

Pervivencia del aforismo “Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”

Julio Javier Lococo¹

1. Universidad Católica Temuco, Chile.

La génesis del aforismo²

Sabemos que, en Roma, la *lex* no fue la fuente principal del derecho.³ Observa Bertone que la desconfianza de los romanos hacia la ley tiene su origen en la naturaleza de las cosas, el derecho penal y el derecho privado son apenas tratados por éstas.⁴

A la Ley aun cuando innova se le reconoce siempre el único objetivo de declarar pero no de constituir el derecho,⁵ de lo que se explica la existencia de leyes *minus quam perfectae*.

En Roma, la Ley de las XII Tablas no tienen tal pretensión de eternidad, sino que en su mismo texto prevé la forma de modificación.⁶ Aquí entonces se plantea el problema de la contradicción entre el contenido de dos leyes, brindándose como principio que la ley posterior deroga la anterior.⁷

Por otro lado, la *lex* tiene un carácter dialogal entre el magistrado que ruega y el pueblo que responde.

El papel de los juristas

La jurisprudencia es una actividad de los nobles, que también ejercían actividades militares y políticas. El jurisconsulto respondía consultas, brindaba consejos técnicos a ciudadanos, *iudex*, magistrados, etc.

Así como los Pontífices determinaban qué decían los *mores* ante determinadas situaciones, los juristas determinaban el derecho aplicable de entre los distintos extractos y multiplicidad de fuentes.⁸

El *ius* era expresión directa de la estructura y vida social pero la jurisprudencia cumplía una función de reconocimiento⁹.

Ahora bien, el centro del derecho republicano y clásico es una tradición jurídica controlada por expertos. Existe un cuerpo de opiniones y de reglas elaboradas por medio de técnicas racionales que conciernen a la esfera privada. Tales opiniones en ocasiones no son concordantes e incluso diversos juristas y/o escuelas sostienen posturas contradictorias¹⁰.

2. El aforismo es un sentencia breve y doctrinal que se propone como regla de alguna ciencia o arte, si esta ciencia o arte es el derecho, será 'jurídico' y si su origen es romano y canónico perteneciendo al derecho común medieval (*utrumque ius*) se lo llama 'brocárdico' Cfr. RODRIGUEZ DIEZ, *La aforística jurídica romano-canónica puente para un nuevo derecho común europeo*, Anuario Jurídico y Económico Escurialense XXXVII (2004) 231-261/ ISSN: pp 1133-3677.

3. Sostiene Schulz que "*romans are basically opposed to codification and maintain a strict reserve in regard ti statutes*" *Principles of Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1956, p 7.

4. Los contratos, la propiedad, la prenda, el matrimonio, la afiliación y la herencia quedan fuera de la consideración legal. Cfr. BERTONE M., *Storia del Diritto Romano*, Bari, Laterza, 2000, pp 182 s.

5. BRETONE M. *Storia del Diritto Romano*, Bari, Laterza, 2000, p 85.

6. Tabla 12, 5. De hecho una de sus disposiciones fue modificada por la Lex Canuleia 5 años más tarde.

7. LIVIO 9, 34, 7.

8. Cfr. CICERÓN, *De Oratore* 1,48,212

9. Cfr. GROSSO G., *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, Torino, Giappichelli, 1965, p 382.

10. El contenido del *ius* era en gran parte incierto. Esta incerteza era tolerada en el período republicano y clásico, en razón del florecimiento de la ciencia del derecho y de la confianza en las respuestas.

La jurisprudencia, más que proponerse la tarea de determinar una voluntad objetiva, encerrada en la ley, tiende a alcanzar un resultado útil y oportuno.¹¹

El uso de la dialéctica

La clave de la labor jurisprudencial era la *diairesis*, esto es la dialéctica consistente en la distinción entre género y especie.

