. ed., Roma 1994, 7ª. ed.), (trad. en inglés por L. G. COCHRANE, *The Common Legal Past of Europe. 1000-1800*, introd. de K. PENNINGTON (Washington D. C. 1995; trad. en español por N. POLONI y J. A. de PRADO DÍEZ, *La Europa del Derecho Común*, introd. de E. MONTANOS FERRÍN, Roma 1996); Id., *Saggio sull'Università nell'età del diritto comune* (Catania 1979, 1ª. ed., Roma 1992, 2ª. ed., reimpr. 1996), en especial el capítulo X *La nuova didattica*. Sobre el tema concreto de las *quaestiones* ver también B.C. BAZAN, G. FRANSEN, J.W. WIPPEL, D. JACQUART, *Les questions disputées et les questions quodlibétiques dans les facultés de théologie, de droit et de médecine* (Turnhout 1985). Por otra parte, ya desde el siglo XIII se ha intentado dar respuesta a este arte didáctico. Así por ejemplo, en la obra atribuida a Santo Tomás, *De fallaciis*, se contiene una definición de la *disputatio*: “Disputatio est actus syllogisticus unius ad alterum ad aliquod propositum ostendendum. Per hoc quod dicitur actus, tangitur disputationis genus; et per hoc quod dicitur syllogisticus, tangitur disputationis, sicut imperfectum sub perfecto; et per hoc distinguitur disputatio ab actibus corporalibus, ut currere vel comedere; et ab actibus voluntariis, ut amare et odisse: nam per hoc quod dicitur unius ad alterum, tanguntur duae personae opponentis et respondentis inter quas vertitur disputatio; etiam hoc additur ad differentiam ratiocinationis quam habet qui secum ratiocinatur. Per hoc autem quod dicit ad propositum ostendendum, tangitur disputationis effectus, sive terminus aut finis proximus; et per hoc distinguitur disputatio a syllogionis exemplaribus, qui non inducuntur ad ostendendum propositum aliquod sed ad formam syllogisticam exemplificandam”, cit. P. MANDONNET, *Sancti Thomae Aquinatis Quaestiones disputatae* (Paris 1925).

<sup>2</sup> Son diversas las alusiones que M. BELLOMO hace a esta práctica, insistiendo en este carácter: así por ejemplo en *Aspetti dell'insegnamento* 13, 15, 30, 47 y 48 y en *Saggio* 57, 58, entre otras referencias.

han regulado de modo analítico el *iter* completo de la disputa pública<sup>3</sup>. Y claro, al seguir la argumentación jurídica de las *quaestiones in iure disputatae* - casi todos inéditas, sobre todo para el largo período de inicios de alrededor de la mitad del ‘Doscientos’, se obtiene un material que estimo riquísimo.

1. *Quaestiones publice disputatae constitutivas de este análisis histórico-jurídico.*

El más antiguo de estos textos es de Uberto da Bobbio (+antes de 1245)<sup>4</sup>. De su *lectura* se puede derivar la impresión de que la *quaestio* se refiere sólo a una ciudad italiana (Ravenna), puesto que comienza señalando después del módulo “*Quaestio talis est...*”, “*in statuto civitatis Ravenne continetur...*”, pareciendo por tanto un problema de carácter y ámbito local. Sin embargo, un texto análogo aparece recogido en el Colegio de España de Bologna, en una versión anónima<sup>5</sup> en que se indica “*in statuto alicuius civitatis*”. Esta expresión parece dar a entender que es ya algo general, puesto que se pierde la referencia específica. Del mismo tema se ocupó Odofredo (+1265) quien a este propósito utiliza la frase “*civitatis Italiae...*”<sup>6</sup>, poniendo de relieve, a mi modo de ver, ese carácter general. El mismo tono de generalidad se observa en el contenido de una *quaestio* de Guido da Suzzara (+ en torno a 1290) que comienza: “*tale statutum est in civitate...*”<sup>7</sup>. Y esa generalidad ya no se pierde. En todos los textos sucesivos que he manejado el término será similar. Así en un texto anónimo custodiado en la Biblioteca Riccardiana de Firenze: “*statuto continetur*”<sup>8</sup>; en el *Tractatus de maleficiis* de Alberto Gandino<sup>9</sup> (+ alrededor de 1307) - obra difundidísima y editada pluralidad de veces en el §500 -, bajo la rúbrica “*de penis reorum*”, que recoge y reproduce en gran parte la *quaestio* anónima del manuscrito Riccardiano y que al final recuerda la *quaestio* de Guido da Suzzara, se comienza diciendo: “*praeterea pene contineri in statuto...*”, poniéndose de relieve que el problema ha asumido ya un carácter de generalidad, desvinculándose de la concreta referencia a un específico estatuto local.

---

<sup>3</sup> En un estudio reciente he tratado de averiguar el tratamiento de las *quaestiones disputatae* fundamentalmente en el contenido de los *Statuta* que regulan los estudios jurídicos medievales en Europa: E. MONTANOS FERRÍN, *Las “Quaestiones Disputatae” en los estatutos universitarios medievales*, “Die Kunst der Disputation. Probleme der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung im 13. und 14. Jahrhundert” (Schriften des Historischen Kollegs Kolloquien 38, Herausgegeben von Manlio Bellomo, München 1997) 157-205.

<sup>4</sup> Roma, Arch. di Stato, SS. mo. Salvatore ad Sancta Sanctorum, ms. 1004, fol. 29ra-b; está parcialmente editado - aunque sin el contenido que utilizamos - por S. CAPRIOLI, *La miscellanea romana dell’Archivio di Stato* (Ms. 1004), “Studi sulle ‘quaestiones’ civilistiche disputate nelle Università medievali”, a cargo de M. BELLOMO (“Studi e Ricerche dei ‘Quaderni Catanesi’”, 1; Catania 1980) 127.

<sup>5</sup> El texto con algunas variantes aparece recogido en el ms. Bologna, Colegio de España, 109, fol. 227va-b; editado en parte (sólo *incipit* y *explicit*) en *I codici del Collegio di Spagna di Bologna*, Orbis Academicus. Saggi e documenti di storia delle Università, V (Milano 1992) 338. Con carácter anónimo y como un fragmento de *lectura* es reproducido en parte en el ms. Rovigo, Bibl. Comunale e Concordiana, Silv. 485 (ex 7.7.5), fol. 3ra-b; ed. M. BELLOMO, *Tracce di lectura per viam quaestionum in un manoscritto del Codex conservato a Rovigo*, Rivista Internazionale di Diritto Comune 8 (1997) 235-236.

<sup>6</sup> Bologna, Colegio de España, ms. 109, fol. 218vb-219ra, editado parcialmente en *I codici del Collegio di Spagna*, 334-335.

<sup>7</sup> Bologna, Colegio de España, ms. 109, fol. 230ra, editado parcialmente en *I codici del Collegio di Spagna*, 340.

<sup>8</sup> Firenze, Bibl. Riccardiana, ms. 744, fol. 11vb-12ra; ed. F. MARTINO, “Le ‘quaestiones’ del manoscritto Firenze, Biblioteca Riccardiana, 744”, Rivista Internazionale di Diritto Comune 2 (1991) 200, 219-220.

<sup>9</sup> Alberto GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De penis reorum*.. F. MARTINO, *Le ‘quaestiones’* 220.

En efecto, los textos siguientes ya no abandonan este tono: la *quaestio* de Martino Sillimani (+ en 1306) comienza indicando: “*verba statuti sunt hec...*”<sup>10</sup>; la de este mismo autor que forma parte de los fondos del Colegio de España de Bolonia<sup>11</sup> y que parece idéntica a la anterior incluye la misma expresión; la recogida en el manuscrito Chigi, también de Martino Sillimani, que a primera vista parece una *quaestio* en versión reducida de la precedente, comienza: “*Statuto cavetur...*”<sup>12</sup>, utilizándose una frase similar en el contenido de una *quaestio* de Pietro dei Cerniti (+en 1338)<sup>13</sup>. El tema también preocupó a Bartolo da Sassoferrato, según se manifiesta en una breve *additio* a la *quaestio* anónima del manuscrito Riccardiano<sup>14</sup> y a Iacopo Bottrigari en el desarrollo de una *quaestio* en el manuscrito Chigi y que también comienza con la misma expresión: “*statuto cavetur*”<sup>15</sup>.

Como vemos, el problema ha asumido ya un carácter general: el más antiguo testimonio lo circunscribía a Ravenna; después la expresión lo hace extensivo a “*statutum alicuius civitatis*”, pudiendo afirmarse en base a tan variados testimonios que ha devenido un principio general de derecho penal, especialmente porque está documentado y difundido por Alberto Gandino.

## 2. Análisis jurídico del tema objeto de esta concreta calificación criminal.

En todos los textos que he manejado se manifiesta uniformidad a la hora de establecer duplicidad de la pena en los supuestos de delitos cometidos de noche y utilizan expresiones más o menos similares a ésta de Alberto Gandino: “... *omnes poenae maleficiorum commissorum de nocte debeant duplicari...*”<sup>16</sup>.

Desde el más antiguo de los textos que he analizado se pone de manifiesto el centro de la *quaestio*, que es recogido en las *quaestiones* sucesivas. Está claro en todos que si el delito se comete *de die* merece una pena y que ésta se eleva al doble en el caso de que el mismo delito se realice *de nocte*. El tema de la *quaestio* y las dudas giran en torno a una situación temporal indeterminada: el atardecer, el crepúsculo. Es decir: si el delito es perpetrado en el momento en que está decayendo el día, pero en relación al cual todavía no podemos hablar de noche: ¿cómo debe de ser considerado a efectos de la sanción penal a imponer?... ¿cómo si hubiera sido hecho *de die*, o como si hubiera tenido lugar *de nocte*?. ¿En dónde se coloca el crepúsculo?.

Es necesario por lo tanto precisar las disposiciones sustanciales y el significado historiográfico de las diferentes argumentaciones y soluciones que los juristas seleccionados adoptan y exhiben en sus acercamientos a una posible *solutio*<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> Vaticano, Arch. S. Pietro A. 29, fol. 194va-b. Sobre el manuscrito en general vid. M. BELLOMO, *Due 'Libri magni quaestionum disputatarum' e le 'quaestiones' di Riccardo da Saliceto*, en “*Studi Senesi*”, Ser. III, 18.2 (1969)256-291.

<sup>11</sup> Bologna, Colegio de España, ms. 109, fol. 194rb-va.

