

CONCEPCIÓN DEL DERECHO

Daniel Alejandro Herrera (UCA)



UCA

CONCEPCION MODERNA/POSMODERNA

- **Derecho objetivo:** La ley (positivismo jurídico)
- **Derecho Subjetivo:** Poder jurídico o facultad jurídica (subjetivismo jurídico)
- **Principios y reglas:** derechos humanos y leyes (pospositivismo)

CONCEPCIÓN CLÁSICA

- **To-Dikaion:** *lo justo* (Aristóteles)
- **Ius/tum:** *lo justo* (Juristas romanos).
- **Ipsa res iusta:** *la misma cosa justa* (Santo Tomás de Aquino)

ARISTÓTELES

- **ÉTICA A NICÓMACO. LIBRO V SOBRE LA JUSTICIA**
- «Parece, pues, que así el que traspasa las leyes, como el que codicia demasiado, y también el que no guarda igualdad, se dice injusto, y así también claramente aquél se dirá ser justo, que vive conforme a ley y guarda igualdad en el trato de las cosas, y **lo justo será lo que es conforme a ley y a la igualdad, y lo injusto lo que es contra ley y desigual**» (Ética a Nicomaco, L. V).

SANTO TOMÁS DE AQUINO

- “Se llama justo a algo, es decir, con la nota de la rectitud de la iusticia, **al término de un acto de iusticia**, aun sin la consideración de cómo se hace por el agente. Pero en las otras virtudes no se define algo como recto a no ser considerado cómo se hace por el agente. Y, por eso, el objeto de la iusticia, a diferencia de las demás virtudes, es el objeto específico que se llama **lo justo**. Ciertamente, esto es el derecho. Luego es manifiesto que **el derecho es el objeto de la iusticia**” (S.Th, II-II, 57, 1, resp.)

SANTO TOMÁS DE AQUINO

- “1. Es frecuente que los nombres se desvíen de su primera acepción, para designar otras cosas, como el nombre de *medicina* se asignó, en un principio, para designar el remedio que se aplica al enfermo para curarlo. Luego pasó a significar el arte por el que se hacía esto. Así también sucede con el nombre de **derecho**, que se asignó primero para significar **la misma cosa justa**. Pero, después, derivó hacia el arte con el que se discierne qué es justo: v. ulteriormente, a designar el lugar en el que se otorga el derecho; así, por ejemplo, se dice que alguien comparece *ante el derecho*: finalmente, también se denomina derecho a la sentencia que es pronunciada por aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, incluso a pesar de que lo que decida sea inicuo.
- **2.** Del mismo modo que de las acciones que se hacen exteriormente por el arte, una cierta idea, que se llama la regla del arte, preexiste en la mente del artista, así también, de la acción justa, que la razón determina, preexiste en la mente cierta razón, a modo de determinada regla de prudencia. Y esto, si se formula por escrito, se denomina *ley*: pues la ley es, según Isidoro, *una constitución escrita*. Por lo cual, **la ley no es el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho**” (S.Th, II-II, 57, 1, 1-2).

CONOCIMIENTO

- **Cosas:** Fundamento in re
- **Conceptos:** Signo Formal
- **Palabras:** Signo material

ANALOGÍA

- En la **analogía** (como sucede también en la univocidad y en la equivocidad), **existe una relación entre los nombres o términos como significantes externos o materiales, los conceptos como significantes internos o formales y las cosas como realidades significadas** ya sea interna y formalmente por los conceptos, o externa y materialmente por los nombres.
- “*El **problema de la analogía** compete **a la lógica** desde el punto de vista de la imposición de los nombres y **a la metafísica** en cuanto que el concepto de ser revela a la vez, un valor absoluto y universal del ser y un valor particular de modo de ser*” (Cardenas, Augusto C., Breve tratado de la analogía, Bs. As., 1970, Club de Lectores, pág. 195)

ANALOGÍA

- En la **univocidad** hay identidad absoluta entre el nombre, el concepto y las cosas significadas por ellos, p.ej. *hombre*.
- en la **analogicidad** si bien hay diversidad esencial entre las cosas significadas, reflejada por sus conceptos propios, sin embargo hay una identidad no absoluta, sino relativa o proporcional a una connotación común entre el nombre, el concepto común y las cosas significadas por ellos, p.ej. *ente* (común a todos los entes).
- En la **equivocidad**, no hay identidad, ni absoluta, ni proporcional, sino más bien, diversidad absoluta entre las cosas significadas, por lo cual la relación entre los nombres y las cosas es meramente extrínseca o denominativa (sin participar de un concepto común como en la analogía), donde a cada cosa significada le corresponde un concepto propio y totalmente diverso al de las demás cosas significadas por el mismo término o nombre, p. ej. *vela*.

ANALOGÍA - SANTO TOMÁS

- **Secundum esse et non secundum intentionem** (*según el ser y no según la intención*), p.ej. *cuerpo* que se aplica desigualmente para designar a los cuerpos corruptibles e incorruptibles.
- **Secundum intentionem et non secundum esse** (*Según la intención y no según el ser*), p.ej. *sano* para referirse al medicamento, a la comida, o al viviente.
- **Secundum intentionem et secundum esse** (*según la intención y según el ser*), p. ej. *ser*, para referirse al ser sustancial o accidental, o al ser en Dios y en las creaturas.
- “Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo”, L. I, cap. 19, q. 5, a.2, ad. 1.

ANALOGÍA - CAYETANO

- Siguiendo la clásica división de Cayetano, la analogía puede ser de tres modos o tipos: 1) **desigualdad**, 2) **atribución**, 3) **proporcionalidad**.
- **Desigualdad:** el nombre es común y la noción objetiva (concepto) es pura y simplemente la misma aunque desigualmente participada (p.ej. *cuerpo* que se aplica desigualmente para designar a los cuerpos corruptibles e incorruptibles).
- **Atribución:** el nombre es común y la noción objetiva (concepto) es relativamente idéntica y relativamente diversa, siendo una analogía puramente extrínseca o denominativa que refleja una relación de causalidad entre las cosas analogadas (p.ej. *sano* para referirse al medicamento, a la comida, o al viviente).
- **Proporcionalidad:** el nombre es común y la noción objetiva (concepto) es idéntica, aunque no absolutamente como en la univocidad, sino relativa o proporcionalmente (p. ej. *Ser*, para referirse al ser sustancial o accidental, o al ser en Dios y en las creaturas).

“Sobre la analogía de los términos. Acerca del concepto de Ente”, Cap. I, 3.

ANALOGÍA

- En la **analogía de atribución extrínseca y de proporcionalidad impropia**, se da la analogía denominativa y materialmente en los términos, pero no real o formalmente en los conceptos. Tanto en el caso de la **metonimia** (p. ej. sano aplicado al viviente o al clima), como en el de la **metáfora** (p.ej. llanto aplicado al llanto humano o a la lluvia como “llanto del cielo”) respectivamente.
- En la **analogía de proporcionalidad propia** como en la de **atribución intrínseca** se da la analogía no sólo denominativamente, sino también esencial o realmente.

ANALOGÍA - SANTO TOMÁS / CAYETANO

- **Analogía de desigualdad** (*secundum esse et non secundum intentionem*).
- **Analogía de atribución extrínseca y de proporcionalidad impropia** (*secundum intentionem et non secundum esse*).
- **Analogía de proporcionalidad propia y de atribución intrínseca** (*secundum intentionem et secundum esse*).

ANALOGÍA - RAMÍREZ

- Respecto a la analogía de atribución, Ramírez sigue a Suárez, en contra de Cayetano y Juan de Santo Tomás, y sostiene la existencia de una **analogía de atribución intrínseca**, además de la extrínseca, donde si bien, la razón análoga se da plena y formalmente en el analogado principal, se atribuye no sólo denominativamente, sino también real y formalmente aunque aminorada a los analogados derivados (p. ej. el *esse* que se da plenamente en el *ipsum esse subsistens* pero que se atribuye real y formalmente en el *ens* creatural).
- En la analogía de proporcionalidad, Ramírez siguiendo a Cayetano y Juan de Santo Tomás contra Suárez, reivindica la **analogía de proporcionalidad propia** como verdadera analogía (afirmada por los primeros y negada por el segundo), tanto en el orden lógico de la intención, como en el orden metafísico del ser .

ANALOGÍA DE PROPORCIONALIDAD PROPIA

- **La significación del nombre y del concepto a los inferiores no se da de manera absoluta como sucede en la univocidad, sino de manera relativa o proporcional.**
- Cada analogado tiene un nombre y concepto propio esencialmente diverso, pero al mismo tiempo connota proporcionalmente, un nombre y concepto común (p. ej. *ente*, que se aplicaría proporcionalmente a todos y cada uno de los entes, sin perjuicio de la distinta esencia de cada uno de ellos reflejada por un concepto propio).
- El *análogo* (el concepto) se aplica en forma recta y perpendicularmente (*in actu signato*) a uno de los analogados (aquel de donde el concepto se abstraigo), y en forma recta pero oblicuamente (*in actu exercito*), o sea, proporcionalmente a los demás. Como sucede por ejemplo en la analogía del Ser, entre Dios como analogado trascendentalmente proporcional (*in actu signato*) y las criaturas como analogados predicamentalmente proporcionales (*in actu exercito*), o entre la sustancia que tiene el ser de manera más perfecta, en tanto existe en sí (*in actu signato*) y los accidentes que tienen el ser de manera menos perfecta, al existir en otro, o sea en la sustancia (*in actu exercito*).

ANALOGÍA DE PROPORCIONALIDAD PROPIA

- **Refleja la relación entre el acto y la potencia en cada uno de los entes**, ya sea la relación física entre forma y materia, como metafísica entre actus essendi y esencia (compuesta de materia y forma), o entre la sustancia y el accidente.
- **Así, la forma del león (alma) es a la materia del león (cuerpo), como la forma del perro (alma) es a la materia del perro (cuerpo), o como la forma del hombre (alma) es a materia del hombre (cuerpo).**
- **De la misma manera, el actus essendi del león es a su esencia, como el el actus essendi del perro es a su esencia y el actus essendi del hombre es a su esencia, como el actus essendi de Dios es a la esencia de Dios (con la única diferencia que mientras que en la creaturas se distingue el actus essendi de la esencia, en Dios se identifican).**

ANALOGÍA DE ATRIBUCIÓN INTRINSECA

- **Refleja la relación de participación de la causa (in fieri) en lo causado.**
- El análogo (el concepto) le corresponde en una significación recta y perpendicular (*in actu signato*) al analogado principal, mientras que a los analogados derivados le corresponde su significación también recta pero oblicuamente (*in actu exercito*), pero no proporcionalmente porque sino sería lo mismo que en la analogía de proporcionalidad, sino por la relación de dependencia causal que guardan con el principal. Como sucede en la analogía del ser, entre Dios como analogado principal (*in actu signato*) y las creaturas como analogados secundarios (*in actu exercito*).
- Así como la analogía de proporcionalidad refleja la relación entre el acto y la potencia, la de atribución intrínseca **se refiere a la relación causal entre la causa primera y el efecto causado, que a su vez puede transformarse en causa segunda de otros efectos.** Así todos los entes tienen el ser por haberlo recibido de Dios como causa primera incausada, sin perjuicio de haberlo recibido por mediación de causas segundas (p. ej. por medio de los padres).

ANALOGÍA

- **Ambas analogías se fundamentan en la noción metafísica de participación.**
- **La analogía de atribución intrínseca se funda en la participación de la causa in fieri (vertical) en lo causado,** que a modo de causa ejemplar participa su modo de ser al ente causado y a modo de causa eficiente lo pone en la existencia, o sea, fuera de sus causas.
- **La analogía de proporcionalidad propia se funda en la doble participación por composición o in factum esse (horizontal), que se da en el ente entre el acto y la potencia:** 1) *física*: por la participación de la forma (acto) en la materia (potencia); 2) *Metafísica*: por la participación del *actus essendi* (acto) en la esencia compuesta de materia y forma (potencia).

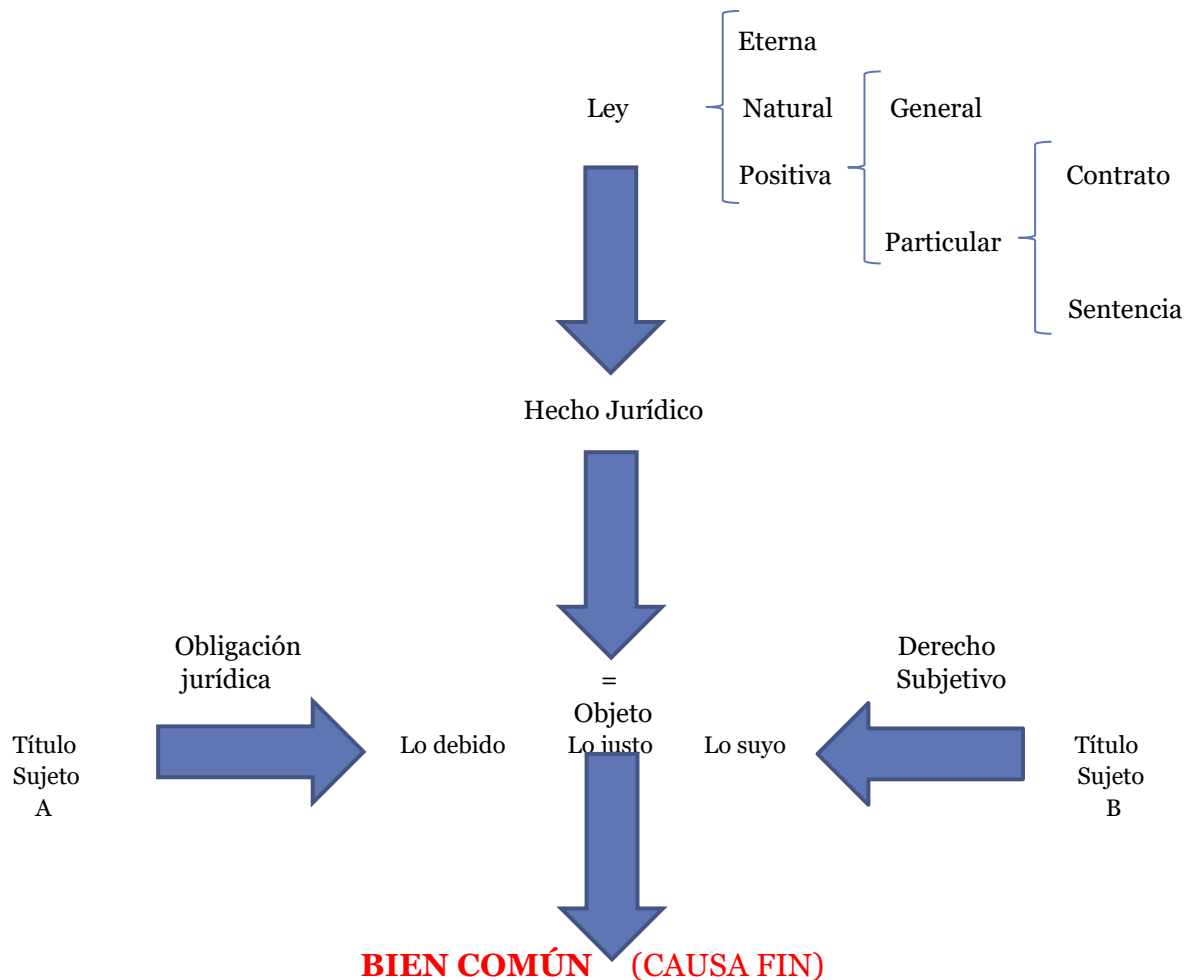
ANALOGÍA

- “Ahora bien, **la participación del ser (plano metafísico) es expresada por la analogía de atribución intrínseca (plano lógico)**; mientras que **la participación ya realizada por el acto y la potencia (plano metafísico) es expresada por la analogía de proporcionalidad intrínseca (plano lógico)**).
- De aquí que, si en un primer momento, la inteligencia sólo considera a los seres en sí mismos, más o menos perfectos, según la mayor o menor intervención del acto y la potencia que lo constituyen; y únicamente en una segunda instancia, más profunda, penetra en su relación de participación o dependencia del Ser imparticipado; así también **la analogía de proporcionalidad intrínseca**, que en el plano lógico expresa los seres múltiples y diversos tales como inmediatamente le son dados, **ha de ampliarse e integrarse con la analogía de atribución intrínseca**, cuando la mente profundiza y considera los seres participados en cuanto tales o dependientes de la acción causal del Ser imparticipado, sin la cual aquellos no tendrían razón de ser.
- Es interesante señalar aquí, al término de esta meditación, que los esfuerzos de ilustres pensadores tomistas, realizados, ya en un plano ontológico de la participación (principalmente por el P. Cornelio Fabro), ya en el plano lógico de la analogía (principalmente por el P. Santiago Ramírez O.P) han convergido en la de-velación y profundización del pensamiento integral de Santo Tomás de Aquino en sus dimensiones correlativas del ser y del pensar que lo expresa”.
- Derisi; Octavio N., Estudios de Metafísica y de Gnoseología, Bs As, 1985, Educa, vol I, pág. 14, 62 y 63. Idem Tratado de Teología Natural, Bs As, 1988, Educa, pág. 106.

SANTO TOMÁS DE AQUINO

- “1. Es frecuente que los nombres se desvíen de su primera acepción, para designar otras cosas, como el nombre de *medicina* se asignó, en un principio, para designar el remedio que se aplica al enfermo para curarlo. Luego pasó a significar el arte por el que se hacía esto. Así también sucede con el nombre de **derecho**, que se asignó primero para significar **la misma cosa justa**. Pero, después, derivó hacia el arte con el que se discierne qué es justo: v. ulteriormente, a designar el lugar en el que se otorga el derecho; así, por ejemplo, se dice que alguien comparece *ante el derecho*: finalmente, también se denomina derecho a la sentencia que es pronunciada por aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, incluso a pesar de que lo que decida sea inicuo.
- **2.** Del mismo modo que de las acciones que se hacen exteriormente por el arte, una cierta idea, que se llama la regla del arte, preexiste en la mente del artista, así también, de la acción justa, que la razón determina, preexiste en la mente cierta razón, a modo de determinada regla de prudencia. Y esto, si se formula por escrito, se denomina *ley*: pues la ley es, según Isidoro, *una constitución escrita*. Por lo cual, **la ley no es el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho**” (S.Th, II-II, 57, 1, 1-2).

RELACIÓN JURÍDICA



ANALOGÍA DEL DERECHO

- **La ipsa res iusta** en tanto **objeto terminativo del acto (conducta) debido en justicia por el deudor (obligación)**, simultáneamente es **el objeto terminativo de la facultad o poder jurídico (derecho subjetivo)** del acreedor y **el objeto o término de la norma jurídica (natural o positiva)** que lo determina (como causa formal extrínseca o ejemplar y eficiente), a través de los títulos jurídicos que paralelamente atribuye lo suyo al sujeto del derecho e impone lo debido al sujeto del débito.
- **Esto justifica la derivación analógica desde la ipsa res iusta a la norma (ley) y a la facultad o poder jurídico.** Es así, siempre y cuando este objeto terminativo común realice la razón formal de igualdad, que constituye la medida real (en las cosas) y de razón (en la norma) que conforma la esencia misma de la justicia y de su objeto: el derecho.
- En consecuencia, **el derecho o lo justo** es simultáneamente **objeto de la justicia** (en tanto es objeto del débito y del crédito respectivamente, según cual sea la situación jurídica o posición relativa de cada uno de los sujetos dentro de la relación jurídica) y **objeto de la prudencia** (en tanto es objeto de la ley, que como tal configura un acto de la prudencia)

ANALOGÍA DEL DERECHO

- **No puede realizar algún tipo de analogía extrínseca, impropia o denominativa, ya sea de proporcionalidad (metáfora) o de atribución (metonimia)**, pues en ese caso, **solo tendríamos nombres análogos pero no un concepto común**, porque la derivación entre los analogados es meramente lingüística o denominativa. En este caso la significación formal, intrínseca o propia se daría en un analogado (la ipsa res iusta), mientras que en los demás se daría solamente una significación material (denominativa), extrínseca o impropia, pero nunca un concepto común.
- **Tampoco se trata de una analogía de atribución intrínseca**, pues en este caso **el analogado principal siempre es causa de los analogados derivados o secundarios** al ser una atribución no solamente denominativa, sino también real (como sucede con Dios en la analogía del Ser). Ahora bien, **el derecho como lo justo no es causa de la ley, sino que más bien es causado por ella**, por lo que si fuera el analogado principal, no podría haber atribución real, sino meramente denominativa o extrínseca lo que ya demostramos que tampoco puede darse en el caso de la analogía del derecho. Si por el contrario ubicáramos el analogado principal, no en su significación originaria de lo justo, sino en su significación como ley, el derecho ya no sería principalmente lo justo, sino la ley. Sin embargo no es ese el eje de la analogía como ya quedó demostrado.

ANALOGÍA DEL DERECHO

- Sólo queda la posibilidad de una **analogía de proporcionalidad propia**. Efectivamente, **lo justo es el eje y clave hermenéutica de la semejanza analógica de las distintas acepciones del término derecho que proporcionalmente participan de un concepto común (análogo), sin perjuicio del fundamento in re, en realidades esencialmente distintas (analogados), aunque relacionadas entre sí por esa connotación común.**
- Por lo tanto, la proporcionalidad se daría porque **el objeto de la conducta debida es a la conducta debida, como el objeto de la conducta facultativa o potestativa es a la conducta facultativa o potestativa, como el objeto de las conductas establecidas por la ley (tanto debidas como facultativas o potestativas) son a la ley al ser esta la regla y medida de esas conductas y de sus respectivos objetos.** De esta manera este objeto común integra el concepto de cada una de estas realidades distintas pero vinculadas en una concepción analógica. En este sentido, se entiende en cuanto a la vinculación que muchos guardan con uno, pero no con uno que es ajeno, sino con uno que está en los varios mismos, o sea, en cada uno de los varios analogados.

ANALOGÍA DEL DERECHO

- **Esta concepción analógica tiene su fundamento in re en que las cosas significadas son análogas**, pues a pesar de ser esencialmente distintas, bajo algún aspecto de connotación serían semejantes, lo que justificaría la similitud o semejanza propia de la analogía. Ahora bien, las cosas son análogas porque en esa connotación común realizan realmente una participación en el ser similar.
- **Una participación por composición o in factum esse**, pues, si el derecho como lo justo objetivo es **cierta igualdad objetiva entre conductas (debida por un lado y facultativa o potestativa por el otro) que supone una igualdad objetiva de títulos**, la participación real de composición se daría entre la igualdad objetiva como causa u objeto formal y las conductas como causa u objeto material.
- **Una participación por la causa o in fieri**, dado que la **ley es causa del derecho**, y como tal realiza una doble causalidad extrínseca respecto de lo justo objetivo (el derecho), al ser **causa ejemplar o formal extrínseca y causa eficiente o fuente**. Ahora bien, para analizar esta doble causalidad, tenemos que pasar de la analogía del derecho a la analogía de la ley.

ANALOGÍA DE LA LEY

- Santo Tomás define a la **ley como una ordinatio rationis**: “*Cierta ordenación de la razón al bien común, promulgada por aquel que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad*”. En otras palabras, como cierta regla y medida de los actos humanos, pues la razón es el primer principio de estos, ya que a la razón le compete ordenar al fin, que es el primer principio en materia operable.
- Esta noción de ley, sin perjuicio de participar de la analogía del término derecho (por su vinculación con lo justo objetivo), por la cual podemos llamar analógicamente derecho a la ley. Es en sí mismo un término y un concepto análogo con analogía intrínseca tanto de proporcionalidad como de atribución, y como tal lo podemos aplicar a distintas realidades que realizan cada una a su manera esta noción de ley: **Ley eterna, ley natural, ley divino positiva y ley humano positiva** y **todas ellas son formalmente leyes**.
- A estas además agrega como **analogía extrínseca**, en el término (no en el concepto), por la cual se le puede llamar ley (no formalmente o en sentido propio, sino materialmente y en sentido impropio o derivado) a **las cosas o realidades reguladas por la ley**, como señala al referirse a la participación de los irracionales en la ley eterna. En este caso usamos el término ley para referirnos no a la regla y medida sino a lo reglado y medido por ella.

ANALOGÍA DE LA LEY

- **El derecho** realiza la **participación in factum esse** entre la igualdad objetiva y las conductas debidas y facultativas o potestativas conforme a la igualdad entre los respectivos títulos. Ahora bien, esta participación por composición o in factum esse, a su vez está **fundada en una participación causal o in fieri**, por la que nos remontamos primero en forma inmediata a la naturaleza de las cosas humanas (expresada formalmente por la ley natural), junto a las reglas positivas que la complementan (derivadas por conclusión y determinación) y posteriormente a Dios como a su fundamento último en el orden causal (Ley eterna).
- Dicho de otra manera, **remontándonos por medio de una analogía de proporcionalidad propia del ius a la ley como ratio iuris, para luego, ascender desde la ratio iuris a la ratio divina como última ratio. Por último descender por medio de una analogía de atribución intrínseca desde la ratio divina a la ratio iuris y de esta al ius.**
- En suma, **no es en la analogía del derecho donde se da la analogía de atribución intrínseca** que se basa en la participación de la causa en lo causado, pues el analogado principal como *ipsa res iusta* no es causa, sino efecto de la ley, en tanto lo reglado y medido es resultado de la regla y medida y no al revés. **Es por tanto cuando la analogía del derecho se extiende e integra en la analogía de la ley, que se da propiamente esta analogía de atribución intrínseca, cuyo analogado principal (analogante) es Dios mismo considerado como Ley eterna y fundamento metafísico último del derecho y de todo el orden moral.**

CONCLUSIÓN

- **Tenemos que ir de la analogía del derecho a la analogía de la ley y volver de la analogía de la ley a la analogía del derecho.** Esto es posible, en virtud a que **la ley (lex)** sin ser el derecho propiamente hablando o strictu sensu **es cierta ratio iuris** y de esta manera es **un analogado del derecho**. De la misma manera, **el derecho (ius)** entendido en su sentido primero como la *ipsa res iusta* **es un analogado de la analogía de la ley**, al poder ser considerado ley en sentido impropio o material, en tanto y en cuanto como **lo reglado y medido resulta determinado por la regla y medida**.
- **En la integración entre ius y lex. Entre los tratados de ley y de justicia. Especialmente en la ampliación e integración de la analogía del derecho con la analogía de la ley, encontramos la clave en el pensamiento de Santo Tomás, que nos permite pasar de una definición quia del derecho a su definición propter quid, pasar del término y el concepto de derecho a su fundamento real.**