

PROPORCIONALIDAD Y ELABORACIÓN SUARECIANA DE LA ATRIBUCIÓN INTRÍNSECA COMO FUNDAMENTO FILOSÓFICO DE LA ANALOGÍA *IURIS* Y DE LA ANALOGÍA *LEGIS*

Proportionality and Suárez's elaboration of intrinsic analogy as the philosophical grounds of *analogia iuris* and *analogia legis* *

MANUEL SALGUERO SALGUERO
Universidad de Granada
salguero@ugr.es

Fecha de recepción: 25/04/2017
Fecha de aceptación: 30/04/2017

Anales de la Cátedra Francisco Suárez
ISSN 0008-7750, núm. 51 (2017), 101-128

RESUMEN En este artículo se entremezclan las construcciones clásicas de la analogía con estructuras jurídico-positivas que se hacen hoy presentes en la interpretación y aplicación del derecho. El marco de referencia de estos vínculos no puede ser otro que el de una ontología de la relación. Una vez esclarecidas las diferentes elaboraciones doctrinales, se pretende justificar, en primer lugar, que la "*analogía de proporcionalidad intrínseca*", cuyo origen se encuentra en la tradición tomista, constituye el fundamento filosófico de la "*analogía iuris*", tal como hoy se concibe esta figura en el ámbito de la Teoría del derecho. En segundo lugar, en este trabajo se sostiene que la "*analogía de atribución intrínseca*", cuyo origen se encuentra en el genio creador del pensamiento de Suárez, constituye el fundamento filosófico de la *analogía legis*, tal como se encuentra actualmente regulada esta figura en el Código Civil español.

Palabras clave: Univocidad, equivocidad, analogía de proporcionalidad intrínseca, analogía de atribución intrínseca, escotismo, ontología de la relación, *analogia iuris*, *analogia legis*, lagunas normativas, círculo de semejanza.

ABSTRACT In this article the classical constructions about analogy are combined with legal structures today applicable in the interpretation and application of Law. The frame of these links can't be other than the ones derived from an ontology of relations. Once the different doctrinal elaborations are enlightened, the aim is firstly to justify that the "*analogy of intrinsic proportionality*", whose source can be found in the Thomist tradition, constitutes the Philosophical grounds of *analogia iuris*, in the same way this figure is conceived in the current field of the Theory of Law. Secondly, this paper maintains that "*analogy of intrinsic attribution*", whose source can be found in the creative genius of Suárez's thought, constitutes the Philosophical grounds of *analogia legis*, in the same way this figure is ruled in the Spanish Civil Code.

* Para citar/citation: Salguero Salguero, M. (2017). Proporcionalidad y elaboración suareciana de la atribución intrínseca como fundamento filosófico de la analogía *iuris* y de la analogía *legis*. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 51, pp. 101-128.

Key words: Univocity, equivocity, analogy of intrinsic proportionality, analogy of intrinsic attribution, scotism, ontology of relations, analogia iuris, analogia legis, legal omissions, circle of resemblance.

1. INTRODUCCIÓN

Para atender a las pretensiones que se plantean en este trabajo —en las que se entremezclan elaboraciones clásicas de la analogía con estructuras jurídico-normativas que se hacen presentes hoy en la interpretación y aplicación del derecho—, es preciso remitirse a los conceptos de univocidad y equivocidad para mostrar cómo la analogía es un punto intermedio entre ambas estructuras gnoseológicas. Pero, avanzando en esta dirección, es necesario introducir la tesis de que el sistema jurídico, además de estar constituido por una suma de normas, consiste en un conjunto de relaciones de correspondencia que propician la unidad, desde la perspectiva de una ontología de la relación. Estos parámetros filosófico-jurídicos conforman el marco de referencia en el que se ubican los vínculos entre las relaciones de proporcionalidad y de atribución de las elaboraciones clásicas con las estructuras actuales de la *analogia iuris* y de la *analogia legis*. Este es el objetivo que se plantea en el segundo apartado. En el apartado tercero se examinan los modelos clásicos de la proporcionalidad y de la atribución extrínseca. Si bien es cierto que ninguno de estos dos modelos han generado controversias doctrinales y tampoco son los referentes directos o específicos de la *analogia legis* ni de la *analogia iuris* se justifica su breve estudio porque esclarecen aspectos principales de la analogía cuando esta se concibe como instrumento metodológico básico del razonamiento jurídico. En el apartado cuarto —donde se sustancia el núcleo de mayor entidad de este trabajo— se examina la elaboración tomista y suareciana de la analogía de proporcionalidad y de atribución intrínsecas para justificar que el fundamento de la *analogia iuris* se encuentra en la analogía de proporcionalidad intrínseca y que el fundamento de la *analogia legis* se remite a la analogía de atribución intrínseca, fruto del genio creador del *Doctor Eximio*, cuyo quinto centenario hoy recordamos.

2. UNIVOCIDAD, EQUIVOCIDAD Y ANALOGÍA. DEL PARADIGMA DE LA UNIVOCIDAD A LA RELACIÓN JURÍDICA BASADA EN LA ANALOGÍA

Son términos unívocos aquellos que se dicen en un sentido completamente igual y que tienen el mismo nombre con un significado perfec-

tamente igual en todas ellas. Decía Aristóteles que “las cosas se llaman unívocas cuando no solamente llevan el mismo nombre sino que su nombre significa lo mismo en cada caso y tiene la misma definición” (Aristóteles, 1967: *Categorías*, 1 a), c. 1.). La característica principal del término unívoco es que se verifica de manera perfectamente igual en los inferiores, independientemente de la relación que exista entre ellos. Es aquel término que tiene una razón común (*eadem ratio*) que se identifica realmente con los que están bajo su campo semántico. Por ejemplo, el término genérico “animal” referido a “hombre” a “caballo” o a “pez” se verifica por igual en estos tres, prescindiendo de las diferencias entre ellos e independientemente de la relación de uno con respecto a los otros. O bien, el término específico “hombre” con relación a “Pedro” o “Andrés” se realiza en ambos de manera igual y con independencia de la similitud que exista entre ellos. La *eadem ratio* “hombre” se da por igual en ambos, siendo distintos Pedro y Andrés (Hellín, 1947: 34-36). Según Suárez, siguiendo a Duns Scoto, a la mera unidad formal del concepto unívoco hay que añadir la necesidad de que la *eadem ratio* descienda a sus inferiores con perfecta unidad e indiferencia. Los conceptos y los nombres son unívocos, por tanto, cuando se verifican en los inferiores de modo perfectamente idéntico (Suárez, 1960, XXXII, II, 15¹. Para que se produzca la univocidad no se requiere, sin embargo, según la concepción suareciana, que el concepto conlleve una precisión plena o perfecta de las diferencias de los inferiores sino que basta con que se produzca una precisión no perfecta (Suárez, 1960: II, II, 32)². Así, el concepto de “sustancia” aplicado a varias sustancias creadas (por ejemplo “sustancia” aplicado a “hombre” y a “ángel”) y el de “accidente” aplicado a varios accidentes son conceptos unívocos.

El término equívoco es, según Aristóteles, el que se dice de muchos seres en un sentido totalmente diverso (*ratio omnino diversa*). Las cosas son equívocas “cuando tan solo tienen de común el nombre, mientras que la definición de su esencia es distinta” (Aristóteles, 1967, *Categorías*: 232). En el término equívoco no hay, como sostiene Suárez, un concepto único sino dos o más que son totalmente diversos y que no están vinculados por ninguna relación causal o de proporcionalidad (Suárez, 1960: II, 32, 1). El

-
1. *Et ita solvitur fundamentum Scoti. Recte enim probat ens significare substantiam et accidens medio eodem conceptu formali et obiectivo; negamus tamen id satis esse ut sit univocum proprie, nisi sit etiam perfecte unum in habitudine et indiferentia ad inferiora*. Véase, también: XXVIII, III, 2; XXXII, II, 6.
 2. *Ens autem si praecise sumatur et quasi immobiliter, no est hoc modo unum, sed ratione tantum; si autem sumatur distributive et pro singulis entibus, sic quidam unumquodque ens unum est, non tatum omnia sunt unum*”.

Doctor Eximio pone como ejemplo “can” aplicado a un animal y a una constelación (Suárez, 1960: XXXII, II, 25)³. En el término equívoco los conceptos carecen de vínculo de semejanza y de proporción entre ellos por lo que autores como Suárez y los escotistas rechazaban la equívocidad como mecanismo para otorgar atributos a los entes o para referirse a la divinidad.

En definitiva, el término unívoco expresa identidad y el término equívoco contradicción y multivocidad, pero existe un punto intermedio entre ambos que se remite a los términos analógicos que no son del todo unívocos ni tampoco son pura multivocidad o plurivalencia. Estos términos muestran, por un lado, un núcleo fijo de unidad, pero por otro están abiertos a diferentes significados. Sólo así pueden establecerse vínculos entre lo que es semejante, pero diverso. Este punto intermedio entre univocidad y equívocidad es el ámbito semántico de la analogía que significa etimológicamente “correspondencia con el logos” o “de acuerdo con el logos”, por lo que puede decirse que la analogía es unidad de relaciones y unidad de correspondencia. En tanto que es relación, la analogía es semejanza, vecindad o aproximación de las cosas entre sí en el sentido estoico y agustiniano (Obispo de Hipona San Agustín, 2012: *passim*), afinidad y proporción. Como dijo Tomás de Aquino, la analogía es concordancia adecuada a una relación (Tomás de Aquino, 1956: I., 13, 5). Ni es total identidad ni completa diferencia, sino punto medio entre identidad y contradicción, unidad de la correspondencia entre diferentes esencias.

En la teoría clásica de la analogía —una tradición que nace con Sócrates, Platón, Aristóteles y que continúa en Plotino, Proclo, Porfirio, San Agustín, Tomás de Aquino, Cayetano y Suárez (Platzeck, 1954: 30-43: 58-64) el ser, el predicado central de toda realidad, es uno, pero se dice de diversas maneras. Hay una diversidad gradual y proporcionada de modos de manifestarse el ser según el grado específico de participación. Estos modos de manifestarse el ser a la vez concuerdan y se diferencian entre sí en la medida en que participan diversamente en aquello que todos tienen de igual y común. Es decir, participan diversamente de aquello en lo que coinciden. De ahí que la analogía sea acuerdo y diferencia, unidad y variedad del ser concreto. Conocemos una realidad concreta por comparación con otra realidad concreta que nos es más conocida que la queremos conocer. Si sólo hubiera una completa heterogeneidad no existiría la posibilidad de comparación ni tampoco de conocimiento. Si la variedad diera como resultado una pluralidad última sin vinculaciones entre sí el ser concreto quedaría aislado, igual en sí mismo y sin contacto con otra realidad. No habría posibilidad de conoci-

3. (“...ut canis respectu animalis et sideris”).

miento allí donde no hay relación y diferencia. Por tanto, el conocimiento es posible pero no por total univocidad o por completa equivocidad, sino por analogía. El razonamiento analógico permitirá percibir cuánto de identidad hay en lo diferente y cuánto de coherencia y unidad emerge de lo fragmentario y de lo múltiple.

Aplicada esta noción de analogía al sistema jurídico, ha de concluirse con Kaufman⁴ y otros importantes autores (W. Hassemer, J. Esser, W. Krawiets, K. Opalek, A. Peczenik, Larenz...) que dicho sistema no es sólo una suma o conjunto de normas sino más bien un conjunto de elementos lógicamente conectados y un conjunto de relaciones de correspondencia que propician su unidad (Zaccaria, 1991: 43: 46). El Derecho es, por tanto, una red de relaciones⁵ en donde todo depende de todo, por lo que aplicar una norma es aplicar la totalidad del sistema normativo. En esta concepción relacional corresponde, en el orden gnoseológico, un conocimiento por analogía que consistirá en un continuo proceso de similitudes y diferencias. La auténtica analogía no ha de entenderse como correspondencia empírica de hechos particulares sino como “correspondencia conceptual dentro de una estructura de relación” (Kaufmann, 1990:111). La relación jurídica se produce entre la norma y el caso en cuanto que éste es construido de acuerdo con la norma y ésta es interpretada de acuerdo con el caso. En el razonamiento analógico es el juez quien tiene que considerar, ante la presencia de una laguna, si dos situaciones pueden tener el mismo valor jurídico estableciendo un criterio de relevancia. Esta operación consiste en poner en correspondencia la norma legal con la realidad del caso presentado en el ámbito de la experiencia. En sentido amplio, puede afirmarse que el recurso metodológico a la analogía emerge en toda interpretación del derecho.

Esta tesis acerca del carácter analógico del Derecho y del conocimiento jurídico fue olvidada o rechazada, sin embargo, en el paradigma dogmático de la ciencia jurídica que tiene sus raíces en el racionalismo filosófico. Dicho paradigma dogmático rechazó la analogía, llevado de la pretensión científica del conocimiento unívoco, dentro del ideal de un saber jurídico construido al modo geométrico. Los orígenes de esta actitud hay que buscarla en el nominalismo (De Andrés, 1969: *passim*) en donde la analogía

4. Esta tesis de Kaufmann fue expresada inicialmente en *Analogía y naturaleza de la cosa* (1976). Este mismo autor subraya otros aspectos importantes relacionados con la analogía tales como la hermenéutica (Kaufmann, 2016: 133-142).

5. Tomás de Aquino, que se desenvuelve entre los parámetros de una ontología sustancialista, reconoce la importancia de la idea de relación como constitutiva de lo jurídico cuando afirma: *Ordo non est substantia sed relatio* (Suma Teológica I, 2).

perdía su significado desde el momento en que se negaba toda realidad a las esencias y sólo se atribuía la existencia a lo individual y a lo concreto. Una vez afirmada la individualidad del ser, las cosas ya no están relacionadas por vínculos entre sí, sino que hay entre ellos una total diferencia. Con el nominalismo el “sensus naturalis” y la “naturalis ratio” de la tradición estoica y aristotélico-tomista decayeron como paradigma explicativo (Vallet de Goytisolo, 1997: 64-65)⁶. El iusnaturalismo racionalista (Leibniz, Spinoza, Wolff...) también desconoce la analogía una vez que se adopta como paradigma metodológico el modelo geométrico-matemático y el criterio cartesiano de las ideas claras y distintas. El conocimiento habrá de ser unívoco y coherente quedando fuera del paradigma gnoseológico los conceptos poco claros como la analogía o la equidad. Prueba de ello es, por ejemplo, cómo Leibniz explicaba la equidad conforme a parámetros propios de su idealismo racionalista, no basando su explicación en cuestiones de hecho o de experiencia sino en el mecanismo racional y abstracto de la definición (Leibniz, 1960: 292-295). Lo que había sido la “episteme” del siglo XVI, todavía basada en las estructuras cognitivas de la “*convenientia*”, de la “*aemulatio*”, de la “*analogía*” y de la “*simpatía*”, según el diagnóstico de Foucault (Foucault, 1978: 26-34), se percibía ya como algo pobre pues la semejanza no permanece estable en sí misma sino que se remite siempre a otra similitud y así sucesivamente, de modo que cada semejanza sólo vale por la acumulación de todas las demás semejanzas. Si en Francis Bacon las ilusiones de la semejanza provienen de los ídolos de la caverna, del foro o del teatro (Bacon, 1949: l. I), en Descartes la exclusión de la semejanza queda rechazada con mayor convicción (Descartes, 1967: Reglas, III, IV, VI, VII)⁷.

6. Los juriconsultos romanos medievales interrelacionaban de igual manera la justicia entendida como equidad con la analogía (Paulo, Ulpiano, Imerio, Placentino de Montpellier, Cino de Pistoia...) hasta que ambas figuras (equidad y analogía) quedaron olvidadas y marginadas por el auge del nominalismo y, posteriormente, por el espíritu científico de las luces y por el apogeo del positivismo normativista y cientifista .

7. Los criterios del conocimiento cierto han de buscarse en la identidad, en la diferencia, en la medida y en el orden. El criterio de verdad es la claridad y la distinción y no el juego ilusorio de la semejanza. Esta nueva “*mathesis universalis*” dio entrada al orden científico, haciendo declinar a la vieja categoría de semejanza y afinidad. La analogía fue sustituida por el análisis, y la comparación se entendía como el orden de la identidad y de la diferencia. Si en el juego de la similitud la semejanza se proyectaba *ad infinitum*, ahora se busca la enumeración completa y el inventario exhaustivo de los elementos que constituyen una relación. La actividad del espíritu no consistirá ya en relacionar las cosas entre sí, a partir de lo que ofrece algún parentesco, similitud o comparación, sino en discernir lo que hay de idéntico y de diferente.

Con el positivismo normativista y con el conceptualismo culminó el giro nominalista, por lo que la analogía sólo podía encontrar apoyo en la voluntad expresa del legislador y, a falta de ésta, en la voluntad tácita o presunta del propio legislador, de modo que el juez iría más allá de su competencia si pretendía postergar el derecho positivo.

A pesar del empeño de la dogmática jurídica decimonónica por construir una ciencia del derecho al modo geométrico, no puede, sin embargo, dejar de reconocerse que la analogía es una estructura omnipresente de lo jurídico como lo es de la economía, del arte, de la psicología, de la teología o de las realidades sociales históricas y culturales, en suma, de las ciencias del espíritu donde rige la comprensión más bien que la explicación (Muñoz De Baena, 1992: 11-134). Como dijo Kaufmann, la analogía pertenece “a los trabajos espirituales de más alto rango” (Kaufmann, 1976: 60). Manuel Atienza también asume este punto de vista cuando afirma que “la analogía constituye uno de los nudos por donde pasan algunos de los hilos más resistentes de la teoría del Derecho actual” (Atienza, 1986:187).

Uno de los aspectos, en concreto, que ratifica la tesis del carácter analógico de lo jurídico, desde la perspectiva de una ontología de la relación al modo de Kaufman, tiene que ver con el momento de la aplicación del Derecho. El proceso de subsunción no se realiza mediante un silogismo porque la norma reposa en el plano del deber ser formulado en la norma y la situación reposa en la facticidad empírica. De ahí que, antes de la formulación del silogismo, deben ser igualados y aproximados ambos planos, el normativo y el factual. Tal igualación o proporcionalidad analógica consiste en un ir y venir del ámbito del deber ser al ser, en un reconocimiento de la norma en el hecho y del hecho en la norma.

En definitiva, el lenguaje jurídico o el lenguaje de los textos jurídicos se desenvuelve entre los parámetros de la analogía conceptual (como relación de semejanza y como semejanza de relaciones). Este hecho se manifiesta en la abundancia de conceptos jurídicos indeterminados y de ambigüedades semánticas. La textura abierta del lenguaje jurídico significa que ningún concepto está del todo delimitado y siempre podrá haber otras direcciones en las que un concepto no ha sido definido. En esta situación, el recurso a la analogía como relación de semejanza, como semejanza de relaciones y como razonamiento práctico resulta imprescindible.

Estos aspectos subrayados sobre la dimensión analógica de lo jurídico constituyen el marco conceptual adecuado para poner en relación las elaboraciones clásicas de la analogía con estructuras hoy vigentes en la Teoría del derecho. Como primera tarea será preciso examinar estos modelos clásicos de la analogía para justificar después el vínculo entre dichos modelos y las estructuras de la *analogía iuris* y de la *analogía legis*.

3. LOS MODELOS CLÁSICOS DE LA ANALOGÍA DE PROPORCIONALIDAD EXTRÍNSECA Y DE ATRIBUCIÓN EXTRÍNSECA

3.1. Preliminar

La analogía extrínseca y la analogía intrínseca son dos tipificaciones tradicionales de la analogía a las que se suman otras dos de la tradición aristotélico-escolástica: la analogía de proporcionalidad y la analogía de atribución. En la analogía *extrínseca* el término analógico se predica propiamente de un ente (analogado principal o primero) y de los demás (analogados secundarios) por su relación con el primero. Esta analogía se muestra en el ejemplo de “sano” que se aplica propiamente al “animal” (analogado principal) y también a la “medicina” (analogado secundario) porque es un medio de restablecer la salud.

En la analogía *intrínseca* el término analógico se dice de todos los inferiores o analogados aunque de una manera diversa en cada uno. Un ejemplo es el término “ser” que conviene o se predica de todos los entes, sean éstos creados o increados, sean sustanciales o accidentales.

La especulación escolástica se adhirió al modelo aristotélico de la *analogía entis*, pero introduciendo importantes cambios porque en el contexto medieval y moderno se suscitaban preocupaciones que no existían en la mentalidad griega. El problema básico que se planteó la escolástica, y que llegó a ser un tema recurrente del pensamiento moderno, fue cómo extender la noción de ente de forma que alcanzara a lo infinito (Gómez Caffarena, 1960: 151-166) sin que esa noción fuera unívoca (para no destruir la infinitud al asimilarla a lo finito) ni tampoco equívoca (para que tal noción no se perdiera en el vacío o fuera un mero juego verbal). Para resolver este problema, Santo Tomás acudió al marco aristotélico de la analogía aunque éste marco quedara finalmente alterado, tanto por las elaboraciones de los tomistas como por las llevadas a cabo por la escuela suareciana. Tomás de Aquino no sistematizó la naturaleza y clases de la analogía, si bien hizo abundante uso de ella en las disquisiciones filosófico-teológicas. Sus seguidores se vieron, por eso, en la necesidad de afrontar la tarea de organizar en un sistema coherente las numerosas referencias que hace de la analogía. En el siglo XVI el Cardenal Cayetano (Cayetano [Tomás de Vio], 2005) fue quien elaboró una síntesis de la teoría tomista de la analogía que ha seguido siendo válida en el siglo XX. Cayetano y sus seguidores sostenían que la analogía de proporcionalidad se predica intrínsecamente y que la de atribución se aplica extrínsecamente. Los seguidores modernos de Tomás de Aquino consideraban que para resaltar la idea de creación divina y la idea de trascendencia que conlleva había que acudir a la analogía de atribución,

mientras que para dar énfasis a la idea de inmanencia (proximidad entre Dios y la criatura) había que acudir a la analogía de proporcionalidad. Pero cualquier teodicea que como la de Aquino comienza con la creación había que acudir con mayor obviedad a la analogía de atribución, lo cual planteaba un serio problema a la sistematización tomista hecha por Cayetano según la cual la analogía de atribución se predicaba de manera extrínseca, lo que afectaba al modo en que se habían de referir atributos o perfecciones a la divinidad. Con la atribución (extrínseca) quedaba garantizada la diferencia entre Dios-criatura, pero quedaba sin resolver cómo dar atributos humanos a Dios ya que Éste quedaba alejado del ser humano, al no haber un algo común entre ambos extremos.

Pero existía otra teoría que solucionaba el problema y era la teoría de Suárez, propuesta a comienzos del siglo XVII, que sostenía el carácter intrínseco de la atribución. Pero la rivalidad entre dominicos —seguidores de Santo Tomás— y jesuitas impedía a aquellos asumir un importante punto de vista propuesto por éstos. Sin embargo, muchos seguidores del *Doctor Angélico* descubrieron esta teoría suareciana y abandonaron la tesis de Cayetano por pensar que la analogía de atribución aplicada de manera intrínseca era suficiente para resolver aquel dilema. Pero hay otra razón más de fondo y era que existían dudas acerca de si la propuesta de Suárez era compatible con la metafísica de Santo Tomás (Thompson, 1995: 334-355).

Como —según la tradición señalada— hay atribución y hay proporcionalidad tanto en la analogía extrínseca como en la intrínseca se pueden establecer los siguientes cuatro tipos: (1) Analogía de proporcionalidad extrínseca. (2) Analogía de atribución extrínseca. (3) Analogía de proporcionalidad intrínseca. (4) Analogía de atribución intrínseca.

Con respecto a las dos primeras (proporcionalidad y proporcionalidad extrínsecas) —en las que nos centramos en este apartado— no existen diferencias de interpretación entre las dos principales sistematizaciones: la tomista y la suareciana. En cambio existe controversia con respecto a las dos últimas (proporcionalidad y atribución intrínsecas), que será objeto de nuestro estudio en el apartado cuarto.

3.2. *Analogía de proporcionalidad extrínseca*

En la analogía de proporcionalidad extrínseca el término análogo se predica formalmente de un sujeto o de un ente o de varios por una relación de semejanza simbólica o puramente metafórica. En este tipo de analogía —en torno a la cual no existen diferencias entre las escuelas— la proporción se produce entre muchos términos con respecto a otros (“*plurium ad plura*”).

La proporcionalidad es la más genuina analogía aristotélica, y es aquella semejanza que se expresa en una proporcionalidad con cuatro términos donde el segundo es al primero como el cuarto es al tercero: $A:B :: C:D$. Así, podemos decir que la “vida” (B) es a la “vejez” (A) lo que el “día” (D) es al “atardecer” (C) (Aristóteles, 1967: *Ética a Nicómaco* 1131 a , L. V, cap. 3; *Poética*, 1457 b, cap. 21; *Los Tópicos* (Lib. I, cap. 17, 108 a)⁸. Podemos hablar metafóricamente de la “vejez del día” y del “atardecer de la vida”. Pero el “morir” no entra en relación de causalidad con “el atardecer” o con el “morir de la tarde”. Se trata tan sólo de una comparación o bien de algún tipo de simbolismo o metáfora. Esta analogía de proporcionalidad extrínseca o metafórica es muy utilizada en cualquier ámbito del conocimiento en la medida en que toda semejanza admite una expresión proporcional. Pero la semejanza proporcional es distinta de la semejanza unívoca ya que mientras en ésta el nombre se aplica por igual a dos concretos, en la primera el nombre sólo es aplicable propiamente a un concreto y los demás en virtud de una proporcionalidad. Por eso, las elaboraciones de los escolásticos (la hecha por los tomistas y la suareciana) insistieron en que en esta analogía de proporcionalidad extrínseca hay un analogado principal que recibe la denominación común de manera absoluta mientras que el otro recibe la denominación no absolutamente sino porque guarda una cierta proporción respecto del primer analogado como, por ejemplo, la “risa” del “hombre” y la “risa” del “prado” en razón de su “verdor”. Así, diremos que el verdor del prado es como la risa del hombre, pero la “risa” se aplica propia e intrínsecamente al “hombre” y no al prado. Si la aplicamos a éste es por una cierta proporción de semejanza, es decir, de manera impropia y extrínseca. Así lo expresa Suárez (*Disputaciones metafísicas*, 1960: XXVIII, III, 4)⁹ y de similar modo Cayetano (*Tratado sobre la analogía de los nombres*, 2005: cap. III, n. 25).

-
8. Podemos leer en la *Poética* que hay la misma relación entre la copa y Dionisio que entre el escudo y Ares; el poeta dirá, pues, que la copa es “el escudo de Dionisio”, y dirá que el escudo es “la copa de Ares”. Y podemos leer en *Los Tópicos*: “igual que la vista está en el ojo, así la razón está en el alma, y de la misma manera que la calma está en el mar, así está la falta de viento en el aire”.
 9. “*Analogía proportionalitatis [...] sumitur ex proportione plurium rerum in ordine ad aliquos terminos, et consistit in hoc quod principale analogatum denominatur tale a sua forma absolute considerata, aliud vero, licet a sua forma similem denominationem recipiat, non tamen absolute considerata, sed quia in ordine ad illam servat quamdam proportionem cum habitudine primi analogati ad suam formam; ut homo dicitur ridere a proprio actu ridendi...pratum vero dicitur ridere a viriditate sua, non absolute sed prout servat quamdam proportionem ad hominem ridentem*”.

3.3. Analogía de atribución extrínseca

Aristóteles intentó mitigar la equívocidad acudiendo, tanto a la analogía entendida como proporción o igualdad de razones como acudiendo a la analogía de atribución o relación *ad unum*” (Aristóteles, 1967: *Metafísica*: 1003, L. 4, cap. 2: 1060 b, L. 11, cap. 3). El estagirita refiere (Aristóteles, 1967: *Ética a Nicómaco*, L. 11 cap. 3) el ejemplo de “sano” que se dice en sentido propio del “animal”, pero por relación se predica también de la “medicina” (porque causa la salud); de la “orina” (porque es signo de salud), del “bisturí” (porque es instrumento para propiciar la salud...). En esta analogía “ad unum” o de atribución, que en Aristóteles siempre es extrínseca, no se da un único común entre todos los analogados sino que hay un analogado principal del que se predica propiamente el término (posee propiamente la cualidad atribuida) y otros analogados secundarios a los que también se predica, pero por relación con el analogado principal. Como hemos dicho, no existen diferencias respecto de la analogía de atribución extrínseca por parte de las dos posiciones principales: la representada por la elaboración tomista (Cayetano) y la suareciana.

La analogía “*ad unum*” aristotélica (denominada luego por los escolásticos analogía de atribución) dio origen a la analogía del ser (*analogía entis*) a la que se adhirió la especulación escolástica, aunque introduciendo importantes cambios. Fue precisamente Santo Tomás quien realizó una adaptación del “*ad unum*” dándole un carácter más intrínseco y readaptándolo más tarde para acomodarlo a la proporcionalidad. Gómez Caffarena examina (*Metafísica trascendental*, 1970: 247-291) esta transformación operada por el aquinate con el fin de garantizar la infinita distancia de la divinidad respecto de los demás entes¹⁰. A Suárez, sin embargo, no le resultaba satisfactoria esta analogía de atribución extrínseca porque la atribución hecha a los analogados secundarios se funda únicamente en la contigüidad o en una conexión puramente extrínseca (Suárez, 1960: XXXII, II, 16)¹¹.

10. Para este fin, la proporcionalidad así como la participación platónica y la dialéctica neoplatónica juegan un papel fundamental. Esta apertura tomista hacia la dialéctica y la idea de participación hacen legítimo, según Gómez Caffarena, conectar a Santo Tomás con los problemas de la filosofía moderna en torno a la afirmación del infinito y más en concreto con el “ideal de la razón pura” de que hablaba Kant.

11. “*Nam forma significata per nomen ex se tatum est in uno analogato et non dicit intrinsecam habitudinem ad aliud, sed intellectus noster, considerans aliquam habitudinem extrinsecam, transfert nomen et analogiam complet*”.

4. PROPORCIONALIDAD INTRÍNSECA Y ATRIBUCIÓN INTRÍNSECA EN LA ANALOGÍA JURÍDICA

4.1. Preliminar

Puede decirse, más en concreto, según nuestro criterio, que tanto la denominada por los tomistas analogía de proporcionalidad intrínseca como la concepción suareciana de la analogía de atribución intrínseca son el referente filosófico básico de la actual *analogia legis* y *analogia iuris*, pero tiene mayor alcance explicativo la atribución intrínseca en la *analogia legis* y la proporcionalidad intrínseca en la *analogia iuris*. Tanto en una como en otra se percibe la necesidad de que se hagan presentes dos condiciones: la existencia de elementos distintos entre sí pero conectados por alguna semejanza o proporción, y que esos seres diversos puedan coincidir en un mismo término o concepto común, ya que si hay cosas diversas pero no hay entre ellas ninguna conexión o proporción no habrá analogía.

La razón por la que tanto la analogía de proporcionalidad intrínseca como la analogía de atribución intrínseca constituyen conjuntamente el sustrato filosófico de la *analogia legis* y de la *analogia iuris* —tal como hoy son utilizadas en la en la interpretación y aplicación del derecho— es que entre estas dos últimas existe, en definitiva, una diferencia de grado (Engisch, 1967:187)¹².

En la analogía de proporcionalidad intrínseca —de la que nos ocuparemos a continuación—, como fundamento más específico de la *analogia iuris*, la relación analógica incluye una dosificación de elementos de identidad y de diversidad, pero con mayor presencia de lo equívoco o de los factores extrínsecos. Sin embargo, en la analogía de proporcionalidad intrínseca —como fundamentos más específicos de la *analogia legis* (y de la que nos ocuparemos después)— esa dosificación de la identidad y de la diversidad se produce con mayor presencia de la univocidad y de los factores intrínsecos de la analogía.

En esta mayor presencia de la univocidad y de de la equivocidad se encuentra el mayor grado de ajuste de la analogía de proporcionalidad intrínseca con la *analogia iuris*, y en la mayor presencia de la univocidad se justifica el mayor ajuste con la *analogia legis*. Se trata ahora de justificar dichos ajustes mostrando esa especificidad.

12. Según la opinión más extendida (Ennecerus, Nawiaasky, Engisch, Larenz...), los criterios de distinción entre la “*analogia legis*” y la “*analogia iuris*” es el grado de generalización que se obtiene en uno y otro caso y la diferente base inductiva de la que se extrae la idea fundamental.

4.2. *La analogía de proporcionalidad intrínseca como fundamento filosófico-de la analogia iuris*

De los cuatro tipos de analogía ya referidos, fruto de la combinación de la atribución y proporcionalidad con lo intrínseco o extrínseco de la relación, los que centraron el debate escolástico fueron, como ya se ha anticipado, la analogía de atribución intrínseca, defendida por Suárez y la analogía de proporcionalidad intrínseca representada por el tomismo en general, siguiendo la sistematización de Cayetano. Estas discusiones suscitaron vivas polémicas y el centro de la discusión giraba en torno a la manera de entender lo que en la analogía había de idéntico y de diverso (*simpliciter diversa et secundum quid eadem*).

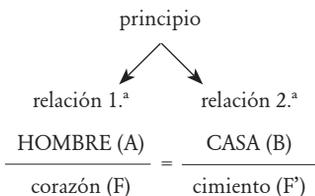
El tomismo en general, siguiendo la sistemática de Cayetano (Hevia Echevarría, 2005: 9-41) pretende conectarse con la tradición aristotélica (*Física*, VII,4, 249 a 22; *Ética a Nicómaco*, I,6 1096 b 26; *Tópicos*, I, 17, 108 a, b...) y con los escritos más significativos de Tomás de Aquino donde trata estas cuestiones, sobre todo el *De veritate*¹³. En esta tradición escolástica tomista, el significado de "*simpliciter diversa et secundum quid eadem*" es explicado por "una discreta dosificación de lo unívoco y de lo equívoco" (Hellín, 1947: 64). El término análogo ha de participar de lo unívoco y de lo equívoco pero con mayor presencia de lo equívoco pues de lo que se trataba, en definitiva, era de dejar garantizada la diferencia entre el término "ser" aplicado a "Dios" y a la "criatura". Los términos análogos participan de la univocidad porque hay semejanza en cuanto a la cosa significada por el concepto análogo, pero también participa de la equivocidad porque hay en ellos diversidad. El término análogo es "*simpliciter diversa*" porque las diferencias impiden que los analogados puedan entrar en un sólo concepto. Pero el término análogo es "*secundum quid eadem*" porque representa a los analogados unidos por el vínculo de la semejanza y de la relación causal (unidad proporcional).

Hay analogía de proporcionalidad intrínseca cuando aquellas cosas que tienen un nombre común y la noción expresada por ese nombre es similar de acuerdo con una proporción. Las cosas que se dicen análogas intrínsecamente no tienen semejanza formal sino sólo semejanza proporcional. Una expresión de esta proporcionalidad la encontramos en Bochenski quien, al examinar la analogía desde un punto de vista semántico y concordando,

13. Los seguidores de Cayetano se basaban, sobre todo, en un pasaje del *De veritate* de Tomás de Aquino (Qu.2.a.11) para defender sus tesis de la analogía de proporcionalidad propia o intrínseca frente a la posición suareciana de la atribución intrínseca (Forment, 2006:28).

según dice, con esta modalidad tomista de la analogía, la define con la siguiente fórmula: “*la expresión a significa en el lenguaje l el contenido f del objeto x*” (Ferrater Mora, 1979: 147).

En esta analogía no hay un analogado principal con relación al cual el analogado secundario participa del término común. El término común no se atribuye primariamente a un extremo y secundariamente al otro ni se extrae una noción común de todos los analogados sino que todos están enlazados en una razón de proporcionalidad entre cada forma y su correspondiente sujeto. Así, por ejemplo, el nombre “principio” dicho del “cimiento” de una “casa” y del “corazón” del “hombre” traduce diversamente una realidad intrínseca verificada propiamente en cada uno de ellos. Es decir, las relaciones de proporcionalidad hombre/corazón y casa/cimiento verifican intrínsecamente y con propiedad la noción de “principio”, aunque tal verificación es diversa en cada elemento de la relación. Esta ejemplificación (“*...ut principium in corde respectu animalis, et in fundamento respectu domus salvatur*”) referida por Cayetano (*Tratado sobre la analogía de los nombres*, 2005: c. 3, n. 26) nos puede servir —considerando las pautas señaladas por Martínez Gómez— para expresar del siguiente modo la analogía de proporcionalidad intrínseca propugnada por el tomismo (Martínez Gómez, 1948: 229-230):



A y B = analogados igualmente principales

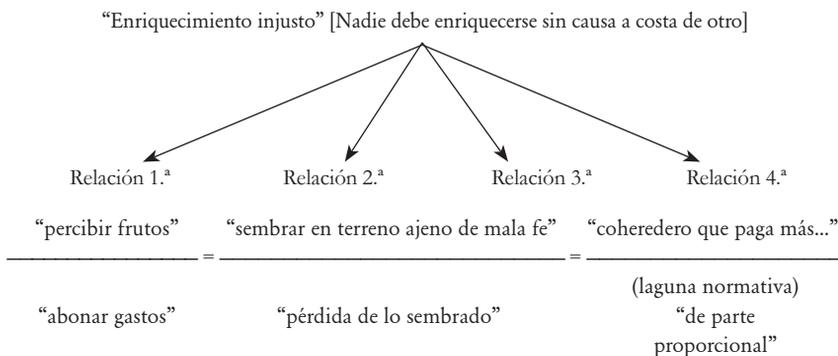
F y F' = formas en sentido propio con diverso grado de perfección

→ = aplicación en sentido propio (intrínseco)

Trasladando esta estructura de la analogía de proporcionalidad intrínseca a la relación jurídica de analogía se puede apreciar que esa elaboración constituye el fundamento filosófico de la *analogía iuris* en el modo en que se concibe hoy esta modalidad del razonamiento por analogía (Salguero, 2002:167-179). En efecto, esta estructura de la analogía de proporcionalidad intrínseca se proyecta en la *analogía iuris*, dado que en esta se procede a la configuración de un principio extraído inductivamente a partir de un número determinado de normas jurídico-positivas con vistas a rellenar un caso no regulado, aplicando luego deductivamente dicho principio.

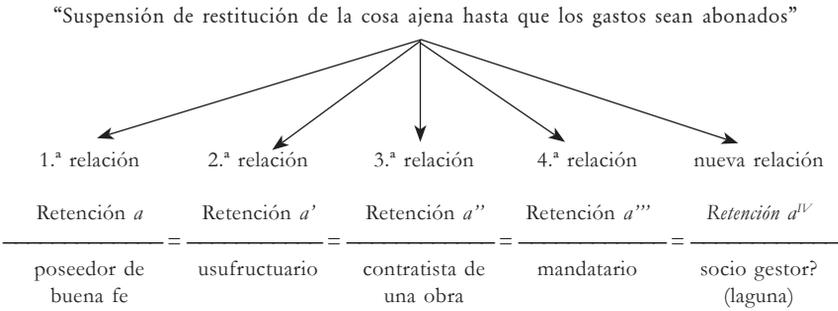
Tomando como referencia este ejemplo propuesto por Cayetano en donde el término “principio” se aplica y se verifica intrínsecamente, aunque de manera diversa, en la relación de proporcionalidad hombre/ corazón y casa/fundamento, proponemos el principio del “*enriquecimiento injusto*” como ejemplo de *analogía iuris*. Con esta ilustración podrá apreciarse el paralelismo existente entre la elaboración tomista de la analogía de proporcionalidad intrínseca y la *analogía iuris* tal como es concebida hoy en el ámbito de la interpretación y aplicación del derecho.

El esquema explicativo puede ser el que se expresa a continuación. Este principio del “*enriquecimiento injusto*” se obtiene por inducción a partir de un determinado conjunto normativo, en concreto, a partir de los siguientes artículos, entre otros, del Código civil: 356, 361, 362, 453, 505, 1085... Todos estos preceptos legales tienen como denominador común que el legislador “no quiere que quien recibe una cosa sin razón jurídica suficiente se enriquezca con ella”. El principio del enriquecimiento injusto no queda expresado en ninguno de estos preceptos jurídicos, pero podemos obtener de los mismos la regla que constituye el motivo y la *ratio* de todos ellos: “*nadie debe enriquecerse sin causa a costa de otro*” (Yzquierdo Tol-sada, 2000: 118). Este principio así obtenido, se proyecta en varias posibles relaciones vinculadas a la base normativa de donde se extrae el principio en una relación de proporcionalidad. Así, en una primera relación diremos que “percibir frutos” y “abonar gastos” (ex art. 356 CC) está en la misma relación de proporcionalidad que “sembrar en terreno ajeno de mala fe” y “pérdida de lo sembrado” (ex art. 362 CC), o “el coheredero que paga más de lo que le corresponde” y la “reclamación de la parte proporcional (ex art. 1085 CC). Las relaciones de proporcionalidad (“percibir frutos”/abonar gastos”; sembrar en terreno ajeno de mala fe”/pérdida de lo sembrado”; coheredero que paga más de lo que le corresponde”/reclamación de la parte proporcional) verifican intrínsecamente y con propiedad la noción de “*enriquecimiento injusto*”, aunque esa verificación es diversa en cada elemento de la relación de proporcionalidad. Es decir, el término “enriquecimiento injusto” se predica propiamente en cada una de esas relaciones de una manera diversa (*simpliciter diversa*), pero relativamente idéntica (*secundum quid eadem*) porque existe una semejanza proporcional pero no real o formal. Todos los analogados del ejemplo están vinculados o enlazados en una razón de proporcionalidad que brota de la noción común de “*enriquecimiento injusto*”. Como representación gráfica —en paralelismo del ejemplo de la tradición clásica— puede valer la siguiente:



Como parte de la estructura de la *analogía iuris* (expresada en este gráfico en la relación 4.ª) la noción o término común (“*nadie debe enriquecerse sin causa a costa de otro*”) que es el principio inductivamente obtenido podrá aplicarse a otra nueva relación en la cual se presenta una laguna normativa. Esa ausencia de regulación se podrá rellenar aplicando por *analogía iuris* este mismo principio del “enriquecimiento injusto”.

Díez-Picazo nos ilustra acerca de este mecanismo de rellenar lagunas por *analogía iuris* cuando se refiere al caso del “socio gestor de una sociedad” (Díez-Picazo, 1993: 281-282.). Se trata de saber si el socio gestor de una sociedad tiene o no tiene derecho, al liquidarse ésta, a retener determinados bienes en tanto no se le reembolsen los gastos que él realizó de su peculio personal. No existe ninguna norma en nuestro código civil que haga previsión de este supuesto, pero existen normas que atribuyen un derecho de retención al poseedor de buena fe (art. 453), al usufructuario (art. 522), al contratista de una obra (art. 1600), al mandatario (art. 1730)... De todos estos artículos se puede extraer como denominador común una regla general que podría decir: “Cuando por consecuencia de una determinada relación jurídica anterior se han realizado gastos en cosa ajena y existe la obligación de restituir la cosa, puede suspenderse esta restitución hasta que esos gastos sean abonados”. Este principio o noción común, obtenida por inducción a partir de los artículos citados, puede aplicarse —en virtud de la *analogía iuris*— al caso no regulado (laguna normativa) del “socio gestor de una sociedad” al liquidarse ésta. Esquemáticamente se puede expresar del siguiente modo:



4.3. La analogía suareciana de atribución intrínseca como fundamento filosófico de la analogía legis

Suárez examina ampliamente en las *Disputaciones metafísicas* este tipo de analogía —la que es para el *Eximio Doctor* la verdadera analogía— y la defiende frente a la concepción tomista de la proporcionalidad. En esta analogía de atribución —de modo diferente a lo que sucede en la analogía de atribución extrínseca— el término analógico se verifica formal e intrínsecamente en todos los que quedan bajo su ámbito, en todos los analogados (Suárez, 1960: XXXII, II, 14)¹⁴, prescindiendo —aunque no del todo— de las diferencias que hay entre ellos. La forma dominante está intrínsecamente tanto en un extremo como en el otro, aunque en uno absolutamente y en el otro por relación a él (Suárez, 1960: XXVIII, III, 14)¹⁵. Esta analogía es intrínseca porque se predica de todos los analogados, pero de manera diversa. Es de atribución porque conviene a los analogados secundarios por dependencia o participación respecto del principal por razón de prioridad, posterioridad o relación de causalidad. Pero la atribución al analogado secundario se hace también en sentido propio de modo que al definir al segundo analogado por la “*ratio*” del término común no hace falta —como ocurre en la analogía de atribución extrínseca— hacerlo sólo por relación

14. “...altera quae dicit formam seu formalem intrinsece inventam in omnibus analogatis cum aliquo ordine vel habitudine eorum inter se”.

15. “...duobus modis generatim loquendo, posse aliquam rem denominari per attributionem ad aliam. Unus est, quando forma dominans in uno extremo tantum est intrinsece, in aliis vero dolum per extrinsecam habitudinem...Alter est, quando forma denominans intrinsece est in otroque membro, quanvis in uno absolute, in alio vero per habitudinem ad aliud ut ens dicitur de substantia et accidente; accidens enim non denominatur ens extrinsece ab entitate substantiae, sed a propria et intrinseca entitate, quae talis est ut tota consistat in quadam habitudine ad substantiam. Inter quos duos modos est multiplex differentia”.

al analogado primero sino que la definición cae completamente dentro de ese término común. Por eso, de ambos analogados puede extraerse como denominador común una noción o concepto, cosa que no podía ocurrir en la atribución extrínseca (Suárez, 1960: XXVIII, III, 14)¹⁶. En esta analogía hay —como dice Martínez Gómez— “una conexión directa e interna desde dentro de la misma razón expresada por el término común, en el sentido de que aquella está primordialmente realizada en un extremo y de él se deriva a realizarse en otros de un modo subordinado. En toda analogía hay un análogo principal al que de algún modo se orientan los analogados secundarios. Esta principalidad y subordinación en la realización de la razón análoga o al menos en la participación de la denominación común es el rasgo más característico de la analogía de Suárez” (Martínez Gómez, 1948:226-227).

Suárez puso gran esmero en afianzar su nueva concepción de la analogía de atribución intrínseca acudiendo a autoridades de la antigua escolástica y a Aristóteles (Suárez, 1960: XXXII, II, 13; XXVIII, III, 17)¹⁷. Esta posición suareciana acentuaba la univocidad y no la equivocidad de los que participan los términos análogos. La posición de Suárez es, por eso, más próxima a los escotistas (Suárez, 1960: XXVIII, III, 2). Con éstos sostiene que hay una “*ratio absoluta*” para todos los entes que hace que cuando el término o concepto análogo “ser” se aplica, por ejemplo, a “Dios” y a “las cosas creadas”, la atribución hecha es idéntica en ambos. Pero no sigue a los escotistas en la idea de que no hay ninguna equivocidad (ni lógica ni metafísica) al predicar el término “ser” sino que hay, además, una “*ratio communis*” diversificada que hace que el modo de predicar el ser a los analogados, por ejemplo, “ser” aplicado a “Dios” y a “criatura”, no sea idéntico (Thompson, 1995: 356).

Mientras que los tomistas creían que nunca hay semejanza formal entre los seres analogados sino sólo semejanza proporcional, Suárez piensa que puede haber semejanza formal en la razón común de los analogados aunque con mezcla de desemejanzas y con diversa verificación por razón de prioridad /posterioridad, o por razón de la vinculación causal. Esta nota de la prioridad o posterioridad es uno de los rasgos que caracterizan a la concepción suareciana de la analogía pues sirve para señalar las diferencias entre los términos analogados. De no darse

16. “...datur unus conceptus communis formalis et obiectivus, quia analogata proprie et intrinsece talia sunt, vereque in tali ratione conveniunt, quam potest mens abstracte seu praecise concipere uno conceptu omnibus communis”.

17. Cita, en concreto: *Ética a Nicómaco*, L. I, c. 6; *Metafísica*: L. IV, c. 2; L. V, c.6; L. VII, c. 4; L. XI, cap. 4; L. XII, c. 4.

esta nota no podría justificarse la diferencia y entonces estaríamos no en la analogía sino en la univocidad. Cuando, por ejemplo, se aplica el término “viviente” a todos los vivientes al no haber orden de prioridad o posterioridad estamos ante un término unívoco y no análogo (Suárez, 1960: II, II, 34; XXVIII, II, 16 y 17...; XXXII, II, 14, 15, 16). Se han formulado distintas opiniones sobre este rasgo de la prioridad/posterioridad. Hay quienes afirman (P. Blanch y Balthasar) que este criterio es conforme con el punto de vista tomista. Otros (Ramírez...) dicen que esta nota no es esencial para construir la analogía (Hellín, 1947:76).

Suárez propone, en definitiva, frente a la analogía de proporcionalidad la analogía de atribución intrínseca pues con ésta se cumplen dos objetivos básicos: aliviar el exceso de equivocidad (puesto que hay una “ratio absoluta” que se predica idénticamente) y aliviar el exceso de univocidad (puesto que hay unas “*rationes communes*” que hacen que los términos no se prediquen de modo idéntico).

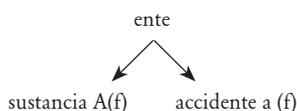
Suárez resalta la idea de que la verificación formal e intrínseca del término análogo en todos los inferiores (analogados) se debe a que hay una *communis ratio* a todos ellos respecto de aquel: “Propter hanc immediatam significationem conceptus seu rationis communis entis potest propriissime ens distribui (...) Atque hoc modo est optima illa communis ratio, quod est in quantum ens” (Suárez, 1960: 2, II, 23). Por esto, el concepto de ser, aplicado, por ejemplo, a la sustancia creada o al accidente, no representa una nota distinta en los diferentes modos de ser sino que todas esas diferencias en tanto que son semejantes por su razón de ser (*communis ratio*) se representan por un sólo concepto. Todas esas diferencias convienen, en efecto, en el mismo término “ser”. Este concepto, al no representar específicamente la “sustancia” o el “accidente” no deja de representarlos a cada uno sino que lo hace bajo el aspecto de semejanza que tienen uno y otro (Suárez, 1960: II, VI, 2)¹⁸. Este concepto “ser”, o cualquier otro término susceptible de ser aplicado analógicamente, es uno en tanto que desde su *communis ratio* no indica ninguna diversidad y se predica de todos los inferiores sin restricciones (Suárez, 1960: XXVIII, III, 17)¹⁹. Pero es imperfectamente uno porque no deja fuera de sí las diferencias sino que las contiene aunque de una manera indeterminada, ya que la *communis ratio* se verifica muy diversamente en los distintos analogados. El término análogo aplicado intrínsecamente no se atribuye explícitamente sino sólo indeterminadamente en tanto que los

18. “Nulla admissio conceptu praeciso entis, nulla contractio ipsius necessaria”.

19. “Vera analogia attributionis invenitur in membris intrinsece formam habentibus”.

inferiores (los analogados) se definen por la *communis ratio*. Esto significa que los contiene “en potencia de determinación expresiva”, es decir, que “el concepto análogo intrínseco no es como las nociones genéricas que prescinden mutuamente de sus diferencias”, pues “las diferencias se definen por el mismo concepto común, por donde toda diversidad nacerá del concepto común, y no de cosa ajena a él” (Hellín, 1947: 101).

Tomando como ejemplo el “ente” atribuido a la “sustancia” y al “accidente” puede esquematizarse la analogía suareciana de atribución intrínseca —siguiendo las aportaciones de Martínez Gómez— del siguiente modo (Martínez Gómez, 1948: 226-227: 230-234):



A = analogado principal

a = analogado secundario

(f) = concepto común abstraible e imperfectamente prescindido

a(f) = concepto común participado por *a* respecto del *ente* con independencia de *A*

A(f) = concepto común participado por *A* respecto del *ente*.

→ = vinculación por causa/efecto anterioridad/posterioridad

→ = atribución intrínseca

Como puede apreciarse por lo dicho hasta ahora, esta concepción suareciana de la analogía (analogía de atribución intrínseca) en la que el término análogo se dice de muchos, en parte en el mismo sentido (porque hay una forma idéntica en todos los analogados) y en parte en sentido diverso (porque esa forma se diversifica en cada analogado), es el fundamento filosófico de la *analogia legis*, pues en ésta se hace presente una *ratio* y una *identitas rationis* en cuya virtud se extiende a otros casos semejantes no previstos en una norma. Se observa que sólo si sostenemos, como hace Suárez, que hay una *ratio* que se predica idénticamente y que hay unas *rationes* que hacen que los términos no se prediquen de modo idéntico en los analogados, entonces quedará aliviada tanto la equivocidad como el exceso de univocidad. Todo este trasfondo filosófico es el que late tras la figura actual de la *analogia legis*. En la atribución intrínseca a que nos venimos refiriendo se acentúa la semejanza formal y no meramente proporcional, en virtud de la *communis ratio* aunque con mezcla de disimilitudes y con diversa realización. Por eso, se muestra como el molde más apropiado de la *analogia legis*.

Si trasladamos el ejemplo señalado de la atribución intrínseca (el “ente” referido a la “sustancia” y al “accidente”) al ámbito de la *analogia legis* que

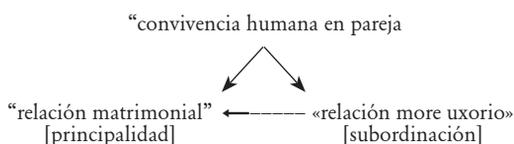
se plasma en el artículo 4.1 del Código Civil²⁰ podemos hacer las siguientes consideraciones:

1.^a) El término “ente”, siguiendo la concepción suareciana y considerando la expresión gráfica antes señalada, es aplicado a los dos analogados “sustancia” y “accidente” de manera intrínseca y en sentido propio porque ambos comparten una misma *communis ratio*. De esta manera, se acentúa la univocidad, pero no hasta el punto de que desaparezca por completo la equivocidad como sostenían los escotistas porque, según la concepción suareciana, el término común se dice de muchos en parte en el mismo sentido (porque la *ratio* es idéntica en todos los analogados) y en parte en sentido diverso (porque esa *ratio communis* se diversifica esencialmente en cada analogado). Estos elementos diferenciales o desemejanzas entre los analogados se producen por razón de las relaciones de prioridad/posterioridad o causa/efecto entre ellos. De no ser así, estaríamos en la univocidad. En el ejemplo del “ente” referido a “sustancia” y a “accidente” esa diferencia entre los analogados se produce por razón de la prioridad que existe de la “sustancia” respecto del “accidente” (como se expresa gráficamente). Esa es la razón de la diferencia y la *communis ratio* se verifica diversamente en ambos aunque se predica o atribuye intrínsecamente o en sentido propio en ambos. De este modo, se evita caer en la univocidad escotista y se alivia el exceso de equivocidad a que inducen la atribución extrínseca y la proporcionalidad.

2.^a) Trasladando este pensamiento sobre la atribución intrínseca suareciana a la estructura de la analogía legis, perfilada ampliamente en la doctrina reciente, tenemos que, en efecto, también en la *analogía legis* se evita la univocidad y el exceso de equivocidad. Bobbio ha definido la analogía como “aquella operación realizada por los intérpretes del derecho (juristas y jueces en particular) mediante la cual se atribuye a un caso, o a una materia que no encuentra una regulación expresa en el ordenamiento jurídico, la misma disciplina prevista por el legislador para un caso o para una materia semejante”(Bobbio, *Analogía*, 1957: 602). Muchos teóricos y metodólogos del derecho se han ocupado del origen, concepto y estructura de la analogía jurídica: A. Hernández Gil, J. Vallet de Goytisolo, F. Clemente de Diego, Tarello, Pattaro, Ost, Betti, Larenz, Engisch, Carnelutti, Guastini, Atienza, P. Nerhot, U. Klug... (Salguero, 202: 79-100). Para justificar este paralelismo de estructura tengamos como ejemplo el término “*vida humana en pareja*”

20. “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

que se aplica a los dos analogados “*relación matrimonial*” y “*relación more uxorio*”:



El término “*convivencia humana en pareja*” encierra una *communis ratio* que se verifica intrínsecamente y se predica en sentido propio en los dos analogados (“*relación matrimonial*” y “*relación more uxorio*”), pero de manera diversa. Esto es así porque la conexión interna de ambos analogados con respecto al término común se realiza primordialmente en uno (en este caso en la “*relación matrimonial*”) y en el otro (“*relación more uxorio*”) de modo subordinado o en virtud de una determinada dependencia o participación. Esta principalidad y subordinación entre los analogados respecto del término común es —como dice Martínez Gómez (1948: 250)— el rasgo más característico de la analogía suareciana de la analogía de atribución intrínseca, y se aprecia que también lo es de la *analogia legis*.

3.^a) La semejanza de casos y la identidad de razón, como rasgos más destacados de la estructura de la *analogia legis*, se aprecian claramente en la atribución intrínseca pues, en efecto, la *identitas rationis* se remite a la *ratio legis* subyacente a la norma del caso regulado. En nuestro ejemplo esa regulación procede, entre otros, de los artículos 1396 y siguientes del Cc. para resolver la sociedad de gananciales, una vez producida la separación matrimonial. La semejanza de casos y el establecimiento del círculo de semejanza entre el caso regulado (“*relación matrimonial*”) y el no regulado (“*relación more uxorio*”) se manifiestan en esa relación de horizontalidad entre ambos analogados, si bien la atribución del término común se hace primordial o principalmente respecto de la “*relación matrimonial*” y de manera subordinada respecto de la “*relación more uxorio*” por similitud, una vez que se determina que lo relevante es la semejanza con la “*relación matrimonial*”. Una vez determinada la semejanza de los casos y la identidad de razón, y en aplicación del criterio que subyace a esta “*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*” (Carneluti, 1955: 130), se rellena la laguna en aplicación del artículo 4.1 del Cc.

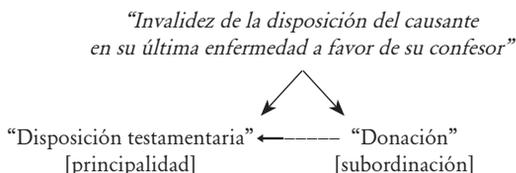
Esta idea del círculo de semejanza, del que se ocupa U. Klug (1961: 184-186) —y que constituye la clave para la aplicación de la analogía— hace referencia al conjunto de notas en las que los casos o supuestos son comunes, siendo algunas de esas notas esenciales o idénticas. Éstas últimas son

las que constituyen el círculo de semejanza. La tarea del juez consiste en apreciar la existencia o inexistencia de ese círculo de semejanza entre el caso regulado y el caso no regulado (Villar Palasí, 1975: 184 y ss.).

Este círculo de semejanza entre la “*relación matrimonial*” y la “*relación more uxorio*”, al que se refiere la ejemplificación propuesta, ha sido un amplio campo de pruebas para determinar que, efectivamente, se produce dicho círculo por compartir una misma *ratio legis*, pero verificada de manera diversa. La cuestión suscitada en esa amplia casuística se refiere a las situaciones de hecho creadas en el ámbito de las uniones extramatrimoniales, que presentan similitudes: convivencia cotidiana, afectividad de tipo familiar con presencia del elemento sexual, estabilidad, compartir fines e intereses comunes con manifestación externa y pública de las actitudes con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados etc.²¹ y diferencias: fundamentalmente, falta de formalización de un acto libre y consciente, constitutivo de un estado civil: el matrimonio (López-Azcona, 2002: 24-27)²². Determinar si las semejanzas deben o no prevalecer sobre las diferencias, es decir, ponderar si las semejanzas afectan o no a la *ratio* de la norma cuya aplicación se pretende, es cuestión sobre la que el TS ha tenido que pronunciarse²³.

Otra ilustración de este mismo paralelismo entre la analogía suareciana de atribución intrínseca y la *analogia legis* puede extraerse del modo en que puede rellenarse la laguna normativa que existe en la “*donación*” (si podrá el donante hacer la donación a favor de su confesor en la última enfermedad del donante), acudiendo para ello al caso regulado y previsto en el artículo 752 del CC²⁴ en relación con la “*disposición testamentaria*”. Tendríamos el siguiente esquema:

-
21. La jurisprudencia estima como relevantes las notas comunes de estabilidad, permanencia, continuidad, publicidad. La STS de 30 de diciembre de 1994 (R.10391), incluye la *affectio maritalis*.
 22. Las notas por las que suele excluirse la semejanza, por lo que se da relevancia a la diferencia, son: relaciones puramente laborales, de amistad o de noviazgo y ausencia de toda formalidad. Véanse STS, 22 de junio 1993 (R.6274) y 18 de noviembre, 1994 (R.8777).
 23. Es abundante la jurisprudencia y la casuística sobre situaciones en las que unas veces se aprecia analogía (*identitas rationis*) entre el caso regulado y el no regulado, y otras veces no se aprecia al entender que lo relevante no es la semejanza sino la diferencia.
 24. “No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiere confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto”.



La *identitas rationis*, en este ejemplo propuesto reside en el principio subyacente a la regulación normativa del art. 752 para el caso específico de las disposiciones testamentarias. La semejanza de los casos a la que se refiere el art. 4.1 del Cc. se produce una vez que se justifica el círculo de semejanza entre la institución de la “*disposición testamentaria*” y la institución de la “*donación*”. Hay que determinar que lo relevante en ambos casos es la semejanza y no la diferencia, aunque existan notas diferenciales entre ambas instituciones. Una vez establecido el círculo de semejanza, se aplica —en virtud de la *analogia legis*— la norma del caso regulado a caso no regulado. Por otra parte, se aprecia, como también ocurre en analogía suareciana de atribución intrínseca, la “principalidad” y “subordinación” entre “*disposición testamentaria*” y “*donación*” pues es ahí donde reside especialmente la noción de analogía de atribución, si bien es intrínseca porque la *ratio* que reside en la norma respecto del caso regulado se predica en sentido propio a ambos analogados, dado que es esa *communis ratio* la causa última de la aplicación analógica.

5. CONCLUSIONES

1.^a) Tanto la analogía de atribución como la analogía de proporcionalidad (en los distintos modelos examinados) constituyen la razón histórico-filosófica y el substrato gnoseológico de la analogía jurídica, cuando ésta se concibe como estructura básica del razonamiento práctico en general y del razonamiento jurídico en particular. Esto es así porque tanto la analogía de atribución como la de proporcionalidad conlleva la idea de que en el seno de lo igual o de lo semejante está también lo desigual, y porque, además, ambas suscitan la idea de que hay grados mayores o menores de diversidad en lo que es semejante, y por lo mismo subrayan la idea de que los términos encierran una esencial plurivalencia que aflora en el momento de su aplicación a los hechos.

2.^a) La analogía de atribución extrínseca, de origen aristotélico —aunque fue reelaborada profundamente por la escolástica— no es el marco adecuado de la actual *analogia legis* o *analogia iuris*, ya que en el tipo de relación “*ad unum*” no se da un único común entre todos los analogados sino que la

atribución recae cualitativa y propiamente en uno de ellos (analogado principal) y en los otros (analogados secundarios) se predica sólo por relación al analogado principal. Es decir, aplicado este esquema a la *analogia legis* o a la *analogia iuris* no existiría una identidad de razón. Faltaría la *ratio*, bien extraída de una sólo norma (*analogia legis*) o de un conjunto de normas (*analogia iuris*), por lo que no podría justificarse la extensión analógica a los casos no regulados.

3.^a) La distinción entre analogía de proporcionalidad extrínseca e intrínseca es una elaboración del tomismo. Considerando la elaboración escolástica de la analogía de proporcionalidad extrínseca, habremos de concluir, a nuestro juicio, que este tipo de analogía puede ser relevante si nos referimos a la analogía como razonamiento jurídico práctico, pero dicho modelo no resulta relevante como fundamento filosófico de la *analogia legis* ni de la *analogia iuris*.

4.^a) Donde la *analogia legis* y la *analogia iuris* hunde sus raíces, sin que parezca que haya lugar a dudas a nuestro juicio, es en el sustrato filosófico de la elaboración escolástica de la analogía a partir de la analogía aristotélica. Puede decirse que tanto la denominada por los tomistas analogía de proporcionalidad intrínseca como la concepción suareciana de la analogía de atribución intrínseca son el referente filosófico básico de la actual *analogia legis* y *analogia iuris*, pero tiene mayor alcance explicativo la atribución intrínseca en la *analogia legis* y la proporcionalidad intrínseca en la *analogia iuris*.

En la analogía de proporcionalidad intrínseca hay una dosificación de lo unívoco y de lo equívoco, pero con mayor presencia de lo equívoco. El término análogo se predica propiamente de todos los analogados de manera diversa, pero relativamente idéntica. El término análogo traduce diversamente una realidad intrínseca verificada propiamente en cada uno de los analogados. Este modelo se ajusta a la estructura de la *analogia iuris* porque requiere un mayor grado de elaboración de la proporcionalidad en virtud de una misma *ratio*, pero más general y menos unívoca.

En la suareciana atribución intrínseca, el procedimiento analógico se verifica formal e intrínsecamente en todos los analogados —en virtud de que hay una misma razón de ser— prescindiendo, aunque no del todo, de las diferencias entre ellos. Al no prescindir de todas las diferencias, la analogía de atribución intrínseca se efectúa en los analogados secundarios por dependencia (prioridad, causalidad...) respecto del analogado principal. Esto significa que la *communis ratio*, siendo la misma, se realiza diversamente en los distintos analogados. Como puede apreciarse, este modelo de la analogía suareciana, en la que el término análogo se dice de muchos, en parte en el mismo sentido (porque hay una forma idéntica en todos los

analogados) y en parte en sentido diverso (porque esa forma se diversifica en cada analogado), es el fundamento filosófico de la *analogía legis*, pues en ésta se hace presente una *ratio* o *identitas rationis* en cuya virtud se extiende a otros casos semejantes no previstos en una norma. Se observa que sólo si sostenemos, como hace Suárez, que hay una *ratio* que se predica idénticamente y que hay unas *rationes* que hacen que los términos no se prediquen de modo idéntico en los analogados, entonces quedará aliviada tanto la equivocidad como el exceso de univocidad. Todo este trasfondo filosófico es el que late tras la figura actual de la analogía jurídica y es el molde más apropiado de la *analogía legis*.

5.^a) Desde las elaboraciones filosóficas subrayadas se comprende con mayor claridad el porqué de la presencia en la regulación jurídica de la analogía de los dos elementos constitutivos de su estructura: la semejanza de casos y la identidad de razón. Incluso el énfasis que unos teóricos ponen en afirmar como preeminente uno u otro factor encuentra su explicación en las distinciones entre la atribución extrínseca y la *communis ratio* suareciana de la atribución intrínseca. Asimismo, toda la elaboración efectuada sobre el llamado círculo de semejanza no es, en definitiva, sino la traducción lógica efectuada por U. Klug de la relación existente entre los analogados, bien del modelo suareciano de la atribución intrínseca, favorecedora de la univocidad sin negar la diferencia, o bien del modelo de la proporcionalidad intrínseca que acentúa la equivocidad o lo que hay de distinto en la relación de proporcionalidad.

6.^a) El concepto suareciano de la atribución intrínseca, en cuanto que extiende a los analogados una *communis ratio*, pone de manifiesto la potencia de determinación expresiva de la analogía, su carácter heurístico y el constructivismo jurídico subyacente a estas estructuras de que sirve el sistema para el aseguramiento de su plenitud.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso, J. P. (1995). Un caso difícil en el Código Civil Español. *DOXA*, 17-18, 403-430.
- Aristóteles (1967). *Ética a Nicómaco, Categorías, Metafísica, Primeros Analíticos, Tópicos, Tratado de lógica (Organon), Retórica*. En *Obras*, Francisco Samaranch (trad.), Madrid: Aguilar.
- Atienza, M. (1986). *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid: Civitas.
- Bacon, F. (1949). *Novum organum*. Buenos Aires: Losada.
- Bobbio, N. (1957). Voz "analogía". En *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I (p. 62).

- Cayetano [Tomás de Vio]. (2005). *Tratado sobre la analogía de los nombres. Tratado sobre el concepto de ente*, edición bilingüe, traducción, introducción y notas de Juan Antonio Hevia Echevarría, Biblioteca Filosofía en Español, Fundación Gustavo Bueno. Oviedo: Pentalfa Ediciones.
- De Andrés, T. (1969). *El nominalismo de Guillermo de Ockham como Filosofía del lenguaje*. Madrid: Gredos.
- Descartes, R. (1967). Reglas para la dirección del espíritu. En *Obras escogidas*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Díez-Picazo, L. (1993). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 3.ª edición.
- Engisch, K. (1967). *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid.
- Ferrater Mora, J. (1979). *Diccionario de Filosofía*. Voz “analogía” (pp. 150-152). Madrid: Alianza Editorial.
- Forment, E. (2006). Problemática de la analogía. e-aquinas, 4, 24-35.
- Foucault, M. (1978). *Las palabras y las cosas*. México: Siglo XXI.
- Gómez Caffarena, J. (1960) Analogía del ser y dialéctica en la afirmación humana de Dios. *Pensamiento*, 16, 151-166.
- Hellín, J. (1947). *La analogía del ser y el conocimiento de Dios en Suárez*, Madrid.
- Kaufmann, A. (1990). Preliminary Remarks on a Legal Logic and Ontology of Relations. En Nerhot, P. (ed.). *Law, Interpretation and Reality* (Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence) (pp. 104-123). Dordrecht// Boston/London: Kluwer Academic Publishers.
- Kaufmann, A. (2016) [1977 n.º 17]. Entre el iusnaturalismo y positivismo jurídico hacia la hermenéutica jurídica. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 50 (*Uno de 50*), 133-142.
- Klug, U. (1961). *Lógica jurídica*, trad. Juan David García Bacca. Venezuela: Universidad Central de Caracas, Publicaciones de la Facultad de Derecho.
- Leibniz, G.W. (1960). *Tres ensayos: el Derecho, la equidad, la sabiduría*. Universidad Nacional Autónoma de México: Centro de Estudios Filosóficos.
- Martínez Gómez, L. (1948). Lo existencial en la analogía de Suárez. *Pensamiento*, 4, 215-243.
- Muñoz De Baena, L. L. (1992). ¿Comprender o explicar? Constructivismo y descriptivismo en la teoría de la ciencia jurídica, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, segunda época, 2, 11-134.
- Obispo de Hipona San Agustín. (2012). *Principios de dialéctica*, Universidad Externado de Colombia.
- Platzeck, E.W. (1954). *La evolución de la lógica griega en el aspecto especial de la analogía*. Barcelona.
- Salguero, M. (2002). *Argumentación jurídica por analogía*. Madrid: Marcial Pons.
- Suárez, F. (1960) *Disputaciones metafísicas*, texto bilingüe, trad. del latín de Sergio Rábade, Salvador Caballero y Antonio Puigcerver, 5 vols. Madrid: Editorial Gredos.
- Thompson, A. (1995). Francisco Suarez's Theory of Analogy and the Metaphysics of St. Thomas Aquinas. *Angelicum*, vol. 72, fasc. 3, 334-355.

- Tomás de Aquino. (1956), Suma Teológica, vol. 6, Carlos Soria (trad.), Madrid, B.A.C., 1956.
- Vallet de Goytisolo, J. (1997). *El razonamiento jurídico: la analogía y la equidad*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- Villar Palasí, J. L. (1975). *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Madrid: Tecnos.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2000). Analogía. En RAMS ALBESA, J. (coord.). *Comentarios al Código Civil*, I, Título Preliminar (pp. 116-135). Barcelona: Bosch.
- Zaccaria, G. (1991). Analogy as Legal Reasoning. The Hermeneutic Foundation of the Analogical Procedure. En NERHOT, P. (ed.), *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics* (pp. 42-70). Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers.