

El fundamento análogo del derecho

José Antonio Barbón Lacambra *

RESUMEN

La analogía es una aproximación, una vaga conformidad, una conveniencia bajo una cierta similitud, y ello nos mueve a buscar dónde está la semejanza. En el caso de la palabra “derecho”, existe un primer analogado en el cual se da formal o intrínsecamente la ratio análoga. Este primer analogado es causa (eficiente) de que se diga de los demás. Siempre la ratio análoga se dice intrínsecamente del primer analogado o analogante. El analogado principal del término derecho es “lo justo”, lo que está adecuado a otro según un cierto modo de igualdad. El analogante se encuentra propiamente en los analogados de atribución intrínseca, que son los que realmente pueden ser justos. Una norma puede ser justa del mismo modo en que puede ser injusta y entonces queda sujeta al control de constitucionalidad; una potestad puede ser ejercida injusta o abusivamente y en consecuencia ser limitada por los jueces y finalmente una sentencia puede ser injusta y por ello ser objeto de un recurso de apelación.

ABSTRACT

The analogy is an approximation, a vague compliance, a convenience under a certain similarity, and it moves us to find where is the similarity. In the case of the word "Right", there is a first analogue where the analogous ratio is given formal or intrinsically. This first analogue is (efficient) cause to be told of others. The analogous ratio is always intrinsically said the first analogue or analogante. The main analogue of the right term is "just right", which is appropriate to another according to a certain way of equality. The analogante is properly located in the intrinsic attribution analogados which are those that can actually be fair. A rule can be fair in the same way that can be unfair and is then subject to the control of constitutionality; an authority can be exercised unfairly or abusively and therefore be limited by the judges, and finally a sentence can be unfair and therefore be subject to appeal.

PALABRAS CLAVE

Analogía, derecho, filosofía del derecho

KEYWORDS

Analogy, law, philosophy of law

I. ¿Qué es la analogía?

1. Definiciones

Según el Diccionario de la Real Academia Española, que “limpia, fija y da esplendor” al idioma común que se habla en un determinado lugar y tiempo, los significados de la palabra “analogía” son¹:

- a) Relación de semejanza entre cosas distintas.
- b) Razonamiento basado en la existencia de atributos semejantes en seres o cosas diferentes.
- c) Semejanza entre partes que en diversos organismos tienen una misma posición relativa y una función parecida, pero un origen diferente.
- d) Método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella.
- e) Semejanza formal entre los elementos lingüísticos que desempeñan igual función o tienen entre sí alguna coincidencia significativa.
- f) Creación de nuevas formas lingüísticas, o modificación de las existentes, a semejanza de otras; p. ej., los pretéritos *tuve*, *estuve*, *anduve* se formaron por analogía con *hube*.

* Profesor titular de Contratos y Filosofía del Derecho (USAL)

¹<http://dle.rae.es/?id=2Vt6TRt>

2. La analogía según cierta perspectiva de inteligibilidad

Sin perjuicio de lo que tan prestigiosa entidad indica, podemos decir que:

- a) “Analogía” es una forma de conocer que, a pesar de tener su origen en la matemática, por referencia a la igualdad proporcional ($2=4$, $3=6$), pasó al plano ontológico merced a la metafísica platónica “bipolar” basada en el Uno y la Diada², sistematizada y profundizada por Aristóteles³.
- b) “Analogía” es la comparación entre dos razones, su conmensuración o conveniencia, tanto entre números como entre cantidades continuas y también proporción, ajuste; no es una simple igualdad, sino una igualdad proporcional. Trasladando la cuestión al plano de la lógica, propia de los nombres comunes, surge la cuestión de la correlación que hay entre este saber formal (no tiene materia, no tiene un “de qué”) y la metafísica, que sería justamente la dadora de las realidades que se comparan y son proporcionales.

Ahora bien, más que conceptos o nombres análogos o analógicos, la analogía es del Ser. Punto de donde parte Santo Tomás, para quien es un tema transversal, pues su doctrina en esta materia es casi definitoria en otros temas, sobre todo porque está en juego la misma realidad.

Para Santo Tomás el Ser es un trascendental que se extiende y aplica a todas las categorías, predicamentos-géneros supremos: se dice de todos ellos, pero de diversos modos. Por el hecho de descubrir que el ente es trascendente, o sea, que se comunica a los predicamentos, revela que está eviscerado en ellos: es análogo, se dice de cada uno de ellos, aunque de diversos modos.

La analogía es una aproximación, una vaga conformidad, una conveniencia bajo una cierta similitud, y ello nos mueve a buscar dónde está la semejanza.

II. Univocidad y equivocidad

1. El lenguaje

El lenguaje es un conjunto de sonidos articulados con que las personas manifiestan lo que piensan o sienten. Independientemente de las distintas culturas y circunstancias de tiempo y espacio, el hombre ha desarrollado una forma de interrelacionarse a través del habla. A medida que el desarrollo de la humanidad fue avanzando, incorporó la escritura. En la actualidad, las imágenes y las figuras también forman parte de los signos que utiliza el hombre para comunicar.

La comunicación, además de cumplir con una función que podríamos llamar dialógica, aquella que se verifica en la plática entre dos o más personas, también se usó para la transmisión de conocimientos. Durante muchos siglos, la repetición mimética era la manera en que se transmitían saberes y costumbres en los pueblos; de hecho, así hemos tenido noticia de obras como la *Ilíada* y la *Odisea*.