Los juristas no forman las categorías por una exigencia puramente lógica, sino para encerrar en un *genus* determinadas figuras jurídicas homogéneas, sujetas a un régimen común que coexiste con el particular de cada una.¹² La distinción en géneros y especies, servía precisamente para ampliar o reducir según el caso el ámbito de aplicación de cada de los institutos.

Veamos unos ejemplos.

La irrupción del género 'culpa' en la extensión de la aplicación de la *Lex Aquilia*.

Una primigenia cuestión fue suscitada en torno al trato de animales preñados o mujeres grávidas. Así, Ulpiano recuerda una opinión de Brutus según la cual, «Si golpeada por ti una mujer con el puño o una yegua con otro objeto te obligas por la *Lex Aquilia* como por cosa rota.»¹³

Aquí observamos la extensión que hace el jurista del concepto de *rumpere* al golpe de puño.

Pomponio recuerda una opinión de Quinto Mucio según la cual «podía ejercerse la acción de la *Lex Aquilia* contra quien hallando una yegua preñada pastando en un campo ajeno, la hostigó produciendo un mal parto.»¹⁴

El comportamiento del dueño del campo no puede calificarse como injustificado ('*iniuria*') ya que al sacar al animal ajeno de su propiedad, ejercía un derecho legítimo¹⁵ sin embargo Quinto Mucio entiende que corresponde la acción ya que, según aclara Pomponio en el fragmento sucesivo, quien encuentra una *res* ajena dentro de su campo debe echarla afuera, tratándola como si fuera propia.¹⁶ De aplicar la norma sin efectuar distinciones, no se habría podido aplicar al caso. Para que el caso se encuentre comprendido fue necesario hacer distinciones en canto al modo en que se ejerció de la acción (en este caso la expulsión del animal del campo propio).

Claramente observamos en el fragmento la exigencia de un estándar de conducta –tratar al animal como si fuera propio– que delimita el campo de la conducta justificada '*iure*'.

11. BIONDI B., *Arte y Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Ariel, 1953, 55.

12. BIONDI B., *Arte y Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Ariel, 1953, 71.

13. «*Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Brutus ait Aquilia eneri quasi rupto*». (D 9,2,27,22).

14. «*Quintus Mucius scribit: equa cum in alieno pasceretur, in cogendo quod praegnas erat eiecit: quaerebatur, dominus eius possetne cum eo qui coegisset lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. Si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse*». (D 9,2,39).

15. La Ley de las XII tablas establecía como delictiva, la conducta de llevar a pastar ovejas a un campo ajeno (*pastu pecoris*)

16. «*Pomponius. Quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset, quoniam si quid ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones. Itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet quam ut supra diximus quasi suum: sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat*». (D 9,2,39, pr.)

Otro fragmento interesante del mismo jurista es recordado por Paulo quien dice:

“Si un podador al desprenderse la rama de un árbol, o el que trabaja sobre un andamio mató a un hombre que pasaba, es responsable si aquella cayera en sitio público, y él no dio voces para que pudiera evitarse su peligro. Pero también dijo Mucio, que si esto mismo hubiese sucedido en lugar privado, puede reclamarse por la culpa y que hay culpa porque habiéndose podido avisar por personal diligente, no se avisó o se avisó cuando no podía evitarse el peligro. Por cuya razón no hay mucha diferencia entre que se pasara por lugar público o privado, puesto que muchas veces se pasa por la generalidad por lugares privados. Mas si no hubiese camino alguno, debe responder tan solo del dolo, para que no eche nada sobre aquel que viere que pasaba; porque no se ha de exigir culpa, cuando no hubiese podido adivinar, si por aquel lugar habría de transitar alguno”.¹⁷

De este modo se va individualizando un género o categoría jurídica ‘culpa’ de modo de concluir con Gayo que «se entiende por *iniuria occidere* el caso se matara con dolo o con culpa. Ninguna otra ley ha reprendido el daño causado sin *iniuria*, por lo que el daño que se cometa sin culpa y sin dolo malo, por mero accidente, queda impune.»¹⁸

La conceptualización del *furtum*

La Ley de las XII Tablas establecía que «si se acusa de un hurto que no resulte flagrante, adjudíquesele una indemnización del doble del valor del objeto.»¹⁹

Luego, los juristas comienzan a analizar distintas hipótesis como la del que hubiere conducido más lejos la caballería que le dieron en comodato²⁰ o la del depositario que le da un uso distinto al querido por el depositante a la cosa depositada,²¹ efectuando sucesivas distinciones, de modo de arribar a la inclusión de la categoría ‘*furtum usus*’ en la definición del delito “hurto es el apoderamiento fraudulento o de la cosa misma, o también de su uso, o posesión, lo que por ley natural está prohibido.”²²

Consideración de los bienes dotales

Luego de la muerte de Caio Gracco, su mujer Licinia reclamó a los herederos de su ex marido la restitución de los bienes dotales, que se habían destruido en los enfren-

17. *Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transurus sit.* (D 9,2,31)

18. *Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque inpunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit* (GAYO, *Institutas*, III,211).

19. VIII. 16 “*Si adorat furto, quod nec manifestum erit, duplione damnum decedito*”

20. D 47, 2, 40

21. Gayo 3,196

22. I, 4, 1, 1

tamientos que acabaron con la muerte de su marido. P. Muscius Scaevola respondió que se deben los bienes dotales destruidos en las luchas que acabaron con la muerte de Gracco porque tales luchas fueron originadas por la culpa de éste. De aplicarse la norma en modo indiferenciada, Licinia no hubiese tenido derecho a la restitución de los bienes dotales destruidos. La distinción en cuanto a la causa de la muerte, en este caso por culpa del propio marido, fue lo que posibilitó la solución opuesta. De esto, Servio extrae el principio de que «respecto de las cosas que además de dinero contante, tiene el marido en dote, debe responder por dolo malo o culpa.»²³

La afirmación del principio legislativo

El papel de legislador del Príncipe se va a ir consolidando primero con ‘mandatos’, que son instrucciones que el Príncipe enviaba a los gobernadores como parte de sus funciones políticas específicas, es decir, de disposiciones no destinadas a quienes debían obedecerlas sino a quienes debían cuidar que fueran obedecidas,²⁴ para luego producir normas de alcance general (edictos) y normas que fijaba la interpretación del derecho, ya sea con alcance general (rescriptos) o en casos particulares (decretos). De modo que el Príncipe concentró la facultad de producir e interpretar el derecho. En este nuevo contexto político se va afirmando la idea de que el derecho es un sistema de normas generales y abstractas que preceden a la decisión de cada juez.

Así se explica el principio “*non exemplis sed legibus iudicandum est*” (C. 7.45.13).

El título 45 del *Codex* trata de las sentencias definitivas e interlocutorias de todos los jueces. El fundamento que se brinda al principio es que “si una cuestión no es bien dirimida no es convenientes que esto se extienda para error de otros jueces...”

En esta Constitución rige el miedo por parte del emperador de que la práctica de los jueces, concluya imponiendo soluciones *contra legem*, que contradigan la voluntad del emperador. Es más, estos mismos jueces en caso de duda deben consultar con el emperador (*Tanta* 21).

Del mismo modo, en *Deo Auctore* se refiere que «si algo pareciera ambiguo expóngase por los jueces a la imperial superioridad y declárese por la autoridad augusta, única a la que le es dado dictar e interpretar las leyes» (C, 1, 17, 2, 21).

Se busca crear un *ius certum*. Es con Justiniano que se cristaliza la ley como fuente exclusiva de producción del derecho, y entendiéndose por ley como manifestación suprema del poder del estado, al que deben someterse todos los ciudadanos, incluidos jueces y juristas.

Se busca como valor el de la certeza del derecho.²⁵ Las opiniones de los juristas no eran vinculantes y los *iudex* privados podían elegir la que les pareciera más apropiada al caso.

23. D 24, 3, 66 pr.

24. Cfr. BRETONE, obra citada, 224.

25. No siempre se valoró en Roma este principio de certeza. Entre los juristas existían a menudo posiciones antagónicas. Pero el *ius* se iba formando en un lento devenir expresando la voluntad de los ciudadanos, aunque no la manifestaran expresamente por medio del Comicio.

El Principio “ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”

La enunciación de este principio se encuentra en la obra ‘Brocardica’ (18,3) que se atribuye a Azon²⁶, con la intención de remarcar la obligatoriedad de la ley en todos sus aspectos.

Este principio se ha ido consolidando en el derecho intermedio, al tiempo que se afirmaban las monarquías superando el caos y la división del período de las invasiones bárbaras.

La ley 13 de Partidas dispone que «Las leyes se deben entender derechamente con el verdadero entendimiento de su parte más sana y provechosa según las palabras y razones que presenten. Y por esta razón no se deben escribir abreviaciones ni menguar en razones para que los hombres caigan en yerro, sino según la letra, no son para aprender y decorar, sino para saber su entendimiento.»

Así también, el aforismo fue muy bien recibido por el estatal-legalismo, en la afirmación de la potestad legislativa como una atribución del estado nacional.²⁷

Se busca que nada pueda modificar la potestad suprema del Estado como legislador.²⁸

Por tal motivo, no nos sorprende que este aforismo sea uno de los más citados por los tribunales en tiempos modernos.

En la Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado que donde la ley no distingue, no cabe distinguir (Fallos: 333:735), pues si el legislador hubiera querido hacer distinciones, lejos de expresarse en términos generales, hubiese hecho las salvedades o excepciones pertinentes.

De tal aforismo se deriva también el principio de que no se presume la inconsecuencia del legislador en línea con otro de los principios “*ubi lex voluit dixit, ubi nonluit tectet*”.

Así se ha dicho que: «La inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se supone, por lo que la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, correspondiendo adoptar como verdadero -en cambio- el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos.»²⁹

Empero y curiosamente, el adagio ha sido utilizado para justificar una comprensión amplia de la norma y de hecho ha sido conceptualizado por Boris Starck como una

26. Jurista de la escuela de los Glosadores, fallecido en 1220.

27. Afirma Sandro Schipani «Di questa prospettiva ‘statual -legalista’ i codici civili, che pur da essa non erano scaturiti, e le cui caratteristiche in buona parte ad esa non sono legate, addirittura ‘diventano la bandiera’, e véngono usati come definitivo strumento di ‘statualizzazione0, di Onazionalizzazione’ del diritto romano e di separazione di esso dal suo ‘spazio - tempo’ di censura della unita - continuità del sistema ... si vuole procedere così per le vie di un nazionalismo giuridico che cos-trunge entro ordinamenti chiusi, che si pretende sinano assoluti (sovrani), con la rinuncia all’orizzonte comune e universale del diritto e de la giustizia per gli uomini» (La Codificazione del Diritto Romano Comune, Torino, Giappichelli, 1996, p. 33)

28. Montesquieu afirmaba que «los jueces de la nación no son más que el instrumento (la boca) que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes» (Del espíritu de las leyes, L. XI, cap. VI, 49, ap. 1; Madrid, Alianza, 2003)

29. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, “Saddakni, Lidia Inés c/ E.N.Tel. Empresa Nacional de Telecomunicaciones y otros s/ despido”, Fallos 324:667.

‘máxima plenificante’³⁰

Veamos algunos ejemplos:

Ampliación de la exención del pago de impuesto a las ganancias.

La Ley de Impuesto a las Ganancias establecía que estaban exentos del gravamen «... los resultados provenientes de operaciones de compraventa, cambio, permuta o disposición de acciones, títulos, bonos y demás títulos valores, obtenidos por personas físicas y sucesiones indivisas que realicen dichas operaciones en forma habitual...»

El organismo recaudador sostenía que para la procedencia de la exención se requiere “que exista transmisión de dominio a título oneroso”, de manera que, desde su perspectiva, sólo tendrían cabida en la norma que establece la referida dispensa los resultados provenientes de “actos de disposición de acciones, títulos, bonos y demás títulos valores” que impliquen la transferencia o enajenación de tales títulos. Como esta condición que no se presentaba con el usufructo de acciones, el ente fiscal consideraba que este supuesto se encuentra fuera de la exención.

La CSJN resolvió que «...tal argumento es inaceptable pues importa efectuar distinciones donde la norma no lo hace, en oposición al conocido adagio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*’ y llevaría a un apartamiento por vía hermenéutica del texto de la ley, que menciona los actos de “disposición”, sin efectuar a su respecto categorización alguna que pueda dar sustento a aquélla exclusión.»³¹

Aplicación del período de prueba

En materia laboral, ha habido un uso curioso del aforismo que ha servido para interpretar con diverso sentido.

El art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo dispone que «el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros TRES (3) meses de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los artículos 231 y 232.»

El art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone que «Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley.»

Se planteaba, en caso del despido de una mujer embarazada, si primaba el derecho a disolver el contrato por estar en el período de prueba, o la protección especial a la maternidad. Se resolvió que «Introducir la presunción del art. 178 en la etapa a prueba, nos lleva a trastocar la naturaleza del instituto. No debemos distinguir donde la ley no

30. *Introduction au Droit*, París, Litec, 1981, pp. 123-127.

31. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, “Soldati, Santiago c/ AFIP”, TR LALEY AR/JUR/93441/2013.

distingue, jamás se presume la inconsecuencia del legislador de suerte tal que, si el mismo hubiera querido apartarse de las reglas expuestas en el artículo 92 bis de L.C.T. que lo regula, así lo hubiera hecho expresamente». (STJ de Jujuy - 15/10/2015- Giménez, Corina Elizabeth vs. Video Drome S.A. s. Demanda laboral).

Agravante en el caso del robo 'con armas'

Se discutía si debe calificarse como 'robo con armas' el que resulta perpetrado con un arma de juguete. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que: «No advierto que la tesis objetivista encuentre sólido respaldo en el texto legal involucrado. Este se constriñe a establecer la exigencia de que el robo se cometa "con armas" y no incluye distingos respecto de la calidad de las mismas, las condiciones de uso o su poder ofensivo. Es de estricta aplicación al caso el aforismo romano *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Particularmente inapropiado resulta formular criterios de distinción en este terreno cuando el sentido jurídico de la agravante está claramente dado por la circunstancia de que el empleo de armas disminuye notoriamente las posibilidades de defensa del sujeto pasivo, al neutralizar cualquier posible reacción.

En este sentido, carece de significación que el elemento "arma" sea o no idóneo para producir disparos, ya que no existen, en el tipo penal del art. 166 inc. 2º del Código Penal, elementos normativos que autoricen a interpretar que no constituye verdadera arma la que se encuentra en circunstancial incapacidad funcional. La certeza de que el arma funcione y que esté cargada no son condiciones que aparezcan legalmente impuestas como requisito de validez de un juicio afirmativo del empleo de armas a los fines de la configuración del supuesto del art. 166 inc. 2º del Código Penal (conf. causas Ac. 24.818 y P. 31.495 del 15-II-1983, entre otras).³²

Con estos ejemplos hemos visto cómo el aforismo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, no sólo pervive sino que se hace frecuente uso, como instrumento dialéctico, para argumentar respecto de la aplicación amplia de la norma o de aspectos de ella.

32. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Castillo, Rodrigo N. s/Robo doblemente calificado, 26/2/2003.