<sup>12</sup> Se trata de una *quaestio* inédita de Martino Sillimani, Vaticano, Chigi E.VIII.245, fol. 247va.

<sup>13</sup> Vaticano, Chigi E. VIII.245, fol. 20va-21ra. No existe literatura específica sobre este fragmento, pero acerca del manuscrito en general vid. BELLOMO, *Due 'Libri Magni'*.

<sup>14</sup> Bartolo da Sassoferrato, *Comm.* in D.48.19.16.5, *de penis. l. aut facta. & tempus* (Venetiis 1585, fol. 186vb). Breve *additio* a la *quaestio* anónima del ms. Riccardiano (fol 12ra): “*Hanc questionem ponit d(ominus) Bar(tolus) ff. de penis. l. aut facta. & tempus*”. La *additio* ha sido editada por F.MARTINO, *Le 'quaestiones'* 200.

<sup>15</sup> Chigi, fol. 70ra-vb

<sup>16</sup> Alberto GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De poenis reorum* (Venetiis 1598), fol. 328ra. Vid. F. MARTINO, “*Le 'quaestiones'*” 220.

<sup>17</sup> De entrada podemos advertir que detrás de cada afirmación está la utilización de las leyes comprensivas del *Corpus Iuris Civilis* justinianeo. Están utilizados *modi arguendi* recogidos en la escuela boloñesa y de forma específica algunos correspondientes a la redacción de los *modi arguendi* atribuida a

Parece claro que para todos los juristas aquí examinados se trata de un espacio temporal distinto: no es día y no es noche. Uberto da Bobbio afirma que “*est aliud sero quam nox*, y se pregunta: *cur diversis vocabulis mandarentur...?*”, y busca como apoyatura legal de su afirmación una disposición recogida en el *Codex*, en que se incide por la misma razón terminológica en la diferencia entre testamento y codicilo<sup>18</sup>. Pietro dei Cerniti - un siglo después y todavía la argumentación se mantiene - evidencia que el atardecer tiene nombre distinto y debe de ser separado del día y de la noche: “... *cum sero habeat diversum et separatum nomen a die et a nocte segregatore et separatorum segregata et separata debet esse sero...*”: el atardecer debe ser separado y distinguido de las partes que separa e invoca a este propósito el texto que acabo de señalar, al que añade otro sobre donaciones entre marido y mujer recogido también en el *Codex*<sup>19</sup>, que explica en qué manera pueden verse afectadas por la posible intromisión de acreedores o por la realización por el donatario de alguna actividad delictual. Al tiempo saca a relucir un contenido dispositivo de los *Digesta*, en que se sanciona al que acusa a un esclavo como adúltero y éste resulta inocente, a pagar el doble de su precio al dueño, puesto que se considera que la vejación es delito independiente del daño que se causó al dueño en la persona del esclavo<sup>20</sup>. En tono de interrogación a efectos escolásticos parece recogerlo el contenido del *Tractatus de maleficiis* cuando Alberto Gandino indica: “... *aliud est sero quam nox, si nam idem essent, cur diversis nominibus vocarentur?...?*”<sup>21</sup>.

---

Dino del Mugello, editada por S. CAPRIOLI, *De “modis arguendi” scripta rariora: 1. Dini opusculum* “Studi Senesi”, Ser. III, 12 (1963) 30-56: realiza la correlación de cada *modus* de forma progresivamente numérica; de esta enumeración hace uso en las notas que siguen juntamente con la indicación de la página de la edición de S. CAPRIOLI). Están también utilizados *loci loicales probati per leges*: M. BELLOMO, *Loci loicales e forme del pensiero giuridico in alcuni testi dei secoli XIII y XIV*, “Studi in onore di Salvatore Pugliatti” IV (Milano 1978)31-42. Hay constancia también de una serie de argumentaciones y apoyatura jurídica que en este largo periodo se mantiene; en efecto, “*argumentum est ratio rei dubiae faciens fidem*”, de tal manera que la *ratio* aristotélica e isidoriana está presente en los juristas “i quali parlano di *argumentum* semplicemente per indicare la legge che, come *aequitas scripta*, è posta a fondamento di un qualsiasi ragionamento”: F. MARTINO, *Argumenta ex legibus* “Die Kunst der Disputation. Probleme der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung im 13. und 14. Jahrhundert” (Schriften des Historischen Kollegs Kolloquien 38; Herausgegeben von Manlio Bellomo, München 1997, 147-156). A lo largo de esta magnífica contribución científica este autor analiza en una primera parte: “1. Tipologia delle allegazioni di legge”, en donde distingue tres niveles de utilización de las leyes del *Corpus Iuris Civilis* según el grado de abstracción del contexto originario y de su empleo en relación a formas de tipo lógico-jurídico o lógico puro, dejando para la segunda “2. *Argumenta, modi arguendi e differentiae maximarum*” la conceptualización de estos diferentes géneros.

<sup>18</sup> C. 6.36.7: “*Si idem codicilli quod testamenta possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quae vis ac potestas una sociasset? Igitur specialiter codicillis instituendi ac substituendi potestas iuris auctoritate data non est...*”.

<sup>19</sup> C. 5.16.10: “*Si maritus quondam uxoris tuae, cum sui iuris esset, in eam praedia vel cetera donationis titulo contulit et in ea voluntate usque ad mortem suam perseveravit, ex oratione divi Severi confirmata est donatio; ac si eas res pater defuncti iniuriose abstulit, per praesidem provinciae eas restituere cogetur. Nec enim, quasi maleficius eius sit maritus extinctus, crimen intendens sub praetextu accusationis quae donata sunt auferre debuit, cum causa libertatis a criminatione separata*” sit. C. 5.16.12: “*Si maritus tuus creditores sortitus post factam in te donationem fundum, quem ex donatione iuri tuo vindicas, isdem specialiter obligavit, eandem obligationem defensionis tuae firmitatem inrumpere intellegere debes, cum sit manifestum non solum ex huiusmodi obligatione, sed etiam ex donatione vel venditione vel alio quolibet modo rebus alienatis revocatam esse a viro in mulierem factam donationem*”.

<sup>20</sup> D. 3.6.9: “*De servo qui accusatur, si postuletur, quaestio habetur: quo absoluto in duplum pretium accusator domino damnatur: sed et citra pretii aestimationem quaeritur de calumnia eius. separatum est etenim calumniae crimen a damno quod in servo propter quaestionem domino datum est*”.

<sup>21</sup> Alberto GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De poenis reorum*, ed. Venetiis 1598, fol. 328ra n. 42, en F. MARTINO, *Le quaestiones* 220.

Pero a los efectos de imposición de la pena, el atardecer o crepúsculo no tiene significado ni relevancia; hay que asimilarlo a consecuencia de sanción penal a alguna de las dos categorías: día o noche. En este punto y siguiendo la técnica de discurso normal en el desarrollo de una *quaestio disputata*, se elaboran argumentos a favor de una u otra consideración. Se discute muchísimo en todos los textos. No se sabe en dónde colocar el crepúsculo: *cum obscurabatur* resulta difícil de determinar. En favor de una u otra consideración los textos recogen y repiten argumentaciones, porque lo único que resulta claro es la omisión del término en el contenido estatutario: “*in statuto nihil est dictum de sero, ergo intelligitur esse omissum*”, expresión recogida por Uberto da Bobbio, quien invoca *ab auctoritate* varios contenidos de los *Digesta*<sup>22</sup>, determinantes de singulares situaciones jurídicas que afectan por ejemplo a los hijos nacidos en supuestos no previstos en el testamento, o que disponen en relación a lo que no se declara expresamente en la obligación si sirve para agravar “debe tenerse por no puesto”.

Al tratarse de una *quaestio disputata* se desarrollan argumentos en favor de demostrar que *non sit de nocte factum* y también conducentes a demostrar que *de nocte inteligi debeat*.

Respecto de las argumentaciones que se traen a colación a propósito de buscar fundamentación jurídica adecuada en el sentido de entender el delito cometido *de sero* como si hubiera sido realizado de día, se ponen de manifiesto - ya desde el primero de los textos consultados - argumentaciones como éstas: que las penas deben de ser ablandadas a la hora de interpretar, *interpretatione legum pene sunt potius molliende...* - *D.48.19.42*<sup>23</sup>- lo que repite Martino Sillimani para el caso de la pena aplicada al injuriado y dado que nada se dice de forma expresa; o que debemos de estar más dispuestos a absolver que a condenar, *in totum debemus esse proutiores ad absolvendum quam ad condemnandum, ita et in partem* - *D.6.1.76*<sup>24</sup>, *D.22.1.25*<sup>25</sup>, *D.41.7.3*<sup>26</sup> -, lo que pone

<sup>22</sup> Por ejemplo el contenido en *D.24.3.22* a propósito de “*Solutio matrimonio dos quemadmodum petatur*”; en *D.28.2.10*: “*Commodissime is qui nondum natus est ita heres instituitur: ‘sive vivo me sive mortuo natus fuerit, heres esto’, aut etiam pure neutrius tempore habita mentione, si alteruter casus omissu fuerit, eo casu, qui omissus sit, natus rumpit testamentum, quia hic filius nec sub condicione quidem scriptas heres intellegitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento adprehensus*”; en *D.45.1.99*: “*Quicquid adstringendae est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intellegendum est: se fere secundum promissorem interpretatur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere...*” y en *D.28.2.25.1*: “*Lucius Titus cum suprema sua ordinaret in civitate et haberet neptem ex filia praegnatem rure agentem, scripsit id quod in utero haberet ex parte heredem: quaero, cum ipsa die qua Titus ordinaret testamentum in civitate hora diei sexta, eodem die albescente caelo rure sit enixa maevia masculum, ab institutio heredis valeat, cum quo tempore scriberetur testamentum, iam editus esset partus. Paulus respondit verba quidem testamenti ad eum pronrpotem directa videri, qui post testamentum factum est neptis testatoris antequam testamentum scriberetur enixa esset, licet ignorante testatore, tamen institutionem iure factam videri recte responderi*”.

<sup>23</sup> *D.48.19.42*: “*Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae*”.

<sup>24</sup> *D.6.1.76*: “*Quae de tota re vindicanda dicta sunt, eadem et de parte intelligenda sunt, officioque iudicis continetur prop modo partis ea quoque restitui iubere, quae simul cum ipsa parte restitui iubere. Incertae partis vindicatio datur, si iusta causa interveniat iusta autem causa esse potest, si forte legi-Falcidia locus sit in testamento, propter incertam detractorem ex legatis, quae vix apud iudicem examiniatur: iustam enim habet ignorantiam legatarius, cui homo legatus est, quotam partem vindicare debeat: itaque talis dubitur actio. Eadem et de ceteris rebus intellegemus*”.

<sup>25</sup> *D.22.1.25*: “*Qui scit fundum sibi cum alio communem esse, fructus, quos ex eo perceperit invito vel ignorante socio, non maiore ex parte suos facit quam ex qua dominus praedii est: nec refert, ipse an socius an uterque eos evenerit, quia omnis fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur: ...*”.

<sup>26</sup> *D.41.7.3*: “*An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. Et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat*”.

en relación el criterio aplicable a la totalidad de una cosa respecto a la de una parte: aquello que se debe de aplicar al todo con el mismo rigor debe de hacerse respecto de una parte en las diversas situaciones jurídicas contempladas en el *Digestum* al que repetidas veces se hace alusión. Por esta razón, *in dubiis humaniorem sententiam sequi debemus*, insiste el contenido de la *quaestio* anónima de la biblioteca riccardiana<sup>27</sup>, repite Alberto Gandino<sup>28</sup>, recoge Pietro dei Cerniti con la expresión “*semper in dubiis benigniora sunt preferenda...*” - *D.50.17.56*<sup>29</sup> -. Sobre este punto de reflexión, la argumentación de este último jurista se ve enriquecida con la remisión a muy variados textos que fundamentan su alegación: partiendo de que exista duda de que el tiempo del atardecer se pueda considerar igualmente como día que como noche, se debe de elegir una sententia más favorable “*humanior sententia eligenda est*” - expresión recogida en *C.7.71.8* a propósito del tema “*qui bonis cedere possunt*”<sup>30</sup>. De manera que en este sentido se debe de juzgar como si fuera día más que noche: “*ut sic puniatur tamquam de die factum*”; de la misma manera que si una acusación puede hacerse en base a la estimación de violencia privada o pública, deberá darse preferencia a la más leve<sup>31</sup>.

Dejando de momento aparte consideraciones que podríamos determinar como de carácter jurídico, en la búsqueda de argumentos que justifiquen la equiparación del atardecer con el día, se enlaza con las leyes de la naturaleza - a las que se da apoyatura jurídica - y Pietro dei Cerniti pone de relieve consideraciones en el sentido de que: el tiempo del crepúsculo se acerca más al día que a la noche: “*... quod tempus serotinum magis se inclinet ad diem quam ad noctem...*”, invocando por similitud contenidos del *Digestum* en los que se pone de manifiesto que en el hermafrodita se hará prevalecer el sexo que predomine en él, lo cual, por ejemplo, se hará valer a efectos testamentarios<sup>32</sup>; y lo que es más debe de tener más valor, o que el atardecer es la última hora del día: “*sed ponatur sero pro tarda et ultima hora diei et lucis*”. En búsqueda de otros argumentos recurre al criterio mantenido por el *vulgus* (*ad vulgi opinionem*) y apoyándose en varios textos del *Digestum* en que el criterio de la generalidad prevalece a la hora de definir diversas situaciones (como qué pertenencias deben de considerarse como propias de un carnicero; qué diferencias observan los vecinos de un lugar entre río y arroyo<sup>33</sup>); y finalmente concluye: “*est opinio vulgi quod aliud sit sero quam nox*”.

<sup>27</sup> Firenze, Bibl. Ricc., 744, fol. 11vb-12ra (n. 58), en F. MARTINO, *Le quaestiones* 219.

<sup>28</sup> Alberto GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De poenis reorum*, ed. Venetiis 1598, fol. 328ra n. 42, en F. MARTINO, *Le quaestiones* 220.

<sup>29</sup> *D.50.17.56*: “*Semper in dubiis benigniora preferenda sunt*”.

<sup>30</sup> *C.7.71.8*: “*Cum solito more a nostra maiestate petitur, ut ad miserabilis cessionis bonorum homines veniant auxilium et electio detur creditoribus vel quinquennale spatium eis indulgere vel bonorum accipere cessionem, salva eorum videlicet existimatione et omni corporali cruciatu semoto: quotidie dubitabatur, si quidam ex creditoribus voluerint quinquennales dare indutias, alii autem iam nunc cessionem accipere velint, qui audiendi sunt. I. In tali itaque dubitatione minime putamus esse ambiguum, quod sentimus et quod humaniorem sententiam pro duriore elegimus. et sancimus, ut vel ex cumulo debiti vel ex numero creditorum causa iudicetur...*”.

<sup>31</sup> En base a la disposición *D. 48.19.32*: “*Si praeses vel iudex ita interlocutussit 'vim fecisti', si quidem ex interdicto, non erit notatus nec poena legis Iuliae sequetur: si vero ex crimine, aliud est. Quid si non distinxerit praeses, utrum Iulia publicorum an Iulia privatorum? tunc ex crimine erit aestimandum. sed si utriusque legis crimina obiecta sunt, mitior lex, 'id est privatorum' erit sequenda*”, en Vaticano, Chigi E. VIII.245, fol. 20va.

<sup>32</sup> Por similitud aplicable Pietro dei Cerniti invoca *D.1.5.10*: “*Quaeritur: hermaphroditum cui comparamus? et magis puto eius sexus aestimandum, qui in eo prevalet*” y *D. 22.5.15.1*: “*Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit*”.

<sup>33</sup> *D.33.7.18.2*: “*... Asinam molendariam et molam negat Neratius instrumento fundi contineri*” (refiriéndose a lo que se entiende en concepto de pertenencias de un carnicero); *D.43.12.1.1*: “*... Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium...*” (a propósito de la distinción entre río y arroyo).

No debemos de perder de vista que estamos en el planteamiento de *quaestiones disputatae*. Por lo tanto, los textos recogen también variados argumentos en favor de la tesis contraria; es decir, por qué debe de merecer la sanción penal correspondiente al delito originado de noche el que hubiera sido realizado al atardecer. Se buscan apoyos que justifiquen que el crepúsculo es ya la noche. Según Uberto da Bobbio, partiendo de la consideración de que el Señor separó la luz de las tinieblas llamando noche a las tinieblas y luz al día, denominó día *usque ad vespertas*<sup>34</sup>; de otra forma, es día cuando el sol está sobre la tierra y en sentido contrario “*si non est super terra non est dies, set nox*” (por lo que debe de ser juzgado - “*De officio eius, cui mandata est iurisdictio*”<sup>35</sup> - como si el delito hubiera sido perpetuado por la noche<sup>36</sup>). Pone de manifiesto la conceptualización y extensión del *dies artificialis* que comienza a media noche y concluye a la media noche siguiente, de tal manera que lo efectuado en estas veinticuatro horas es lo mismo que si hubiera sido hecho en cualquier hora del día<sup>37</sup>.

En esta reflexión insisten otros textos como los invocados en el anónimo del manuscrito riccardiano “*quia dies appellatur usque ad vespertas, ut ibi qui mane iunctum vesperi diem vocari precipit*”<sup>38</sup> (en el que también se pone de relieve “*que sit longa consuetudo*”<sup>39</sup>), o los aportados por Alberto Gandino. Este último jurista desarrolla de forma muy analítica este punto<sup>40</sup>, partiendo de la consideración de que el atardecer es *principium noctis*, es la noche misma y concluyendo que no hay nada intermedio “*inter diem et noctem*”.

El punto central de la discusión era, como hemos visto, el crepúsculo. Seguimos sin hacer alusión a algún tipo de argumentación ‘objetiva’, porque carece también de

<sup>34</sup> Roma, Archivio di Stato, SS. mo. Salvatore ad Sancta Sanctorum, ms. 1004, fol. 29ra-b: “*Econtra videtur quod de nocte debeat iudicari. Nam dominus divisit lucem a tenebris appellando noctem tenebras, lucem diem. Nam dies appellat[io] usque ad vespertas, ut in Ecclesiastico “quod mane victum vesperi diem vocari precipis”.*

<sup>35</sup> D.1.21.1.

<sup>36</sup> Invocando en este punto el texto anteriormente referenciado del *Digestum*: “*De officio eius, cui mandata est iurisdictio*” que en el primer punto de la primera de sus disposiciones indica al principio *circa med.*: “*Quaecumque specialiter lege vel senatus consulto, vel constitutionem principum tribuuntur, mandata iurisdictione non transferuntur: quae vero iure magistratus competunt, mandari possunt. et ideo videntur errare magistratus, qui, cum publici iudicii habeant executionem lege vel senatus consulto delegatam, veluti legis Iuliae de adulteriis et si quae sunt aliae similes, iurisdictionem suam mandant. huius fortissimum argumentum, quod lege Iulia de vi nominatim cavetur, ut is, cui optigerit exercitio, possit eam si proficiscatur mandare: non aliter itaque mandare poterit, quam si abesse coeperit, cum alias iurisdictione etiam a presente mandetur. Et si alia familia dominus occisus esse dicitur, cognitionem praetor, quam ex senatus consulto habet, mandare non poterit...*”.

<sup>37</sup> D.2.12.8: “*More Romano, dies a media nocte incipit et sequentis noctis media parte finitur. Itaque quidquid in his viginti quattuor horis, id est duabus dimidiatis noctibus et luce media, actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset*”.

<sup>38</sup> Firenze, Bibl. Ricc., 744, fol. 11vb-12ra (n. 58): “*... Econtra videtur quod de nocte debet iudicari, nam dominus divisit lucem a tenebris appellando noctem tenebras et diem lucem, quia dies appellatur usque ad vespertas, ut ibi qui mane iunctum vesperi diem vocari precipit...*”, en F. MARTINO, *Le quaestiones* 219.

<sup>39</sup> C. 8.52(53).1: “*Imp. Alexander A. Apro. Evocato. Praeses provinciae probatis his, quae in oppido frequenter in eodem genere controversitarum sevata sunt, causa cognita statuet. Nam et consuetudo praecedens et ratio quae consuetudinem suasit custodienda est, et ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit praeses provinciae...*”.

<sup>40</sup> Insiste en su *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De poenis reorum*, Venetiis 1598, fol. 328ra n. 42, en F. MARTINO, *Le quaestiones* 220, en argumentos anteriormente utilizados como el de que “*... dominus divisit diem a tenebris apponendo diem luci et tenebras nocti. Item factum mane et vespere dies unus. Item alias dicitur, quando sol est super terram dies est, a contrario ergo sensu si sol non est super terram non est dies...*” y también el de que “*Item attendenda est causa statuti, ut alias C. que sit longa consuetudo...*”, invocando en este punto concreto de nuevo C.8.52(53).1.

objetividad la suposición fundamentada en que si los testigos dicen que ha oscurecido, se entiende que es de noche, lo que destaca Bobbio invocando que “*inter equipollentia et similia nulla est differentia*”<sup>41</sup>, a la vez que insiste al poner de relieve “que no importa que la cosa se designe por su propio nombre o se indique con el dedo o se determine por cualesquiera palabras con tal de que sean equivalentes para decir lo mismo”<sup>42</sup>. Por su parte Gandino al insistir en el mismo punto relacionado con la afirmación de los testigos concluye: “*cum ergo dicant testes quod sero erat et obscurum, debemus iudicare quod fuerit de nocte*”<sup>43</sup>.

La solución parece encontrarla Iacopo Bottrigari al determinar: “*intelligatur de nocte a primo sono campane*”<sup>44</sup>, considerando que debe de establecerse el doble de la pena para el que delinque dentro de este espacio temporal, a la vez que asimila la pena al de aquél que se comporta delictivamente si se trata de un *delinquens famosus*. No es el momento de tratar ahora de la importancia que tuvo la campana en los ambientes rurales: no hay comunidad sin campana. Prescindiendo de su significado religioso y haciendo alusión sólo al sentido jurídico, tampoco vamos a centrarnos en su capacidad de convocatoria de asambleas y congregaciones ciudadanas ni anuncio de llegadas importantes, sino en el aspecto que nos ocupa: el sonido de la campana divide el día de la noche, de manera que debe de considerarse día hasta el primer sonido de la campana y noche desde el primer sonido de ésta. Estando esto claro, el problema surge cuando no se oye la campana<sup>45</sup>.

En el margen del folio referido en un índice del tema de la *quaestio* de Pietro dei Cerniti se puede leer - con mucha dificultad - una anotación anónima muy importante, que plantea haciendo alusión de pasada al valor y significado de la campana: “*et quid*

<sup>41</sup> Se basa para esta afirmación en D.42.1.59: “*Ulpianus libro quarto de omnibus tribunalibus In summa sufficet, si expresserit iudex summam in sententia solvique iusserit, vel praestarii vel quo alio verbo hoc significaverit. 1. Amplius est rescriptum, etsi in sententia non sit summa adiecta, si tamen is qui petit summam expresserit et iudex sit: 'solve, quod petitum est' vel 'quantum petitum est', valere sententiam. 2. Qui sortis quidem condemnationem faciunt, de usuris autem ita pronuntiant 'usurae si quae competunt' vel 'quae competunt, ut praestentur', non recte pronuntiant: debent enim de usuris quoque cognoscere et certam facere condemnationem. 3. Si quis ex edicto peremptorio post mortem sit condemnatus, non valet sententia, quia morte rei peremptorium solvitur. Ideoque, ut in re integra, de causa notio praestabitur et quod patuerit statuetur*”.

<sup>42</sup> D.12.1.6: “*Certum est, cuius species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo aut ea demonstratione quae nominis vice fungitur qualis quantaque sit ostenditur. Nam et Pedius libro primo de stipulationibus nihil referre ait, proprio nomine res appelletur an digito ostendatur an vocabulis quibusdam demonstratur: quatenus mutua vice fungantur, quae tantundem praestent*”.

<sup>43</sup> A. GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De poenis reorum*, fol. 328ra n.42, en F. MARTINO *Le quaestiones* 220.

<sup>44</sup> Iacopo Bottrigari, Chigi, fol. 70ra-vb: “*Incipit: Statuto cavetur quod si quis aliquem vulneraverit (text.: vulneravit) cum armis condempnetur in centum, salvo quod si famoso erit delinquente condempnetur in ducentis, et intelligatur de nocte a primo sono campane. Item alio statuto cavetur quod dominus rector non possit inquirere nisi in maleficio de quibus sit pena ducentorum librarum [fol 70rb] ab inde supra. Contingit quod quidam vulneravit [text.: vulneratur] Titium cum armis in comitatu ad quem sonum campane non protenditur nec auditur infra horas tamen solitas quem sonum campane non protenditur nec auditur infra horas tamen solitas dictarum compulsationibus. Queritur an sit maleficio quo ad penam dicti statuti de nocte factum, et si hoc est an pena ducentarum librarum non sit tota pro maleficio set partim ratione maleficio, partim ratione temporis, propter que omnia queritur an dominus rector de tali maleficio possit inquirere. Et in hac questione procedemus hoc ordine. Primo enim probabo quod non sit de nocte factum. Secundo quod esto quod de nocte intelligi debeat, tamen non sint omnes ducente libre pena maleficio, set centum de maleficio et eius ratione, centum ratione temporis, et ex hiis cesset inquirendi potestas*”.

<sup>45</sup> Esta situación es objeto de un estudio específico mío sobre la cuestión. En la actualidad está en prensa, ya que he entendido que merecía un tratamiento monográfico.



*si campana ibi non auditur, quid iuris*<sup>46</sup>. Iacopo Bottrigari es quien partiendo de un supuesto concreto plantea y desarrolla la *quaestio* de forma extensa. Evidencia la cuestión acerca de si el *dominus rector* puede proceder considerando el delito como efectuado de noche aun cuando el sonido de las campanas no se hubiera oído en el campo, partiendo de que el hecho delictivo fue realizado *infra horas tamen solitas dictarum campanarum compulsationibus*; es decir, después de la hora en que acostumbran a sonar las campanas y pese a no haber sido oídas. ¿Se puede en este caso imponer la pena *ratione temporis*?

3. *Original planteamiento jurídico de Martino Sillimani en torno a la naturaleza civil o criminal del crimen de iniuria.*

De la serie de textos que he utilizado, los correspondientes a Martino Sillimani - uno, en versión extensa custodiado en el Vaticano, Archivo San Pietro, y otro en versión reducida contenida en el manuscrito Chigi -, resultan a mi modo de ver los más interesantes y plantean una argumentación diferente. La *quaestio* no se centra en la comisión de un acto delictivo al atardecer, en el crepúsculo, sino que gira en torno a la pena que debe imponerse partiendo de la comisión del delito de injuria por la noche. Se parte de que la penalidad económica impuesta en la comisión de este tipo de comportamientos delictivos se divide, correspondiendo parte de la sanción pecuniaria como destinatario a la comunidad y siendo receptor de una cantidad similar el ofendido: "*quod condempnetur in tantum privato iniuriato et in tantum communi*"<sup>47</sup>. Hasta aquí resulta claro. La situación se complica en el caso de que la injuria sea cometida de noche, puesto que la pena a imponer en este caso debería de elevarse al doble<sup>48</sup>: "*si quis deliquerit de nocte dupla pena puniatur qua puniretur si alias deliquisset*". Se debate si conviene duplicar o no la pena que se debe de adjudicar al injuriado, o solamente la que se destina a la comunidad: "*Queritur an pena applicanda iniuriato debeat duplicari an non, set sola illa*"<sup>49</sup>.

Toda la argumentación se centra en torno a la consideración criminal o civil del delito de injuria: *quia statuta que loquuntur de pena duplanda locuntur ubi criminaliter agitur.*

<sup>46</sup> Vaticano, Chigi E. VIII. 245, fol. 1ra. Sobre el margen del tema de la *quaestio* de Pietro dei Cerniti se lee una importante anotación anónima que precisa cuál es el significado de la campana: "*Nota quando dicitur de die et quando de nocte. (Después, de otra mano:) et qualiter puniri debet, an de die vel de nocte. Et quid si campana ibi non auditur, quid iuris. Et determinatum fuit per doctores quod non puniatur per libertis...*". La disposición que en este caso se invoca es la contenida en *D. 5.1.52* que refiere diversas situaciones en que puede encontrarse la relación fideicomisaria y cuál es la solución jurídica que debe darse como interpretación: "*Sed et si suscepit actionem fideicommissi et aliis defensionibus usus hanc omisit, postea, quamvis ante sententiam, reverti ad hanc defensionem non potest. 1 Si libertis suis tesseras frumentarias emi voluerit, quamvis maior pars hereditatis in provincia sit, tamen Romae debere fideicommissum solvi dicendum est, cum apparet id testatorem sensisse ex genere comparationis. 2. Sed et si proponas quibusdam clarissimis viris argenti vel auri pondo relicta et sit sufficiens ad huiusmodi fideicommissa Romae patrimonii in provincia sit, dicit oportet Romae esse praestandum: nec enim verisimile est testatorem, qui honorem habitum voluit his quibus reliquit tam modica fideicommissa, in provincia praestari voluisse. 3 Si ea res quae per fideicommissum relicta est eo loci sit, dicendum est non debere praescribi ei qui petit, quasi maior pars hereditatis alibi sit...*".

<sup>47</sup> Vaticano, Arch. S. Pietro A29, fol. 194va-b. "*Questio domini Martini Sill(imani), que talis est. Verba statuti sunt hec. 'Si quis vindictam in alium fecerit quam in offendentem condempnetur communi in mille et insuper tollam ei mille que applicabo illi in cuius persona facta fuerit vindicta'*". Una frase de similar contenido aparece inserta en la *quaestio* abreviada - Vaticano, Chigi E. VIII.245, fol. 247va - de este mismo jurista: "*Questio disputata per dominum M(artinum) Sali(manum) legum doctorem. Statuto cavetur 'Si quis fecerat quod condempnetur in tantum privato iniurato et in tantum communi'*".

<sup>48</sup> Vaticano, Arch. S. Pietro A29, fol. 194va-b: "*Alio statuto dicitur quod si quis deliquerit de nocte dupla pena puniatur qua puniretur si alias deliquisset...*", recogiendo también en la versión abreviada en Vaticano, Vaticano, Chigi E. VIII. 245, fol. 247va: "*Alio statuto quod pene delinquentium in nocte duplicetur...*".

<sup>49</sup> Vaticano, Arch. S. Pietro A29, fol. 194va-b. Expresión de contenido similar en Vaticano, Chigi E.VIII.245, fol. 247va: "*Queritur utrum pena inferenda privato duplicetur...*".

Martino Sillimani plantea argumentos “*quod pena applicanda iniuriato non dupletur*”, tomando como punto de salida una primera argumentación, basada en que en el contenido del estatuto no se dice nada de forma expresa en el sentido de que haya que duplicar la pena y en los casos dudosos *pene sunt molliende*<sup>50</sup>. Así pone de relieve que no es lícito aumentar la condena, como cuando el juez tasa no es lícito reclamar más<sup>51</sup>, aportando como soporte jurídico un texto del *Codex*<sup>52</sup> - indicando que los jueces deben de llevar a cabo la estimación de la cantidad que se debe imponer en concepto de juicio y de honorarios a satisfacer a los abogados - y otro incluido en las *Novellae*<sup>53</sup> - en que se indica cómo los jueces deben de estar atentos a que las penas de los juicios se impongan rectamente y con arreglo a lo determinado en las leyes -, referidos ambos a los juicios.

Pone de relieve lo que, a mi modo de ver, constituye el centro del que debe de arrancar la discusión: la naturaleza civil o criminal del acto delictivo. Los estatutos que indican que hay que duplicar la pena se están refiriendo a una conducta criminal; sin embargo, la pena que se aplica al particular que padece una injuria o se solicita medianamente una acción de injurias o porque está establecido en la ley “*ex lege civiliter agendo, non criminaliter accusando*”<sup>54</sup>. En el contenido de la sanción impuesta ya se tiene en cuenta el daño y el interés - por lo que no se trata de una pena simple (“*et sic non est mera pena*”) -, luego no debería de tener lugar la duplicidad; no se trata totalmente de una pena simple, sino que incluye en ella el daño del que padece las injurias (que queda ya determinado en la sanción en virtud de su consideración como *maior contumelia* según una disposición contenida en el *Codex*<sup>55</sup>), de tal manera que si el estatuto que esta-

<sup>50</sup> La expresión que recoge Sillimani en la versión extensa de su *quaestio* aparece -como hemos visto- en los distintos juristas consultados y en el sentido de la no consideración del atardecer como noche al efecto de la no duplicidad de la pena. Aporta a este caso el texto comunmente invocado recogido en *D.48.19.42*: “*Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae*”.

<sup>51</sup> Vaticano, Arch. S. Pietro A.29, fol. 194va-b: “... *Et quod pena inferenda in bursa iniurianti subrogatur in locum actionis iniuriarum per quam dampnatur iniuriam inferens extra ordinem, que pena taxata est a statuto in mille, ergo non licet ultra condemnare, sicut ubi iudex taxat non licet iurari ultra...*”, que se recoge en versión similar en Vaticano, Chigi E. VIII.245, fol. 247va: “... *quedam taxatio facta a lege, set sicut post taxationem hominis non est licitum ultra iurare, sic nec taxatione facta a lege ultra condemnare...*”.

<sup>52</sup> C.3.1.15: “*Sancimus omnes iudices sive in hac florentissima civitate sive in provinciis, si quando absens persona citata postea apparuerit, non aliter ei iudicalem aditum revelare, sed omnem claudere ei iudiciorum copiam, nisi prius omnia damna restituat ex huiusmodi vitio adversariis eius inflicta sive circa ingressus litis sive circa honoraria advocatorum vel alias causas, quae in iudicio vertuntur: aestimatione iudicis quantitate eorum definienda, postquam iuratum ab eo fuerit qui fecit expensas: executoribus negotiorum modis omnibus dispositiones eorum adimplentibus: scituris iudicibus nostris et executoribus, quod, si hoc praetermiserint, ex sua substantia huiusmodi detrimentum laesis resarcire compellantur. Quod et in pedaneis iudicibus observari censemus, licet non citati, sed requisiti litigatores mala conscientia afuerint*”.

<sup>53</sup> Nov.82.10 = Coll.6.10.10: “*Oportet autem et expensarum rationem iudices omnino examinare, et quia hoc bene Zenonis pia memoriae decrevit sententia et nos non dedignati sumus partem etiam hoc nostrarum facere dispositionum, maneat ergo etiam nunc in eodem schemate custoditum, illo solo adiecto, si iusiurandum intulerit de expensis iudex victori, scilicet cum quantitate quae visa ei fuerit recte se habere, quam taxationem vocant leges, deinde ille iuraverit, non habere licentiam iudicem minus quam iuratum est condemnare, neque videri clementiorem [a] lege quae haec disponet. Si tamen perspexerit neutrum sumpsum subdere rationi et propter negotii forte varietatem. Hoc ipsum decernat sua sententia. Omnibus aliis super appellationibus, sicuti praediximus, et excusationibus, et ut non prompte et cum necessitate fiant litis contestationes, sed habeant viginti dierum indutias, et quicquid aliud iudicale decrevimus, in propria virtute manentibus*”.

<sup>54</sup> Vaticano, Arch. S. Pietro A.29, fol. 194va-b: “... *Et quia statuta que loquuntur de pena duplenda locuntur ubi criminaliter agitur. At pena predicta applicanda iniuriam passo aut petitur per actionem iniuriarum aut per condic(t)ionem ex lege civiliter agendo, non criminaliter accusando...*”. Vaticano, Chigi E.VIII.245, fol. 247va: “... *statutum de pena duplenda videtur habere locum ubi criminaliter agitur, set pena danda privato aut petitur per actionem iniuriarum aut per condic(t)ionem ex statuto et sic semper civiliter...*”.

<sup>55</sup> La remisión efectuada lo es - en las dos *quaestiones* de Sillimani - a la disposición del C.9.35.8: “*Dominum pro atroci iniuria, quam servus eius passus est, edicti perpetui actione proposita, qua daamni etiam haberi rationem verbis evidentiter exprimitur, agere posse convenit*”.

blece la duplicidad de la pena *prorogaretur ad istam penam sequeretur iniquum*. En consecuencia, si se estableciera la duplicidad sería una interpretación *vitiosa et non benigna* y las leyes - para respetar su voluntad - han de ser benignamente interpretadas (D.1.3.18<sup>56</sup>), hasta el punto de que tratándose de un término ambiguo de la ley se ha de admitir como interpretación aquella que carece de defecto, sobre todo cuando pueda con ello colegirse también la voluntad de la ley (D.1.3.19<sup>57</sup>).

Por otra parte, advierte el jurista, la pena que tiene como destinatario el Fisco *est pena publice utilitatis* y está establecida para que los delitos no queden sin castigo, mientras que la pena que va a parar a la bolsa del injuriado lo es en concepto de *privata satisfactio*, “*et sic est maior ratio duplicationis \*in pena fisco inferenda\** (de otra mano)”<sup>58</sup> a la vez que concluye - basándose en disposiciones contenidas en las *Novellae*<sup>59</sup> -: “*quia ea communiter prosunt omnibus preferentur*”.

La argumentación presentada desde el punto de vista opuesto, se basa de forma fundamental en que la pena debe de ser duplicada: “*Econtra videtur, quia pena inferenda iniuriato dupletur*”<sup>60</sup>. En primer lugar, porque desde el momento en que la ley al referirse a lo que, en concepto de pena, debe de satisfacerse al particular - en este caso, al injuriado -, diferencia entre la pena simple y el interés. De tal manera, el interés pagado una vez no se solicita más, en cambio la pena pagada una vez se multiplica contra los otros *conreos eiusdem criminis*. En este caso el jurista remite a varios textos del *Digestum* - incluídos ambos en el *Liber secundus*, “*De iurisdictione*” -, determinándose en uno de ellos que no es suficiente el pago por uno de ellos de la pena<sup>61</sup>, así como que si varios hubieran obrado con dolo, responderán todos<sup>62</sup>. Así pues, si en nuestro caso la pena adjudicada al injuriado es una pena simple, se puede pedir la duplicidad, partiendo de que lo que se da a un particular se denomina pena simple y así se duplicará: “*quod datur privato dicitur mer pena et sic (sigue ‘per’ cancelado) duplabitur*”<sup>63</sup>.

A continuación Martino Sillimani pone de relieve - a favor de la duplicación de la pena - una argumentación jurídica que estimo de singular relevancia e interés: la pena se solicita a partir de lo establecido en el estatuto mediante un proceso civil y éste civil, al tratarse de una agresión, tiene la naturaleza de una acusación criminal; de tal forma que no debe de considerarse como parte de los bienes del que la recibe, ni pasa a los herederos, y de forma tal que sea sustraída por un proceso criminal: “... *et quo ad hoc*

<sup>56</sup> D.1.3.18: “*Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur*”.

<sup>57</sup> D.1.3.19: “*In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit*”.

<sup>58</sup> De tal manera se expresa Martino Sillimani en el contenido de la *quaestio* recogida en Vaticano, Chigi E.VIII.245, fol.247va. Aparece más desarrollada en la recogida en Vaticano, Arch. S. Pietro A29, fol. 194va-b: “*Preterea pena que infertur in fiscum principaliter irrogatur ad communem utilitatem universorum et ne maleficia remaneant impunita, set pena que infertur in bursa iniuriati principaliter irrogetur ut satis fiat offenso, et ideo promptior est ratio in duplatione pene in fiscum inferende, quia ea que communiter prosunt omnibus preferentur...*”.

<sup>59</sup> Nov.7.3.1 (vel 7, vel 9, vel 11)=Coll.2.1.

<sup>60</sup> Vaticano, Arch. S. Pietro A.29, fol. 194vb.

<sup>61</sup> D.2.1.8: “*adeo quidem, ut non sufficiat unum eorum poenam luere*”.

<sup>62</sup> D.2.10.1.4: “*Si plures dolo fecerint, omnes tenentur: sed si unus praestiterit poenam, ceteri liberantur, cum nihil interesit*”.

<sup>63</sup> Vaticano, Chigi E. VIII.245, fol. 247va; también en Vaticano, Arch. S. Pietro A.29, fol. 194 vb: “*Ergo in casu nostro pena applicanda iniuriato mera sit pena, potest dici eam duplari*”.

*tollatur per actionem criminalem*<sup>64</sup> - según un texto del *Codex*<sup>65</sup>. Así pues, igual que una pena que debe ser impuesta por una acusación se duplica, así también ésta: "... *Sicut ergo pena per accusationem irroganda duplatur, sic et hec...*"<sup>66</sup>.

En la *solutio* propuesta por este jurista se determina que dado que el estatuto que habla de duplicar la pena no aclara si se refiere a una pena que se destina a la bolsa del que es injuriado, al ser dudoso, debemos de recurrir a lo señalado en *Codex* "*de legibus et constitutionibus*", ley "*cum de novo*"<sup>67</sup>, de forma que si por costumbre el estatuto se entiende de una manera determinada, se debe de mantener ese entendimiento - según la *lex minime*<sup>68</sup> -, o en otro caso tendremos que acudir al pueblo "*sive conditorem ut faciat interpretationem*"<sup>69</sup>. De todas maneras hace la precisión consistente en que esa interpretación deberá de ser efectuada conforme a la parte más favorable, según la *l. benignius* y la *l. in ambigua*, ambas recogidas en el *Digestum*<sup>70</sup>. Emite por fin su juicio o consideración final haciendo valoración de que - en base a las razones alegadas cuando trataba de buscar argumentos en que basar la no oportunidad de duplicidad en esta pena - no se duplique la pena, dado que ésta es la interpretación en definitiva más favorable<sup>71</sup>. Además, en la que puede considerarse como versión reducida de esta *quaestio*, se añade: "... *quod appellatione pene simpliciter prolata intelligatur illa que inferenda privato, videtur casus legis*"<sup>72</sup>: en este caso sería el contenido en *D.44.6.3, circa med.*<sup>73</sup>

#### 4. Nuevas alegaciones de invocaciones jurídicas justinianeas: Pietro de Cerniti.

Me resulta interesante fijarme de forma singular en este jurista porque resulta muy ilustrativo, dado que busca para sus argumentaciones múltiples apoyaturas jurídi-

<sup>64</sup> Vaticano, Arch. S. Pietro A.29, fol. 194vb: "*Ergo in casu nostro pena applicanda iniuriato mera sit pena, potest dici eam duplari. Item quia hec pena petitur condicione ex statuto civiliter agendo et hec civilis cum sit ad vindictam sapit naturam criminalis accusationis, ut non censeatur in bonis nostris quo ad hoc transeat ad heredes, quia non transit, et quo ad hoc ut tollatur per actionem criminalem...*". Vaticano, Chigi E.VIII.245, fol. 247va: "... *pena inferenda in privatum dicitur mera et sapit naturam [text.: materiam] criminalis, ad hoc ut non dicatur esse in bonis nostris et quo ad hoc ut tollatur per criminalem accusationem, ergo duplabitur sicut criminalis...*".

<sup>65</sup> C.9.31: "*Quando civilis actio criminali praeiudicet et an utraque ab eodem exerceri potest. 1. A plerique prudentium generaliter definitum est, quotiens die re familiari et civilis et criminalis competit actio, utraque licere experiri, sive prius criminalis sive civilis actio moveatur, nec si civiliter fuerit actum, criminalem posse consumi, et similiter e contrario...*".

<sup>66</sup> Vaticano, Arch. S. Pietro A.29, fol. 194vb. El contenido sustancial de esta expresión aparece también recogido en Vaticano, Chigi E. VIII.245, fol. 247va: "... *ergo duplabitur sicut criminalis...*".

<sup>67</sup> C.1.14: "*De Legibus et constitutionibus principum et edictis*", 11: "*Cum de novo iure, quod inveterato usu non adhuc stabilitum est, dubitatio emergat, necessaria est tam suggestio iudicantis quam sententiae principalis auctoritas*".

<sup>68</sup> La remisión en base a la cual se hace esta afirmación lo es a *D.1.3.23*: "*Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt*".

<sup>69</sup> Vaticano, Arch. S. Pietro A.29, fol. 194vb.

<sup>70</sup> *D.1.3*: "*De Legibus senatusque consulti et longa consuetudine*", 18 "*Celsus libro XXVIII digestorum Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur*" y 19 "*Idem libro XXXIII digestorum In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit*".

<sup>71</sup> Vaticano, Arch. S. Pietro A.29, fol. 194vb: "... *Et reputo partem benigniorem ut illa pena non duplicetur rationibus super allegatis, et sic in hanc partem inclino, ut illius pene no(n) fiat duplicatio*". Expresión de contenido similar se recoge en Vaticano, Chigi E. VIII.245, fol. 247va: "... *Alias si non possit dictus modus servari in dubio interpretabimus in benigniorem partem, et in hanc partem inclino ut illius pene [text.: pena] non fiat duplatio...*".

<sup>72</sup> Vaticano, Chigi E. VIII.245, fol. 247va.

<sup>73</sup> *D.44.6*: "*De Litigiosis*".3: "*Rem de qua controversia est prohibemur in sacrum dedicare: alioquin dupli poenam patimur, nec inmerito, ne liceat eo modo duriores adversarii condicionem facere. sed duplum utrum fisco an adversario praestandum sit, nihil exprimitur: fortassis autem magis adversario, ut id veluti solacium habeat pro eo, quod potentiore adversario traditus est*".

cas, basadas en numerosos textos de diversas fontes justinianas que, por esta razón, avalan y enriquecen las posturas dialécticas mantenidas por los otros juristas. Es decir, los planteamientos jurídicos básicos en general se mantienen - algunos de los cuales he señalado con anterioridad -, pero quizás el paso del tiempo o el intento de ratificarlos, nos pone ante esta *quaestio* inédita que atrae una cantidad importante de disposiciones que suponen un alarde verdaderamente interesante.

Para que pueda seguirse la manera de argumentar que podemos considerar propia en el planteamiento de la problemática cuestión que estoy intentando reflejar, solamente aludiré a los ‘nuevos elementos’ aportados por Pietro dei Cerniti, tratando de no incidir en aquellos que coinciden con los de otros juristas y a los que ya he hecho referencia.

En este sentido y en la consideración de que el atardecer debe de ser valorado como el día a la hora de imponer sanción penal al acto delictivo cometido en este período temporal, resulta novedosa la aportación que lleva a cabo basándose en que “*sine captione nichil investigandum est...*” y que basa en *D.50.17.200* - que determina que siempre que no se pueda averiguar algo sin algún perjuicio, debe elegirse lo que sea menos injusto<sup>74</sup> - y en *C.3.28.30*<sup>75</sup>, *cum similibus* - a propósito del tema de *inofficioso testamento* - que le lleva a concluir: “... *sed istud delinquentem puniri in maiori pena est maius in alium et puniri est minus in alium, ergo minor pena est eligenda et sic puniri debet tamquam de die factum*”<sup>76</sup>.

Resulta notable el número de nuevos ‘avales jurídicos’ en los que sustenta las diferentes argumentaciones que venían manteniéndose en la punición del acto delictivo perpetrado en las horas crepusculares como si hubiera sido realizado de noche. Con la intención de reafirmar con ‘nuevas’ disposiciones jurídicas los *argumenta legis divine* (basadas fundamentalmente en que el Señor separó la luz de las tinieblas, atribuyendo luz al día y tinieblas a la noche), que *sequi debemus et allegare possumus*<sup>77</sup>, utiliza fundamentalmente textos recogidos en las *Novellae*, en base a los que pone de relieve la similitud que aprecia en este sentido, por ejemplo en relación a la diferencia existente entre clérigos y obispos y entre los diversos títulos eclesiásticos<sup>78</sup>, para pasar después a recordar el pasaje del *Digestum* alegado en la práctica totalidad de las *quaestiones* que estamos analizando a propósito de los textos de *feriis. l. more romano*<sup>79</sup>.

Para concluir esta primera argumentación destaca la certeza de que cuando comienza a hacerse el atardecer comienzan a hacerse las tinieblas y también la noche “*cum tenebre nos dicamur*”: y así, cuando llega el atardecer se dice que ha llegado la noche e igualmente el principio de la noche, “pues lo que comienza a hacerse u ocul-

<sup>74</sup> *D.50.17. De diversis regulis iuris antiqui*, 200: “*Quotiens nihil sine captiones investigari potest, eligendum est quod minimum habeat iniquitatis*”.

<sup>75</sup> *C.3.28.30*: “*Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes magnum et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus et in certis casibus, in quibus de inofficiois defunctorum testamentis vel alio modo subvertendis moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere quam liberis eorum vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat...*”.

<sup>76</sup> Vaticano, Chigi E.VIII.245, fol. 20va.

<sup>77</sup> Vaticano, Chigi E.VIII.245, fol. 20va.

<sup>78</sup> *Nov.83 = Coll. VI.11*: “. *Nov.17 “De mandatis principum”12: “Oportet autem te et in hoc omnem ponere providentiam, dum aliquis dignus apparuerit poena, illum quidem punire. Res autem eius non contingere, sed sinere eas generi et legi et secundum illum ordinem. Non enim res sunt quae delinquant, sed qui res possident: at illi recipiant ordinem eos quidem qui digni sunt poena dimittunt, illorum autem auferunt res, alios pro illis punientes, quos lex forte ad illorum vocavit successionem”*. *Nov. 131 = Coll.IX.6: “De ecclesiasticis titulis”*.

<sup>79</sup> *D.2.12.8*

tarse se tiene por lo ya hecho u ocultado” (según *Digestum* sobre *auro et argento legatis*), poniendo a tal efecto de relieve cuál es “*potentissima pars cuiuslibet pars rei*”<sup>80</sup>, a la vez que manifiesta todo este discurso basado tomando como cimiento las disposiciones relativas al *origo iuris*<sup>81</sup>.

La segunda argumentación la fundamenta en la ley que dice: “*sublato die necesse est alterum poni, scilicet noctem*” y en el atardecer se hacen las tinieblas y dado que éstas son la noche, hay que concluir que una vez retirado el día sigue también la tiniebla y así necesariamente es de noche (se trata de un *locus loycalis* puro), de acuerdo con cualquier tipo de división bimembre, planteada de forma alternativa. De tal manera que al adoptar un sentido de la división se le priva del otro miembro *ut est in divisione illa 'omnis homo aut est liber aut servus'* - *Inst.1.3.1*<sup>82</sup> - : “*aut est dies aut nox*”<sup>83</sup>; en el mismo sentido se dice que todo hombre o está en su derecho o en el ajeno<sup>84</sup>.

Fundamenta su tercera argumentación con el *modus a contrario sensu*, de tal manera que cuando el sol está sobre la tierra es día y, por sentido contrario cuando no está sobre la tierra debe ser noche, aun cuando el día natural se divida entre día y noche. A modo de conclusión sobre este punto señala que una vez retirado el día sigue la noche: pues una vez que acaba la causa debe acabar el efecto - del mismo modo que se dispone en *C. De episcopis et clericis*<sup>85</sup> a propósito de (*omni viri reverentissimi episco-*

<sup>80</sup> *D.34.2* “*De auro argento mundo ornamentis unguentis veste vel vestimentis et statu legatis*”19.11: “*Infecti autem argenti appellatio rudem materiam continet, id est non factam. Quid ergo si coeptum sit argentum fabricari? Nondum perfectum utrum facti an infecti appellatione contineatur, dubitari potest: sed puto magis facti. Certe si iam erat factum, sed caelabatur, facti appellatione continebitur, quod vaclari coepit? Et puto contineri, si cui forte caelatum sit coepit? Et puto contineri, si cui forte caelatum sit argentum legatum*”. *D.34.2.19.5*: “*Simili modo quaeritur, si cui argentum legetur, an emblemata aureaque in eo sunt eum sequantur. Et Pomponius libro quinto ex Sabino distinguit multum interesse, certum pondus ei argenti facti legetur an vero argentum factum: si pondus, non contineri, si argentum factum, contineri, quoniam argento cedit, quod ad speciem argenti iunctum est, quemadmodum clavi aurei et purpurae pars sunt vestimentorum. Idem Pomponius libris epistularum, etsi non sunt clavi vestimentis consuti, tamen veste legata contineri.*”.

<sup>81</sup> *D.1.2* “*De origine iuris et omnium magistratuum et successione prudentium. 1* *Facturus legum vetustarum interpretationem necessario prius ab urbis initiis repetendum existimavi, non quia velim verbosos commentarios facere, sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret: et certe cuiusque rei potissima pars principium est. Deinde si in foro causas dicentibus nefas ut ita dixerim videtur esse nulla praefatione facta iudici rem exponere: quanto magis interpretationem promittentibus inconveniens erit omissis initiis atque origine non repetita atque illotis ut ita dixerim manibus protinus argenti interpretationis tractare? Namque nisi fallor istae praefationes et libentius nos ad lectionem propositae materiae producunt et cum ibi venerimus, evidentiores praestant intellectum*”.

<sup>82</sup> *Inst. 1.3* “*De iure personarum*”. 1”*Summa itaque divisio de iure personarum haec est quod omnes homines aut liberi sunt aut servi. Et libertas quidem est, ex qua etiam liberi vocantur, naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut iure prohibetur...*”.

<sup>83</sup> Alega al respecto la disposición de *verborum significationibus*. 1. *Hec verba, secundo responso* contenida en *D.50.16.124*: “*Haec verba 'ille aut ille' non solum disiunctiva, sed etiam subdisiunctivae orationis sunt. disiunctivum est, veluti cum dicimus 'aut dies aut nox est', quorum posito altero necesse est tolli alterum, item sublato altero poni alterum...*”.

<sup>84</sup> Lo fundamenta de esta forma: “... ubi dicitur - *D.1.6.1* - *quod omnis homo aut est sui iuris aut alieni: in quibus duabus divisionibus alternative positae dum privativa adeo ullum medio removeretur, seu alterius partis est privativa adeo ullum medium est reperire, ut no(tatur) in dicto titulo, de hiis qui sunt sui vel alieni iuris...*” (Vaticano, Chigi E. VIII.245, fol. 20va). El principal texto al que hace referencia se contiene en *D.1.6* “*De his qui sui vel alieni iuris sunt*” 1 in prin.: “*De iure personarum alia divisio sequitur, quod quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt...*”, apoyándose también y de nuevo en el contenido en *Inst.1.3* “*De iure personarum*” 1: “*Summa itaque divisio de iure personarum haec est quod omnes homines aut liberi sunt aut servi...*”.

<sup>85</sup> *C.1.3* “*De episcopis et clericis et orphanotrophis et brephotrophis et xendochis et asceteriis et monachis et privilegio eorum et castrensi peculio et de redimendis captivis et de nuptiis clericorum vetitis seu permissis*”. 51[52]: “*Generaliter sancimus omnes viros reverentissimos episcopos nec non presbyteros seu diaconos et subdiaconos et praecipue monachos, licet non sint clerici, immunitatem que iure omnes habere tutelae sive testamentariae sive legitimae sive dativae: et non solum tutelae esse eos expertes, sed etiam curse, non solum pupillorum et adulatorum, sed et furiosi et muti et sordi et aliarum personarum, quibus tutores vel curatores a veteribus legibus dantur...*”.

pi) y de la inmunidad de que en determinados aspectos gozan *ipso iure* y mientras permanezcan es ese estado -.

'Retinere per horas diurnas nocturnas', quia continuas, et cum non continuum dicitur quod sin intervallatione [text: interpellatione] continuatur es la esencia de su cuarta alegación que basa en varias disposiciones contenidas en el *Digestum* que, a propósito de diversos temas como el de los adulterios<sup>86</sup>, el de las servidumbres<sup>87</sup> o el de la usura<sup>88</sup> consideran que *continuatur horas nocturnas diurnis*.

"Quinta quia contrariorum debet esse eadem disciplina" según interpreta a la luz de distintas disposiciones del *Digestum*<sup>89</sup>, de los *Instituta*<sup>90</sup> y del *Codex*. Respecto de las contenidas en este último interpreta que "*dicit quod ad primum solis [text.:solum] ortum dicitur reverti dies et sic noctem finire, ergo ut contrariorum sit eadem disciplina sole recedente dicitur ad [text.:de] noctem redire nullo medio intercedente, ut sicut sol est destructio noctis sic et recessus solis sit nullo medio intercedente inductio noctis*"<sup>91</sup>. De tal manera - insiste - que la desaparición es la recuperación de todo, así en otro sentido cuando encontramos que la misma acción es privativa de una cosa e inductiva de la otra, esto es, es su contraria, *ut videmus ius alterum (?) est privativa obligationis et inductiva liberationis, ut Inst. Quibus modis tollitur obligatio*<sup>92</sup>. Esta misma interpretación se puede apreciar - según el citado jurista - en las situaciones de emancipación y de manumisión, que son privativas de la paz y del poder dividido *et inductiva eius contrariis sue potestatis*, según el contenido del *Codex* y del *Digestum* en toda la parte relativa a emancipaciones y manumisiones<sup>93</sup>.

<sup>86</sup> D.48.5 "Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis" 26[25] pr.: "Capite quinto legis Iuliae ita caveatur, ut viro adulterum in uxore sua deprehensum, quem aut nolit aut non liceat occidere, retinere horas diurnas nocturnasque continuas non plus quam viginti testandae eius rei causa sine fraude sua iure liceat ...".

<sup>87</sup> D.8.1 "De servitutibus" 4: "Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub conditione neque ad certam condicionem (verbi gratia 'quamdiu volam') constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreretur contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius retulit et sibi placere. 1 Modum adici servitutibus posse constat: veluti quo genere vehiculi agatur vel non agatur (veluti ut equo dumtaxat<sup>9</sup> vel ut certum pondus vehatur vel grex ille transducatur aut carbo portetur. 2 Intervalla dierum et horarum non ad temporis causam, sed ad modum pertinent iure constitutae servitutis".

<sup>88</sup> D.22.1 "De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora" 3: "In fideicommissi persequutione, cum post iudicis sententiam moram fecisset heres, iussit imperator Marcus Antoninus, intermisso legitimo tempore quod condemnantis praestatur ut usque ad sententiam commoda fideicommissarius accipiat. Quod decretum ita accipi oportet, si ante iudicis sententiam mora non intervenit: tametsi non facile evenire possit, ut mora non praecedente perveniatur ad iudicem...".

<sup>89</sup> D.50.17 "De diversis regulis iuris antiqui" 10: "Secundum naturam est commoda cuiusque rei sequi, quem sequentur incommoda".

<sup>90</sup> Inst.1.17 in fine: "De legitima patronorum tutela... ideo autem diximus plerumque, quia, si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cum aliis est tutor".

<sup>91</sup> Vaticano, Chigi E. VIII.245, fol. 20va y 20vb. La remisión dispositiva lo es auna disposición del *Codex*: C.9.4 "De custodia reorum" 1: "In quacumque causa reo exhibito, sive accusator existat sive eum publicae sollicitudinis cura produxerit, statim debet questio fieri, ut noxius pantiatur, innocens absolvatur. Quod si accusator aberit ad tempus aut sociorum praesentia necessaria videatur, id quidem debet quam celerrime procurari".

<sup>92</sup> Vaticano, Chigi E. VIII.245, fol. 20vb. Los textos en que fundamenta esta expresión están contenidos en C. 9.51.13 in fi., ibi 'usque et cet' y en Inst.3.29 pr.: "Quibus modis obligatio tollitur. Tollitur autem 'omnis' obligatio solutione eius quod 'debetur, vel' si quis consentiente creditore aliud pro 'alio solverit'. Nec tamen interest, quis solvat, utrum ipse qui debet an alius pro eo: liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii qui pro eo intervenerunt liberantur. Idem ex contrario contingit, si fideiussor solverit: non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus...".

<sup>93</sup> Las remisiones en este caso lo son (Vaticano, Chigi E. VIII.245, fol. 20vb) a: C.8.48[49]: "De emancipationibus liberorum" y a D.40.1: "De manumissionibus".

Puesto que según el contenido de la *l. more romano* - sexta argumentación que aporta - (D.2.12.8), la luz aparece como intermedia entre dos noches, es intermedio lo que se llama o aquello situado entre dos extremos sin mediar nada. Arrancando de esta consideración y en base a diversas disposiciones del Digesto - a propósito de "*communía utriusque predii*"<sup>94</sup> - que plantean diversas situaciones en relación a las servidumbres, detallando las diferentes consecuencias jurídicas que en distintos aspectos pueden plantear las situadas entre fundos extremos, deduce que al ser la luz intermedia entre dos medianeras, el atardecer no es un tiempo intermedio entre el día y la noche, sino que será o la última y final parte del día o de la luz, o será la primera hora de la noche, "*quasi cum secundo incipit fieri et nox fieri incipiat*"<sup>95</sup>.

Basa su séptima argumentación de que el atardecer debe de ser considerado como la noche: "*quia dicitur nox geminari cum duplicata est et in totum obscura facta lux*"<sup>96</sup>; se dice que la noche se repite cuando se duplica y la luz se vuelve totalmente oscura, como sucede al atardecer que no es del todo oscuro: *dicitur seu di(c)i debet de necessitate noc(t)em est vel incipe obscurum, dicitur seu di(c)i debet de necessitate noc(t)em est vel incipe noctem*. De otra forma no podría juzgarse que se repite lo que no es o empieza, de la misma manera que también los hijos se llaman gemelos cuando están duplicados, basándose - según los textos que aporta - en disposiciones del *Digestum* a los efectos de solicitud de una parte de la herencia, que también afecta a los trillizos según el mismo desarrollo<sup>97</sup>.

La última fundamentación en este mismo sentido la basa en un principio aristotélico contenido en el primer libro de la *Ethica*, en que mantiene que el crepúsculo es a la noche lo mismo que el amanecer al día, de tal manera que con el propio atardecer comienza el propio crepúsculo: "*et illud est primum noctis, ergo et ipsum sero et principium noctis*"<sup>98</sup>; pero a su vez busca un paralelismo jurídico y saca a relucir la disposición contenida en D.43.1.7, *de aqua cotidiana et estiva* y <sup>8</sup><sup>99</sup>, en la que a propósito se establece que por similitud se determina que es día cuando llega el día y de igual modo se dice que es noche cuando llega el crepúsculo de la noche.

Por fin, plantea su argumentación en este sentido: "*Econtra ad ambo superiora videtur dicendum quod omnino sic absolventur facienda, et hoc pluribus rationibus*"<sup>100</sup>. Parte de que al tener el atardecer un nombre distinto y separado del día y de la noche,

<sup>94</sup> D.8.4 "*Communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum*. 6.1 "*Si quis partem aedium tradet vel partem fundi, non potest servitatem imponere, quia per partes servitus imponi non potest, sed nec adquiri. Plane si divisit fundum regionibus et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitatem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus, quod et in aedibus potest dici, si dominus pariete medio aedificato unam domum in duas dividerit, ut plerique faciunt: nam et hic pro duabus domibus accipi debet*". También a propósito de servidumbres refiere el texto recogido en D.8.4.7.1 y D.8.6 "*Quemadmodum servitutes amittuntur* 15: *Iavolenus libro secundo epistularum. Si, cum servitus mihi per plures fundos deberetur, medium fundum adquisivi, manere servitatem puto, quia totiens servitus confunditur, quotiens uti ea is ad quem pertineat non potest: medio autem fundo adquisito potest consistere, ut per primum et ultimum iter debeatur*".

<sup>95</sup> Vaticano, Chigi E. VIII.245, fol. 20vb.

<sup>96</sup> Como en la disposición del *Codex de custodia et exhibitione reorum*. l.1., ibi '*et ubi nox geminaverit et cet.*'. C.9.4 "*De custodia reorum*" 1.3 *ultra pr.*: "... *Nec vero sedis intimae tenebras pati debet inclusus, sed usurpata luce vegetari et, ubi nox geminaverit custodiam, vestibulis carcerum et salubribus locis recipi ac revertente iterum die ad primum solis ortum ilico ad publicum lumen educi...*".

<sup>97</sup> D.5.4 "*Si pars hereditatis petatur*" 3 : ... *prudenter iuris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur, id est quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignaverint... ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim heres erit*".

<sup>98</sup> Vaticano, Chigi E. VIII.245, fol. 20vb.

<sup>99</sup> D.43.1.7 "*De locis et itineribus publicis*", 8 "*Ne quid in loco publico vel itinere fiat*".

<sup>100</sup> Vaticano, Chigi E. VIII.245, fol.20vb.



debe ser separado y distinguido de las partes que separa. Le parece que debe hacerse *absolutio omnino*. Se basa para ello en diversas disposiciones del *Codex* sobre donaciones entre marido y mujer<sup>101</sup> y la del *Digestum* “*de calumpniatoribus*”<sup>102</sup>; ésta ya invocada por otros de los juristas que a este propósito estamos comentando y referida al doble de pena que debe de ser impuesta al acusador de un esclavo que resulta inocente de adulterio. La consecuencia penal se establece de esta forma porque además del precio de éste, se le hace responsable de la vejación pues “*separatum est etenim calumniae crimen a damno quod in servo propter quaestionem domino datum est*”.

En la segunda argumentación sobre este punto se basa en textos ya comentados - *Codex, de iure emphiteutico*<sup>103</sup> - al que añade uno de los *Instituta* sobre *locatio y conductio*<sup>104</sup>, para concluir que el atardecer parece que tiene una forma y una naturaleza distinta del día y de la noche y que debe juzgarse en sí mismo como un tercero, que no se acerca ni al día ni a la noche<sup>105</sup>. En su objetivo busca por similitud la comparación con el *multum* a que da lugar la mezcla de vino y miel, que no es una cosa ni otra y asume una designación propia (recurrir como apoyatura jurídica a *Instituta, de rerum divisione* en el punto específico *de acquirendo rerum dominio*<sup>106</sup>, así como a la l. *adeo* en el párrafo *cum ex aliena* recogido en el *Digestum*<sup>107</sup>); así parece que el atardecer como si fuera hecho a partir del día y de la noche, debe asumir otro nombre y de esta manera “*cum videatur quoddam tertium videtur absolutio* [text.: *absolo*] *facienda in con[cordia] quibus allegationibus sic factis*”<sup>108</sup>.

<sup>101</sup> La disposición concreta a la que remite, lo es a C.5.16 “*De donationibus inter virum et uxorem et a parentibus in liberos factis et de ratihibitione* 10. *Si maritus quondam uxoris tuae, cum su iuris esset, in eam praedia vel cetera donationis titulo contulit et in ea voluntate usque ad mortem suam perseveravit, ex oratione divi Severi confirmata est donatio: ac si eas res pater defuncti iniuriose abstulit, per praesidem provinciae eas restituere cogetur. Nec enim, quasi maleficius eius sit maritus extinctus, crimen intendens sub praetexta accusationis quae donata sunt auferre debuit, cum causa liberalitatis a criminatione separata sit*”. 12 *Idem A. Secundinae. Si maritus tuus creditores sortitus post factam in te donationem fundum, quem ex donatione iuri tuo vindicas, isdem specialiter obligavit, eandem obligationem defensionis tuae firmitatem inrumpere intellegere debes, cum sit manifestum non solum ex huiusmodi obligatione, sed etiam ex donatione vel venditione vel alio quolibet modo rebus alienatis revocatam esse a viro in mulierem factam donationem*”.

<sup>102</sup> D.3.6 “*De calumpniatoribus* 9 *Papinianus libro secundo de adulteriis*”.

<sup>103</sup> C.4.66.1

<sup>104</sup> *Inst.*3.24 “*De locatione et conductione* 3 *Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur; an locatio et conductio, ut ecce de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu pensio sive redditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius, cuive conductor hereseve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit, auferre liceat...*”.

<sup>105</sup> Vaticano, Chigi E.245, fol. 20vb.: “*Secunda quia cum sero videatur separatum modum et separatam naturam habere a die et a nocte, iudicari debet quoddam per se tertium esse neque proprie se inclinat* [text.: *inclinat*] *ad diem neque proprie ad noctem...*”.

<sup>106</sup> *Inst.*2.1 “*De rerum divisione*” 25 “*De codicillis*”.

<sup>107</sup> D. 41.1 “*De acquirendo rerum dominio* 7.7 *Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esset qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit: veluti si ex auro vel argento vel aere vas aliquod fecero, vel ex tabulis tuis navem aut armarium aut subsellium fecero, vel ex lana tua vestimentum, vel ex vino et mele tuo mulsum, vel ex medicamentis tuis emplastrum aut collyrium, vel ex uvivis aut olivis aut spicis tuis vinum vel oleum vel frumentum. est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt, si non possit reverti, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit, ut ecce vas conflatum ad rudem massam auri vel argenti vel aeris reverti potest, vinum vero vel oleum vel frumentum ad uvivis et olivas et spicas reverti non potest: ac ne mulsum quidem ad mel et vinum vel emplastrum aut collyria ad medicamenta reverti possunt...*”.

<sup>108</sup> Vaticano, Chigi E. VIII, fol. 20vb.

A modo de *solutio* propone que un delito cometido al atardecer debe castigarse como si fuera hecho de noche, como si el atardecer fuera el principio de la noche y entre el día y la noche no fuera posible encontrar nada intermedio, “*et hoc dico ex omnibus que dixi in secunda parte all[egationum]*”, a no ser que quisiéramos entender el atardecer como la última y final hora de la luz y del día artificial, porque entonces se juzgaría y castigaría como si fuera hecho de día, “*ut dictum est in primis all[egationibus]*”. De todas maneras - insiste - en caso de duda “*accipiamus ... proprium noctis*”<sup>109</sup>.

Enriquece su *solutio*, saliendo al paso una por una de todas las alegaciones<sup>110</sup> que señaló y que podrían ser justificantes de la consideración del crepúsculo como el día, siendo tan explícito y superando de tal manera - en cuanto a detalle - a los otros juristas referenciados, que merece la pena, pienso, llegar a su último pensamiento: “*sero est principium noctis nec optinet aliquod medium inter diem et noctem*”, para lo que insiste en que el atardecer solamente se relaciona con la noche, siendo el principio de la misma, no tratándose de dos situaciones distintas, sobre lo cual - recalca - “*non est dubium*”.

---

<sup>109</sup> Vaticano, Chigi E. VIII, fol. 20vb.

<sup>110</sup> Vaticano, Chigi E. VIII, fol. 20vb: “... *Et primo ad primam, quod ipsa allegatio sit vera, set ponatur sero pro tarda et ultima hora diei et lucis. Ad Ad secundam sic respondere, scilicet quod ipsa sit vera si sero ponitur se haberet et habere posset ad diem et ad noctem, set cum habeat se solum ad noctem et sic principium noctis merito dicta secunda allegatio non procedit. Ad tertium iam est responsum per superius in secunda allegatio parte allegata, scilicet quia non est responsum per superius in secunda parte allegata, scilicet quia non est aliud sero et aliud nox, immo sero est ipsa nox seu principium noctis, ut supra dixi in secunda parte allegationum. Ad quartam si(c) respondere, quod dicta allegatio esset vera quando dubium esset, set ex hiis que dixi in secunda parte allegationum non est dubium, quia est nox seu principium noctis. Ad quintam et sextam eodem modo respondetur ut supra proxime dictum est. Ad septimam et ultimam allegationem sic respondetur, scilicet quod si non capcione investigari potest quid sic faciendum, scilicet est sic ex hi(i)s que dicta sunt in secunda parte allegationum, ipsum sero esse noctem seu principium noctis, merito investigari potest quando malleficium sit factum, scilicet quia de nocte factum videri ad [fol. 21ra] [ad, ripetuto] tertiam partem allegationum, in qua dicitur ‘omnino absolutio facienda facit’ videtur responsum per ea que dicuntur in parte allegationum: ex quibus colligitur quod sero est principium noctis nec optinet aliquod medium inter diem et noctem”.*