²Se mira la multiplicidad para avanzar hacia lo UNO, a efectos de conocerlo y, en función de él, ordenar todo por medio de la captación del conjunto (Leyes 965b). La filosofía pasa de los postulados a lo que está más allá de ellos, a través del contrapunto constante entre la sinopsis (República 537c) –método universalizador que recoge la multiplicidad de formas en la unidad sistemática– y de la aféresis –método diarético simplificador que separa o abstrae de forma global la Idea de bien de todo lo demás– para volver la unidad y definir la esencia misma del bien. Ese es el método dialéctico que permite acceder a la perfecta comprensión de las relaciones existente entre lo UNO y lo Múltiple y que implica la adquisición del conocimiento de lo real en su totalidad, en su estructura esencial. El método sinóptico universalizador es el contrapunto constante del diarético simplificador.

³ARISTÓTELES, *Metafísica* 987b 15, introducción, traducción y notas de Tomás Calvo Martínez, Madrid, Editorial Gredos, 1998, p. 96: “Platón afirma, además, que entre las cosas sensibles y las Formas existen las Realidades Matemáticas, distintas de las cosas sensibles por ser eternas e inmóviles, y de las Formas porque hay muchas semejantes, mientras que cada Forma es solamente una y ella misma. Y puesto que las Formas son causas de lo demás, pensó que los elementos de aquellas son los elementos de todas las cosas que son, que lo Grande y lo Pequeño son principios en cuanto materia y que el UNO lo es en cuanto entidad. En efecto, a partir de aquellos, por participación en el UNO, las Formas son los Números. Y en cuanto a que lo UNO es, por su parte, entidad, y no se dice que es uno siendo otra cosa, se pronunció de un modo muy cercano a los Pitagóricos, igual que estos también en cuanto a que los Números son causas de las cosas.”

He ahí el origen del término tradición: lo que se transmitía oralmente (por la dicción), que no eran ni más ni menos que las costumbres de los antepasados.

El lenguaje es, entre otras peculiaridades, el sustrato mínimo de objetividad al que nos remitimos de manera invariable. Pero, al mismo tiempo, esta objetividad nos muestra un problema de difícil solución: hay más cosas que palabras.

Fenómeno que no pasa por una cuestión de mayor o menor nivel cultural, sino que el hombre se remite a sus propios lugares comunes del lenguaje. Y esta es una de las pocas cuestiones en que tres iusfilósofos de corrientes distintas están de acuerdo: Werner Goldschmidt (*Introducción Filosófica al Derecho*), Michel Villey (*Compendio de Filosofía del Derecho*) y Carlos Nino (*Introducción al Análisis del Derecho*) comienzan sus trabajos con una mención especial de la cuestiones lingüísticas: multivocidad, polisemia y ambigüedad⁴.

Por ello es que antes de pasar al análisis concreto de la analogía y sus clases, corresponde distinguirla, en primer lugar, tanto de la univocidad y la equivocidad como de la metonimia. Liminarmente estableceremos una primera clasificación de los términos en: unívocos, equívocos o análogos, por cuanto pueden predicar algo de muchos otros.

2. Nombre, ratio y realidad

En este sentido, a efectos de poder identificarlos y distinguirlos, hay que tener en cuenta:

- a) **Nombre:** es el signo lingüístico con el que se identifica o designa cualquier tipo de realidad.
- b) **Ratio:** es la esencia de una cosa independientemente de su existencia, de cómo se presenta o está en la realidad cotidiana. Sin ser el concepto (que vendría a ser la ratio en la mente del sujeto cognoscente) no es diferente de aquel. La "ratio" no es una imagen de la realidad, sino la realidad misma, porque es la misma esencia con una existencia intencional en mi mente, y una existencia real en la realidad; pero se trata de la misma esencia en la realidad y en mí.
- c) **La Realidad:** "realitas", lo que son las cosas en sí mismas, al margen de que sean conocidas o no por cualquier sujeto.

Nombre, ratio y realidad entran en juego en la doctrina de la analogía, porque es un tema que se puede tratar tanto a nivel nominal como también en el orden conceptual. Nosotros no analizamos la cuestión análoga desde el punto de vista meramente idiomático, sino en el orden real porque la realidad es empecinadamente análoga, lo cual a su vez se refleja en los distintos idiomas.

Por ello es preciso tener especialmente en cuenta que el lenguaje es un instrumento de comunicación, es el medio con el cual el hombre se comunica con sus semejantes en orden a transmitir lo que necesita, de ahí que lo importante son las realidades aludidas por las palabras y no estas en sí mismas.

3. Los términos unívocos

En el caso de la univocidad, un nombre significa un concepto que responde a una sola y única realidad. Una específicamente, aunque sea múltiple individualmente. Puede darse de dos maneras:

- La palabra "crucifijo" responde a una realidad específica que es la imagen de Cristo crucificado, muriendo por todos y cada uno de nosotros, aunque existan muchos objetos de esa clase.
- "Animal", en tanto sustancia animada sensible⁵, puede predicarse tanto del hombre como de un gato, aunque lo sustancial en el hombre sea su

⁴GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1987, pp. 1 a

4. NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007, pp.11 a 16.

VILLEY, Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho*, Pamplona, traducción de Diorki, EUNSA, 1979, pp. 25 a

28.

⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De los principios de la Naturaleza*, traducción de José Antonio Miguez, Buenos Aires, Editorial Aguilar, 1981, p. 53.

carácter racional. En estos casos el término unívoco es como el mínimo común múltiplo⁶ en la matemática.

La ratio significada por el nombre, dicese “simplificadamente” (*simpliciter ídem*) de la realidad a la cual se aplica.

1 Nombre → 1 Ratio → 1 Realidad

4. Los términos equívocos

¿Qué ocurre con los equívocos? Un término es equívoco cuando puede ser atribuido a distintas cosas en sentidos diferentes, dos conceptos llamados “disparate” por la disparidad de las realidades a las que aluden.

De allí viene el uso que hacemos comúnmente de la palabra disparate: cuando se está hablando de un tema y se trae a colación algo que no tiene relación alguna con aquello de lo que se habla. La noción es disparate, no tiene una ligazón con la otra y, por lo tanto, como es obvio, responde a realidades distintas.

Por ejemplo, la palabra “coma” puede ser un signo de puntuación, el imperativo del verbo comer o un estado patológico. Lo mismo ocurre con la palabra “radio”, a través de la que hacemos referencia, entre otras cosas, a:

- Hueso del cuerpo humano.
- Elemento químico cuyo número atómico es 88.
- Segmento que une el centro del círculo con la circunferencia.
- Emisora que transmite programación a través de ciertas ondas del espectro radioeléctrico.

1 Nombre 1 Ratio → 1 Realidad
 1 Ratio → 1 Realidad distinta

5. Los términos análogos

En el caso de los análogos (como todas las definiciones trascendentales no son definibles, no hay propiamente definición, sino solamente cuasidefinición) hay un nombre y una ratio referidos a realidades que son semejantes según un más y un menos. Son en parte iguales y en parte distintas.

Una ratio, en parte idéntica y en parte diversa, que responde a realidades parecidas: tienen algo que las une y otro algo que las separa.

1 Nombre _____

 _____ Ratio Realidades idénticas y diversas

El unívoco solo significa una ratio predicable del mismo modo acerca de muchos, mientras que el equívoco paralelamente significa muchas ratio en cuanto tales; es decir, no reducidas ni reductibles a una fundamental, sino totalmente desiguales.

Frente a ello, el análogo significa de manera simultánea muchas ratio, pero no como múltiples, sino como un sistema coordinado o subordinado. De allí que exista un primer caso en el que las significaciones sean de modo primero o principal y otros en el que el nombre significa por extensión, atribución o proporcionalidad.

⁶El mínimo común múltiplo es el menor número natural que es múltiplo común de todos ellos (o el ínfimo del conjunto de los múltiplos comunes).

III.-Analogía

En los análogos la ratio significada por el nombre análogo no es una y la misma en todos y cada uno de los analogados, pero tampoco es totalmente diversa o desigual, sino de manera intermedia. Puede ser: aunada por subordinación de atribuciones a una primera y principal o vinculada por coordinación de proporción de semejantes entre sí⁷.

En el campo de los análogos, el conocimiento de uno conduce a la comprensión de otros según la ratio análoga en la cual todos convienen. Pero no de manera perfecta, sino en función de la conveniencia de cada análogo con esa ratio en la que existen en común.

Mientras que un unívoco es participado por todos los unívocos (del mismo modo que la ratio unívoca significada por ese nombre, de ser dicha participación igual y uniforme), un equívoco no tiene nada en común con la ratio significada por él, puesto que es particular de cada caso. De allí que no se la predica verdadera y realmente en ningún caso.

Análogas son aquellas realidades que tienen partes iguales y partes distintas, algo que las une y algo que las divide. Como bien pueden ser los dedos de una mano.

Se distinguen tres tipos de analogía:

- 1) Analogía de simplicidad
- 2) Analogía de atribución o proporción
- 3) Analogía de proporcionalidad o proporción de proporciones

1. Analogía de simplicidad

Aquí hay que acudir a la realidad, la cual es profundamente análoga. Hablamos por la expresión de una serie de conceptos. Decimos, por ejemplo, "animal" y sabemos por lógica que no se puede decir de nadie que es más o menos animal, y en este caso simplificamos, parificamos la realidad. En cierto modo, empobrece y quitamos de la realidad una serie de matices.

El análisis dependerá de la altura en la que me ponga o de la profundidad que le vaya a dar, pero siempre considerando lo que el "objeto cognoscente" (eso que yace frente a mí) es en sí mismo. Al hablar de "animal", nos referimos a una noción que está dentro de los diez predicamentos (predicamental), que se reduce al género supremo de substancia.

Cuando hablo de animal, puedo percibir elementos que no son substanciales: vertebrados, mamíferos, anfibios, etc. Cuando me pongo en una altura que sale del orden predicamental, por ejemplo, del ente, no puedo prescindir de algo que no sea ente.

Aún nuestras notas ridículamente individualizantes son ser en nosotros, son matices en nosotros; por eso no puedo decir que Sócrates persona es igual a Platón, específicamente y al mismo tiempo. Los puedo llamar a ambos "animal racional", si prescindo de las características individuales porque son extrañas a la especificidad de "animal racional".

Sin embargo, todas esas notas individuantes y accidentales son ser en cada una de estas personas consideradas individualmente (Sócrates y Platón). Por eso existe una cierta desigualdad entre ambas, aunque específicamente sean idénticas.

Existe una cierta desigualdad entre ambas dada por una serie de matices o particularizaciones que no entran en el concepto de la especie, pero sí en una definición de esa persona (si se pudiese hacer, pues de lo particular no hay definición). Sócrates nunca escribió nada y Platón es considerado uno de los primeros escritores de la historia, pero ambos son "animales racionales".

Aunque se parifique la realidad diciendo "animal racional" hay una desigualdad entre cada uno de esos individuos que no son simplemente un pedacito de la especie, hay una variedad de matices extraespecíficos nuestros que no entrarán en la definición de "hombre", pero son míos, son parte de mi ser y solo en mí son (personalidad, carácter, etc.).

⁷SANZ, Carlos Raúl, *Sobre esto y aquello*, Buenos Aires, Editorial Teodicea, Tº I, pp. 131 y 132.

Aunque se aplique un mismo concepto, a uno y a otro animal racional, tenemos una serie de matices de desigualdad. Esa es la razón por la que se dice que la analogía es más profunda que la univocidad: porque la realidad es análoga, no unívoca.

Con un concepto unívoco, simplifico y empobrezco en parte la realidad, porque al referirme a Sócrates o a Platón como "animal racional", no tengo en cuenta una serie de elementos que para hablar de animal racional no interesan, aunque sí para hablar de Sócrates o Platón.

Según el ser somos distintos, pero según una conceptualización estamos parificados.

Sócrates = Platón → animal racional
Sócrates ≠ Platón → orden ontológico

La parificación que se establece no es arbitraria, sino que se descubre en la realidad.

2. Analogía de Atribución

A. Características

La analogía por referencia a un principal (el Ser), que recibirá el nombre de analogado principal o analogante, es la Analogía Filosófica propiamente dicha. Recuerda la referencia de Platón al Uno y la participación de los distintos múltiples en él.

“...si alguien ve alguna vez una unidad, no debe ese mirar inmediatamente a la naturaleza de lo ilimitado, sino hacia un número, así también al contrario cuando uno se ve obligado a captar primero lo ilimitado, no debe pasar inmediatamente a la unidad, sino también a un número que permita concebir cada multiplicidad y acabar al final del todo en la unidad”⁸.

Hay un concepto análogo que se diferencia del universal en que, si bien ambos tienen una consistencia rígida⁹, solo aquel posee la virtualidad móvil o elástica susceptible de moldearse sobre una diversidad de singulares. Lo que de inmóvil tiene el análogo es lo que le confiere su unidad, y lo que tiene de variable le permite una relación de proporción entre las diversas esencias y las existencias que le corresponden.

La primera característica de la analogía de atribución es que va:

- De uno a muchos (causalidad eficiente, se ordenan desde él)
- De muchos a uno (causalidad final, se subordinan hacia él)

La segunda característica de la analogía de atribución es que existe un primer analogado en donde se da formal o intrínsecamente la ratio análoga, la cual se dice al menos del principal. Si va de “uno a muchos”, el analogante es primero cronológicamente y principal ontológicamente. Mientras que si va de “muchos a uno” es último en el tiempo pero primero en el orden del “Ser”.

La tercera característica es que este primer analogado es causa, razón y fundamento de que se diga de los demás. Siempre la ratio análoga se dice intrínsecamente del analogante, pero pueden presentarse dos tipos de distintos analogados en la analogía de atribución:

- que la ratio análoga exista intrínsecamente también en cada uno de los siguientes.
- que la ratio análoga esté extrínsecamente por una pura denominación al primero.

⁸PLATÓN, *Filebo* 18a, introducción, traducción y notas por María Ángeles Durán, supervisado por Mercedes López Salvá. Madrid, Editorial Gredos, 2008, p. 34

⁹SANZ, Carlos Raúl, *Sobre esto y aquello*, Buenos Aires, Editorial Teodicea, Tº I, p. 129, referenciando a Kalinowsky pero sin estar de acuerdo con él.

Por ejemplo, tomemos en primer término la ratio "sanidad". Cuando decimos que un hombre está sano, que tiene un color sano y que habita en clima sano, la palabra sano se está tomando en tres sentidos diferentes:

- a) el color sano es una señal de la sanidad del hombre,
- b) el clima sano es una causa de la misma sanidad y
- c) el hombre puede estar formal y esencialmente sano, aunque también enfermo.

La salud o sanidad es una propiedad del ser viviente, el hombre vive formal y esencialmente, no así el clima ni el color. La sanidad del hombre o del ser vivo es el primer analogado de la serie, mientras que la del color y la del clima son derivadas y relativas a la del ser vivo.

Ratio análoga	SALUD		Existe en el ser vivo
	Sano		Está el hombre o el animal.
	es causa	Clima	Se dan solo por denominación
	es señal	Color	extrínseca

Así también decimos que son sanos un examen médico o un alimento. Estamos atribuyendo una ratio a cada una de esas realidades, pero no podemos decir que un alimento sea sujeto de la sanidad, porque solo es propiedad del ser viviente; tampoco se da intrínsecamente en el remedio, pues este es un dispositivo para la salud.

B. Diferencias con la metonimia

Un análisis de sangre ¿es sano? o ¿está denotando la salud del hombre? Hay en estos casos una mera denominación, en cuanto dice una referencia al primer analogado.

Es la "analogía no filosófica", que bien podría ser llamada "metonimia", y se refiere al caso en que una relación de causalidad vincula a dos entes pertenecientes a otra categoría (causa a efecto, fin a medio, modelo a copia, etc.), cuando la relación es de similitud extrínseca de dos funciones.

La palabra gato hace referencia específicamente a un mamífero doméstico, pero también se utiliza como sinónimo del instrumento con que se levantan grandes pesos a poca altura, o para referirse a ciertas personas guiadas en sus actos por el interés individual y utilitario e incluso es el nombre que reciben músicas y danzas. En todos estos casos se toma algo del felino: la forma en que se levanta sobre sí mismo al asustarse, la contraposición que se hace con el perro que siempre está al lado del amo y el estribillo de una canción famosa¹⁰.

Puede darse el caso de que no sea una pura denominación, pese a que siempre existe una denominación del primer analogado en relación a los demás, sino que se diga intrínsecamente, por ejemplo, en la ratio análoga ser. La substancia es por sí misma, "subsiste", ¿puedo decir que los accidentes no son? No, porque la cantidad, la cualidad, la relación y la semejanza son, existen. No en sí mismos, sino en otro, pero existen.

La razón de ser, la *ratio entis*, se dice por prioridad de la substancia (primer analogado o analogante) porque existe con todas las condiciones propias de su ser y de su naturaleza. De los demás se dice intrínsecamente, caso contrario no serían. Si intrínsecamente la cantidad no fuera ser, no sería.

Aquella es la diferencia fundamental entre los analogados de atribución intrínseca y extrínseca, solo aquellos pueden propiamente tener en sí mismos la ratio análoga. El ser vivo puede estar sano, mientras que un análisis de sangre nunca puede ser sano como tampoco puede estar enfermo.

Ratio Análoga	1º Sustancia
SER	Cantidad
	Cualidad
	Relación

¹⁰ "Salta la perdiz, madre/ salta la infeliz; / que se la lleva el gato,/ el gato, ¡mis! ¡mis!"

Sin embargo, aunque la ratio se da intrínsecamente, los analogados de atribución intrínseca también se dicen tales por denominación: se dicen en orden a la substancia pero porque son por ella. De ahí que el primer analogado del Ser va a ser la substancia.

C. Recapitulación

Sintetizando las características en la analogía de atribución:

a) “De uno a muchos” o “De muchos a uno”

¿Por qué se dice “de uno a muchos” y “de muchos a uno”?

Un alumno tiene como fines: regularizar la cursada de una materia, aprobarla, recibirse; así como un cristiano tiene como fines: comer, ser santo, alcanzar la visión beatífica. Estos fines, ¿están desordenados o dispuestos de alguna manera especial? Están subordinados al último objetivo.

El primer analogado del fin es el fin último. En este, la noción del fin está plenificada, en los fines intermedios, no. El primer analogado de la ratio fin va a ser el fin último. Es una analogía de atribución intrínseca donde el fin se dice intrínsecamente de cada uno de los fines subordinados.

De “muchos a uno” se dice por vía de finalidad, no por vía de causalidad eficiente, al contrario en los casos en los que va de uno a muchos. El fin se dice de los fines intermedios, fines casi últimos, pero el primer analogado es el fin último, y los fines intermedios se dicen por denominación, aunque se dé en ellos la razón de fin. Los fines intermedios se dicen siempre en última instancia por razón del fin último.

La santidad es un fin para el cristiano en cuanto lo lleva al fin último. De muchos se dice a uno, son fines análogos que se dicen por denominación al fin último, aunque se dé en ellos también intrínsecamente.

De allí se deriva toda la doctrina de Santo Tomás de que todo hombre obra en última instancia por el fin último. Todo lo que hace lo hace por ese fin último y los medios los quiere por ese fin último, esos fines intermedios no se querrían si no se quisiese el fin último.

De uno a muchos se dice por vía de eficiencia. Sano es el ser vivo que ejerce todas sus funciones orgánicas normalmente, por eso Sócrates y Platón están sanos. De allí que las comidas sean *sanas* en tanto contribuyen a mantener la salud y los remedios son sanos en tanto la restablecen.

b) Tiene un primer analogado en el que la ratio se da formalmente (tanto en los analogados de atribución intrínseca como extrínseca). En virtud de este, se explican los demás: “sano” está el ser vivo (atribución intrínseca) que goza de buena salud porque ejerce normalmente todas sus funciones orgánicas.

c) Pero después puede ocurrir que en los demás se diga por pura denominación, es decir extrínsecamente; o sin que en los demás se de intrínsecamente. El análisis es “sano” (atribución extrínseca) en tanto manifiesta la salud de la persona cuya sangre se analiza, y el alimento es “sano” por cuanto contribuye a la salud del ser vivo.

3. Analogía de proporcionalidad

También llamada de “Proporción de proporciones”. Esta analogía no es de proporción, porque no establece una analogía por la proporción, sino por una proporción de proporciones.

¿Puedo decir que $2=4$?

Evidentemente no. Tampoco puedo decir que $16=8$, ni que $8=4$, ni que $16=32$, sin embargo, digo:

$$\frac{2}{4} = \frac{8}{16}$$

Lo que ocurre es que se establece una igualdad entre el primer término y el segundo. No tomados por separado, sino que una proporción es semejante o análoga a otra proporción según una determinada relación.

En matemática, lógicamente uno puede simplificar y decir cuál es el número que establece la igualdad. La igualdad que se da en matemática no se da en el orden del ser.

El conocimiento de una ardilla no es igual al conocimiento de Juan, ni es igual al conocimiento del arcángel San Gabriel. Sócrates no conoce del mismo modo que Dios.

Sin embargo, puedo decir que:

El conocimiento de una ardilla, es a su ser, como el conocimiento del hombre es a su ser y el conocimiento de Dios es a su ser:

<u>Conocimiento ardilla</u>	<u>Conocimiento humano</u>	<u>Conocimiento de Dios</u>
Ser	Ser	Ser

Se llama proporción de proporciones porque lo que se comparan no son las realidades en sí mismas, sino las relaciones que entre ellas existen. Existen dos casos:

En una de las proporciones la ratio análoga se da intrínsecamente y en otras no, sino como metáfora, por ejemplo, cuando digo que “un perro es inteligente”. En el lenguaje coloquial se permite usar esta metáfora, es como si dijera que está obrando como lo hace el hombre respecto a su ser:

$$\frac{\text{Inteligencia perro}}{\text{Ser}} = \frac{\text{Inteligencia Hombre}}{\text{Ser}}$$

La inteligencia se da intrínsecamente solo en el hombre, en la otra proporción solo metafóricamente, obra “como si” fuera el hombre dotado de inteligencia. Es lo que se conoce como analogía de proporcionalidad metafórica

En una de las proporciones o muchas, la ratio análoga no se dice intrínsecamente, sino que obra como. El ejemplo típico que pone Santo Tomás: “Venció como el León de la Tribu de Judá”.

¿Es un león? No. Lo que ocurre es que el poder del león es a su naturaleza como la tremendísima potestad de Cristo para redimir a los cautivos. La fortaleza del león, la potestad del león, se la compara a la potestad de Cristo para redimir a los cautivos.

¿Dónde se da intrínsecamente? En el león, no en Cristo que obra como si lo fuera.

Sintetizando decimos que hay dos tipos de analogía de proporcionalidad:

- Analogía de proporcionalidad propia
- Analogía de proporcionalidad metafórica

La característica más importante de la analogía de proporcionalidad es que es indeterminada, no tiene primer análogo. Solamente puedo comparar las relaciones entre las proporciones:

$$\frac{A}{B} = \frac{C}{D}$$

A es a B, como C a D..... como X a Y

No es que exista un primer analogado, aunque implícitamente sí. En cuanto pueda encontrar una analogía de atribución implícitamente, el conocimiento humano es una participación análoga, creada del intelecto divino. Planteándolo así, no estamos en analogía de proporcionalidad, sino en analogía de atribución.

Muchas veces se da esta doble analogía, por ejemplo, la sustancia es a la esencia, como la cantidad es a la esencia, como la relación es la esencia.

$$\frac{\text{Sustancia}}{\text{Esencia}} = \frac{\text{Cantidad}}{\text{Esencia}} = \frac{\text{Relación}}{\text{Esencia}}$$

IV. Analogía y derecho

1. ¿Unívoco, equívoco o análogo?

Ahora bien, ¿qué ocurre con “derecho”? ¿Es una palabra unívoca, equívoca o análoga? De un análisis meramente lingüístico no parece que pueda ser considerada unívoca si consideramos que derecho es una ciencia, que el derecho argentino penaliza el aborto, que existen los derechos humanos, que las

sentencias han de ajustarse a derecho y que los presuntos deudores han de comparecer a derecho.

Tampoco parece que pueda ser considerada equívoca, cuestión que atisbó Nino al considerar "tiene la peor especie de ambigüedad, que es, no la mera sinonimia accidental (como la de "banco"), sino la constituida por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre sí"¹¹. Lamentablemente el iusfilósofo argentino vio el problema pero no encontró la solución, con lo cual para él "derecho" era una realidad que podía ser múltiple indistintamente. La consideraba equívoca, así como para Kelsen era unívoca (ley).

Lo que nos lleva a concluir, incluso por descarte, que se trata una palabra análoga por referir realidades que son en parte iguales y en parte distintas. Como dijera Santo Tomás, frecuentemente ocurre que los nombres son desviados de su primera asignación para significar otras cosas que, en este caso, son en parte iguales y en parte distintas.

Tal es así que, la acepción originaria de "derecho" significaba la misma cosa justa; pasando más tarde a denominar el arte con que se discierne qué es lo justo, designar el lugar donde se dice el derecho, la sentencia dada por el juez (aunque lo que resuelva sea inicuo)¹².

De las distintas clases de analogía, la de atribución se presenta cuando el término en cuestión solo es aplicable propiamente a una cosa, pero puede ser aplicable por analogía a otras, con tal que estas tengan una relación con la primera. Distinguiéndose un analogado principal, al que le es aplicable propiamente el término y analogados derivados, a los que el término se aplica por la relación que estos tienen con el principal.

2. Lo justo análogo, es analogante

Existe un primer analogado en donde se da formal o intrínsecamente la ratio análoga. Este primer analogado es causa (eficiente) de que se diga de los demás. Siempre la ratio análoga se dice intrínsecamente del primer analogado o analogante.

El analogado principal del término derecho es "lo justo", lo que está adecuado a otro según un cierto modo de igualdad.

Ahora bien, pueden darse dos casos de analogía de atribución:

a) Intrínseca: Aquí la ratio análoga se da intrínsecamente. El analogado principal es analogante, pues no solo posee la ratio análoga con exclusión e incomunicabilidad, sino que también les transmite "el ser" a los analogados secundarios; es causa y razón de la forma análoga en ellos. Por otra parte, estos analogados, que lo son de un modo secundario y por participación, también se dicen tales, ya que la forma del analogante denomina a los secundarios. Les da el nombre y el ser. Necesariamente todo analogado se dice tal por relación a uno primero, el analogante, que es necesario poner en la definición de todos.

Ley: Es esa cierta razón de derecho que preexiste en la mente como una regla de prudencia, y que se escribe para declarar el derecho, tanto natural como positivo (aunque de distinta manera según el caso). Determinar lo justo es propio de la ley, por eso se establece que en los casos en que la ley es contraria al derecho natural, y en aquellos otros en que la ley es deficiente, hay que apartarse de ella y recurrir a la equidad. Caso contrario, no se estaría determinando lo justo.

Potestad: Lo justo es el fin de la acción o de la potestad. Nos valemos de nuestras legítimas potestades con la finalidad de que nos sea reconocido lo que nos corresponde en cada caso concreto pero de acuerdo a una relación de igualdad.

Sentencia: Aquí tenemos otro fenómeno de corrimiento del lenguaje. Pues juicio se llama al acto del juez en tanto tal, quien es así llamado porque pronuncia el derecho y por esto, juicio implica la definición de lo justo. Posteriormente, juicio se llamó a todo el proceso que culminaba en la sentencia, siendo esta la forma propiamente compuesta y dividida de la materia (que es lo justo) a través de la que se dice que es lo suyo de cada uno.

¹¹NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007, p. 14.

¹²Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, traducción y anotaciones de Fr. Francisco Barbado Viejo O.P., Madrid, B. A. C., 1964, II-IIae, Tº VII, Q. 57, 1 ad. 1, p. 233

En función del derecho (facultad) garantizado por el derecho (norma) se solicita que la determinación del derecho (fallo) por parte del juez sea derecho (justo). Dejando de lado el trabalenguas, por medio de las prerrogativas previstas explícita e implícitamente por las leyes, se solicitan sentencias que restablezcan o mantengan determinada igualdad proporcional, cierto “derecho” en una relación.

Solo así serán “justas” las facultades, las normas y los fallos: en la medida que soliciten, prevean o expresen lo adecuado a otro según cierta relación de igualdad. El analogante forma parte de la definición de los analogados secundarios o menores para que estos sean realmente tales. La razón de ser, la *ratio entis* del “derecho”, se dice propiamente de lo justo, primer analogado o analogante; de los demás se dice intrínsecamente. Pues debemos recordar que, en este caso, estamos ante una analogía de atribución que va “de uno” (el derecho como lo justo) a “muchos”: ley, derecho subjetivo, sentencia.

b) Extrínseca: La referencia de los analogados derivados no es real, sino por una pura denominación al primero y en virtud de otra relación que tienen con el analogante. Es según la intención pero nunca según el ser (sería intrínseca). La ratio análoga se da solamente en el analogado principal, el que no es causa de los secundarios, sino solo razón. Los analogados secundarios no pueden ser comparados entre sí, su semejanza es exterior.

Tribunal: es el lugar donde se determina lo justo.

Arte Jurídico: es el hábito por el que se obtiene lo justo, aunque el arte es en sí misma una virtud intelectual, orientada por la virtud de la prudencia; sus operaciones propias son factibles, no ágiles.

Ciencia Jurídica: es el conjunto sistematizado de conocimientos relativos a “lo justo” en todas sus manifestaciones existenciales, adquiridos por el hombre (iluminado por la virtud intelectual del mismo nombre) de manera especulativa, al modo en que un arquitecto puede estudiar cómo se construye una casa, pero no para construirla.

El analogante se encuentra propiamente en los analogados de atribución intrínseca que son los que realmente pueden ser justos. Una norma puede ser justa del mismo modo en que puede ser injusta y entonces queda sujeta al control de constitucionalidad; una potestad puede ser ejercida injusta o abusivamente y en consecuencia ser limitada por los jueces y finalmente una sentencia puede ser injusta y por ello ser objeto de un recurso de apelación.

V. El ente móvil del derecho

1. La estructura de sustancia y accidente

Ente es todo lo que existe o puede existir en cualquier modalidad y bajo cualquier estado con cierto grado de ser, es una esencia a la que pertenece necesariamente una existencia. En todo ente que está en movimiento (como el derecho), si lo entendemos en tanto paso de la potencia al acto, se verifica la estructura de sustancia y accidente.

Estos elementos implican que uno de ellos sustenta, soporta o conserva y otro que es sustentado o soportado; este está referido a aquel. La sustancia no es necesariamente un núcleo central ni los accidentes apenas están encima o debajo de ella; la sustancia es un ente que existe en sí y no en otro, al mismo tiempo que es el soporte de los accidentes. Estos son entes que solo pueden existir en otro.

Existen muchos entes diferentes entre sí, pero cada uno de ellos en su particularidad y concreción son una realidad. Este hecho, que se puede presentar como contradictorio, explica la posibilidad de la pluralidad de las ciencias. El derecho es una ciencia práctica según la clasificación clásica, como la arquitectura o la medicina. En estas, el camino de la inteligencia no finaliza en el sujeto cognoscente como en las especulativas, sino en el objeto a realizar, que en nuestro caso es un ágil.

En virtud de la distinta naturaleza formal de los objetos conocidos, que exigen modos diversos de aprehender intelectualmente lo cognoscible de un mismo objeto material, es que se orienta específicamente el sujeto cognoscente, cuya

razón iluminará los aspectos del objeto formal cognoscible en virtud de las particularidades propias del objeto.

En lo que hace al derecho:

Ente: Derecho
 Esencia: Lo que está adecuado a otro según cierta razón de igualdad.
 Existencia: La pena correspondiente a un delito
 Acto de Ser: La resocialización del individuo y la paz social.

2. El derecho es un accidente

Un antiguo texto del Digesto (1.5.2) del Emperador Justiniano reza “el derecho fue establecido a causa de los hombres”. Su autor fue Hermógenes¹³, quien lo refería al “Epítome del Derecho”, es decir lo que hace a lo fundamental o más preciso de una materia. Así las cosas, no podemos no concluir sino en que el “derecho” es un accidente que inhiere en la sustancia “hombre”. No en vano desde la iusfilosofía clásica se considera que para responder al interrogante sobre “¿qué es el derecho?”, antes es preciso saber “¿qué es el hombre?”.

Antes que un accidente sea (el que sea), nos encontramos con el hecho de que afecta a un sujeto. No es en sí mismo, participa en el ser desde y en otro. El accidente no es un ser en sí, sino una afección de la sustancia, por ello es definido como una esencia que existe en otro. En todos los accidentes hay que distinguir un elemento común que los diferencia de la sustancia, esto es el existir en otro; y otro propio o específico por el que se distinguen unos con otros.

Teniendo en cuenta que el derecho es lo justo, aquello que está adecuado a otro según cierto modo de igualdad, la categoría específica del derecho es la relación. Esta consiste en la referencia a otra cosa, en la ordenación de una cosa a otra. Se dice respecto de algo, la pura ordenación de “un algo” hacia “otro algo”. Es decir que en lo que tiene de suyo, no es otra cosa que ser hacia otro.

La relación¹⁴ viene a implicar un sujeto que la posee y un término hacia el que tiende; pero no es ni su sujeto ni su término, como tampoco es lo que relaciona al término, sino el sujeto por ella. Ni un algo ni el otro algo: la paternidad no es ni el padre ni el hijo, sino lo que se dice de aquel respecto de este.

Esto es lo que constituye su fundamento, aquello en virtud de lo cual el sujeto se relaciona. También puede ser llamado fuente, causa, razón y principio de la relación. La relación trasciende al sujeto y a su término, motivo por el cual es aquello por lo que aquel se orienta y lo ordena. La relación es el fundamento por el cual el sujeto está orientado a un término: el padre es el sujeto (lo que se relaciona), el hijo el término hacia el que tiende el padre en virtud de la generación (fundamento).

Las relaciones reales se dividen según su fundamento. Si este significa una efectiva dependencia en el ser hasta el punto de que uno de los términos lo recibe del otro, se tiene la relación de causalidad; si no se da tal dependencia en el ser la relación solo será de conveniencia o discrepancia. La igualdad y la desigualdad, fundadas en la cantidad y la semejanza y desemejanza, fundadas en la cualidad.

Podemos decir, entonces, que el derecho es una relación real, ya que las exigencias de realidad se cumplen, puesto que el sujeto y el término son reales y distintos, que se ordenan mediante un fundamento, también real, pues el orden existe realmente en las cosas, valga la redundancia. Ya que como explica Santo Tomás, la operación exterior es la materia de la justicia, en tanto tiene respecto de otra persona la debida proporción¹⁵.

3.- El derecho en sí mismo

Entendemos entonces que el derecho es una relación real, pues el sujeto y el término son reales y distintos, pero ordenados por un fundamento también real. Por ejemplo: la relación (contrato) es el fundamento (obligación) por el cual un sujeto (deudor) está orientado a un término (igualdad).

¹³ Autor del Código Hermogeniano.

¹⁴ GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Ángel, *Tratado de Metafísica*, Editorial Gredos, Madrid, 1987, p. 200 y ss. a quien seguimos fielmente.

¹⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, traducción y anotaciones de Fr. Francisco Barbado Viejo O.P., Madrid, B. A. C., 1964, II-II 58, 10, Tº VII, p. 291.

El fundamento de la cualidad implica una determinación según cierta medida, que es la correspondiente a la justicia distributiva, pues en esta lo justo se acomoda en razón de la dignidad o mérito, fundado en algo que cualifica y en virtud del cual se hará el reparto de bienes y cargas de la comunidad. El fundamento de la cantidad es el propio de la justicia conmutativa, ya que dicha igualdad es según la proporción aritmética, pues consiste en los cambios que mutuamente tienen lugar entre los particulares.

Ambas sirven de fundamento a la justicia legal o general, que es la que ordena los actos de las demás virtudes al bien común, puesto que por medio de los hábitos se puede considerar la cualidad.

En virtud de todo lo expuesto, afirmamos: el derecho es un accidente de relación con fundamento en la cantidad y en la cualidad¹⁶.

¹⁶En el ámbito de los derechos humanos, cuestión que no fue omitida por Santo Tomás de Aquino, sino tan desconocida como la noción, que no la realidad, de derecho subjetivo, el fundamento que da nacimiento a las pretensiones es la pertenencia a la raza humana, pues tiene entidad suficiente para dotar al individuo de una determinada porción de bienes y cargas dentro de la sociedad, pero que ella por sí misma no determina “lo justo” de cada situación en particular, sino que habrá de ser cuantificada de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto.