

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/333206489>

Identidad, igualdad, proporcionalidad y analogía. Relación y diferencias

Conference Paper · May 2019

CITATIONS

0

READS

46

1 author:



Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba
Universidad de Los Hemisferios

42 PUBLICATIONS 17 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Philosophy [View project](#)



Human Rights [View project](#)

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

A532

Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line]
organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado
Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-764-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5.
Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica.
9. Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de
Janeiro, RJ).

CDU: 34



UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

**IDENTIDADE, IGUALDADE, PROPORCIONALIDADE E ANALOGIA.
RELACIONAMENTO E DIFERENÇAS**

**IDENTIDAD, IGUALDAD, PROPORCIONALIDAD Y ANALOGÍA. RELACIÓN Y
DIFERENCIAS**

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba

Resumo

Analisa-se aqui, do ponto de vista metafísico, o princípio da identidade e seus subgêneros (igualdade, conformidade, semelhança, etc.). Por essa razão, começaremos expondo essas noções, diferenciando-as e inter-relacionando-as: o capítulo I revisa o princípio da identidade / igualdade, enquanto o capítulo II estuda os diferentes tipos de analogia (princípio da proporcionalidade e analogia de atribuição). Sempre começa com uma análise filosófica, que serve como introdução ao tratamento legal dessas figuras. O capítulo III é dedicado à comparação e inter-relação desses princípios, e então, nas conclusões (capítulo IV), mostrar a relação que os princípios legais de igualdade, proporcionalidade e analogia guardam.

Palavras-chave: Princípio da identidade, Princípio da igualdade, Princípio da proporcionalidade, Analogia

Abstract/Resumen/Résumé

Se analiza aquí, desde el punto de vista metafísico, el principio de identidad y sus subgéneros (igualdad, conformidad, semejanza, etc.). Por eso, comenzaremos haciendo una exposición de estas nociones, diferenciándolas e interrelacionándolas: en el capítulo I se revisa el principio de identidad/igualdad, mientras en el capítulo II se estudian los diferentes tipos de analogía (principio de proporcionalidad y analogía de atribución). Se inicia siempre con un análisis filosófico, que sirve de introducción al tratamiento jurídico de estas figuras. El capítulo III está dedicado a la comparación e interrelación de estos principios, para luego, en las conclusiones (capítulo IV) poner de manifiesto la relación que guardan los principios jurídicos de igualdad, proporcionalidad y analogía.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principio de identidad, Principio de igualdad, Principio de proporcionalidad, Analogía

Este trabajo destaca la profunda relación entre los principios jurídicos de igualdad, proporcionalidad y la analogía. Para atisbar esta relación es necesario primero dominar bien algunas nociones filosóficas, como, las de “principio de identidad”, “analogía de atribución” y “analogía de proporcionalidad”. Por eso, comenzaremos explicando estos conceptos, para luego poder interrelacionarlos.

I. Principio de identidad

A diferencia del campo del derecho, en la filosofía la igualdad parece haber recibido menos atención que un principio muy cercano, el principio de *identidad*¹. Ciertamente son principios cercanos, e incluso algunos consideran que entre ellos hay una relación género-especie.

En rigor, por el principio de identidad *una cosa es idéntica a sí misma*. Otras formulaciones dadas a este principio son: «el ente es el ente», «lo que es, es lo que es», «el ser es, el no ser no es». A primera vista parecería una obviedad, una verdad inconcusa, una tautología². No obstante, las interpretaciones varían cuando se definen los dos extremos del principio: se puede relacionar una cosa consigo misma, o dos cosas diferentes en cuanto de algún modo son una.

En el primer caso (un solo ente), tenemos el ejemplo de la llamada “identidad real” u “ontológica”, que es aquel «perseverar de un ente», sobre todo de la substancia a través del tiempo, a pesar del cambio de las apariencias o de los accidentes. Lo esencial o substancial es lo que determina la “identidad” de cada cosa. El cuerpo humano puede cambiar a lo largo de toda la vida de la persona (puede crecer, arrugarse, enfermarse, etc.), pero será siempre la

¹ Esto quizá se deba a que «en la época moderna se ha concedido gran importancia a este principio [de identidad], situándolo por encima del de no-contradicción» (Alvira, Clavell & Melendo, 2001, p. 50). Spinoza y sus seguidores erigirán su cosmología sobre este principio. Sin embargo, no siempre la filosofía dio tanta importancia a este principio. Ni Aristóteles, ni Tomás de Aquino hablan de él. En ambientes neoescolásticos muchos autores lo mencionarán, reduciéndolo casi siempre al de no-contradicción.

² Al hablar de la demostración Millán Puelles (2015, v. VII, p. 482) señala que el principio de identidad es «tan lógico, como, evidentemente, tautológico. En realidad, no expresa ningún juicio, porque no es propiamente un juicio ninguna tautología. El principio de identidad se limita a constituir una repetición afirmativa del ente, de donde resulta que no nos sirve para poder hacer ninguna demostración». Por ello, «el más radical principio de la demostración es el principio de contradicción y no, en cambio, el de identidad (cf. Aristóteles, *Metaphysica*, IV, 3, 1005 b 14, y Tomás de Aquino, *De Veritate*, q. 5, n. 2, ad 7)» (*ibid.*, p. 483).

misma e idéntica persona. En esta primera noción de identidad se ancla el derecho/deber a la identidad personal, a la individuación e identificación.

Más complejo es el caso donde se relacionan dos entes distintos. «Cuando se dice que dos cosas son *idénticas*, se da a entender que no son dos, sino una. A pesar de ello, la identidad como relación supone necesariamente, por lo menos dos miembros. La aparente contradicción se resuelve teniendo presente que las cosas idénticas son dos y una según distintos puntos de vista» (De Vries, en Brugger, 1972, pp. 277-278). Así, por ejemplo, dos peras son iguales en cuanto tienen en “una sola naturaleza”, en cuanto pertenecen a “una sola especie”, no en cuanto el espacio donde están localizadas que es distinto, ni en cuanto a su peso, dimensión y forma que nanométricamente siempre será distinto (aunque a grandes rasgos se mostrará semejante). Además, dos peras siempre serán ontológicamente distintas: dos entes diferenciados, dos sustancias aparte, dos entes individuados. Solo habrá unidad entre ellas en algunos rasgos comunes, y, por tanto, solo en estos rasgos habrá identidad³.

La filosofía distingue algunos géneros de identidad. Según De Vries (en Brugger, 1972, pp. 278), hay *identidad lógica* cuando varios entes «convienen en el mismo concepto; en este caso es mejor hablar de *igualdad*». Tal igualdad será *esencial* «cuando el concepto correspondiente expresa la esencia común (Pedro y Pablo son hombres iguales en lo esencial)»⁴. La igualdad esencial puede ser entendida en *sentido estricto* cuando «se trata de concordancia en la cantidad», como *semejanza* si la igualdad es parcial, o como *conformidad* cuando lo común es la cualidad.

³ La unidad puede darse en distintos grados: la unidad de simplicidad, que es la máxima posible; la unidad acto de ser-esencia, o substancia-accidentes; la unidad *de orden* que se basa en el accidente relación; la unidad *de agregación* que resulta de un conjunto de elementos sin orden alguno (como un montón de ladrillos), la unidad de causa-efecto, de agente-instrumento, entre otras. Cfr. Alvira, Clavell & Melendo, 2001, pp. 165-167. «Lo múltiple, sin embargo, no hace referencia a la unidad sólo para negarla: su dependencia respecto a la unidad es tal que toda multitud tiene una cierta unidad, pues todo lo que *es*, es *uno* en cierto modo. Así, muchas partes forman la unidad de un compuesto o dan lugar a una unidad de orden; muchos individuos son *uno* en cuanto a la especie; diversas especies convienen en un mismo género, y los individuos de distintos géneros tienen en común el ser entes, el participar de un acto análogo, que es el ser» (*ibid.*, p. 168).

⁴ En nuestro entender, conviene distinguir el orden lógico del ontológico, y creemos que en ambos órdenes son posibles un cierto género de igualdades. De Vries parece subsumir las igualdades “esenciales” en la identidad lógica, lo cual puede ser no del todo preciso.

Sea cual fuere el esquema conceptual, repárese en que en filosofía se suele aceptar que la igualdad numérica no es sino un cierto tipo de igualdad (nunca es la única igualdad posible)⁵. Hoy en día ha irrumpido en el derecho una concepción utilitarista que todo lo quiere cuantificar o ponderar numéricamente, atendiendo al grado de satisfacción o daño que una norma, conducta o pensamiento genera. Sin desmerecer los aportes que estas teorías pudieron haber traído a nuestra ciencia, pensamos que resultaría perjudicial convertirlas en el nuevo ídolo o dios del derecho.

Los diferentes tipos de igualdad nos recuerdan mucho el capítulo de la analogía, figura que interrelaciona los entes según sus semejanzas o conformidades.

II. La analogía y sus clases⁶

a) *Noción de analogía*

Como se sabe, las palabras pueden tener un sentido unívoco, equívoco o análogo. Algunas poseen un significado muy preciso, *unívoco*, que excluye la confusión con cualquier otra realidad: “persona humana”, “diodo”, “hipotenusa” son términos que se usan siempre en un mismo sentido. Quien lo conoce no se confunde. Otras palabras, en cambio, designan una multitud de extremos que nada tienen que ver entre sí: por ejemplo, en varios sitios “cola” sirve para nombrar a todo género de gaseosas, además de la cola del perro o de la fila para esperar el bus. Como no hay relación lógica, histórica, ni real entre una gaseosa, la cola del animal y la fila de espera, el término resulta *equívoco*. Por el contrario, otras palabras aluden a varios objetos entre los que sí existe algún tipo de relación real o imaginaria: “ángel” designa al ser espiritual celeste y al “ángel caído”, y metafóricamente a la inspiración que recibe un escritor, o a la doncella que para el novio es “su ángel”. El término alude a realidades distintas que guardan alguna relación con lo espiritual.

De forma general, la analogía es una *relación entre dos cosas que guardan alguna semejanza o están emparentadas por una causa*. Justamente por eso la analogía implica un orden, aquel orden determinando por esa causa. Aunque los términos análogos se predicán de muchos objetos, no se predicán de todos ellos con la misma intensidad. Siempre habrá un *analogatum princeps*, un analogado que será el caso paradigmático, la referencia principal, el primero de

⁵ La misma Real Academia Española (2002) define la “igualdad” como la «conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad» (primera definición).

⁶ Para un mayor estudio sobre el tema, cfr. Riofrío, 2015, pp. 197-215.

la serie. En el ejemplo antes propuesto, la palabra “ángel” se predica de muchas cosas, pero sin duda calza mejor cuando alude al “ser espiritual celeste”; éste es el analogado principal del que derivaban las demás acepciones de la palabra. “Sano” se predica primero del hombre y sólo luego de la comida “saludable” o de los signos corporales que denotan salud (el color de la piel, la temperatura, los exámenes clínicos, etc.). “César” inicialmente alude a la persona y sólo luego, por referencia a él, a la estatua o cuadro que plasma su figura⁷.

Aunque la analogía fue muy utilizada por Aristóteles y Santo Tomás, lamentablemente ninguno de ellos sistematizó su estudio. Un tardío comentador del Aquinate, el cardenal Cayetano († 1534), será el primero que lo haga, distinguiendo para el efecto tres tipos de analogía: la de proporcionalidad, la de atribución y la de desigualdad (esta última especie de analogía formulada por Cayetano no ha tenido gran acogida en la doctrina)⁸. A continuación hablaremos de la analogía de proporcionalidad y luego de la de atribución⁹.

b) La proporcionalidad

La *analogía de proporcionalidad* se fundamenta principalmente en la causa formal (a la que se apareja la causa material) y atiende a la semejanza de proporciones o propiedades que se da de alguna forma en los extremos analogados. La proporcionalidad puede ser *propia o impropia*. Un ejemplo de proporcionalidad propia es la frase “ahí está el César” que puede

⁷ Con todo, algunos autores consideran dudoso que la proporcionalidad exija de por sí la presencia de un primer analogado, sobre todo si es metafórica. Cfr. Cruz Amorós, 1999, p. 149.

⁸ Cfr. Cayetano, *De nominum analogía*, cap. I, 3. La distinción de las clases de analogía sigue siendo un problema actual de la metafísica. En la doctrina aparece una multiplicidad de criterios muy grande acerca del concepto de analogía de proporcionalidad y de atribución, lo que torna singularmente compleja la materia. Por eso intentaremos seguir los ejemplos clásicos de Tomás de Aquino.

⁹ Existen otras clasificaciones de la analogía que atienden a diversos detalles. Así, se han distinguido las analogías de oposición o antonímicas (v. gr. bueno-malo, sincero-mendaz); las analogías de intensidad (v. gr. neutro-malo-pésimo, cálido-llama-incendio, estima-aprecio-adoración); la analogía inclusiva, que puede ser de género-especie, todo-parte, conjunto-elemento, continente-contenido; la analogía de ubicación (v. gr. auto-garaje, avión-hangar); la analogía causa-efecto (v. gr. calor-dilatación, chispa-incendio); la analogía de secuencialidad (v. gr. miércoles-jueves, trabajo-descanso, neoclasismo-romanticismo); la analogía por la función (v. gr. chofer-conducir, linterna-iluminar); la analogía de reciprocidad (v. gr. trampero-trampa; predador-presa); la analogía por el producto (v. gr. sastre-terno, científico-fórmula); la analogía por medio o instrumento (v. gr. profesor-tiza, cirujano-bisturí); la analogía de características (v. gr. sol-brillo, noche-oscuridad), etc. Estas clasificaciones dependen del tipo de argumento con el que se hace la analogía, y en parte pueden reconducirse a la clasificación antes hecha.

decirse con dos sentidos: de la persona del César o de la silueta que aparece en las monedas del Imperio (en ambos casos se dice de forma propia, pues es su propia figura la que se descubre ahí). En cambio la proporcionalidad impropia aparece en las metáforas que no aluden a la forma propia sino a cierta semejanza lejana, como cuando se dice que David es un león porque tiene gran fuerza (león se dice de forma propia del animal y de forma impropia del rey). Obsérvese que la analogía de proporcionalidad admite *gradación*, porque cabe que unas cosas sean más parecidas a otras (v. gr. unos cuadros más parecidos al retratado que otros).

Al derecho poco le interesan las analogías metafóricas. En el derecho la analogía de proporcionalidad puede justificarse con argumentos *a pari*, *a maiore ad minus* y *a minore ad maius*. El primer argumento es el de la norma que permite a un determinado funcionario nombrar una secretaria particular; no habría motivo para impedirle nombrar un hombre, porque aunque la norma se refiera a una secretaria, por igualdad de razón es aplicable a las personas de género masculino. El segundo argumento permite que se haga algo menor de lo expresamente ordenado. Así, si la ley estableciera que en los terrenos contiguos a un aeropuerto se pueden construir edificios de dos niveles, la analogía *ad minus* permite concluir que también es posible construir casas de un solo piso. Ejemplo del tercer argumento es la norma sanitaria que prohíbe consumir refrescos en un determinado centro de diversión; por analogía *ad maius* habría de concluirse que mucho más estará prohibido consumir bebidas alcohólicas¹⁰.

Más sencillo resulta aplicar la proporcionalidad propia a aquellas cosas que pueden “medirse” o “cuantificarse” de alguna manera. Así, por ejemplo, en el derecho penal se hace referencia a la necesidad de que exista proporción entre la culpa y la pena, a la hora de establecer el monto de la sanción. También el derecho tributario establece que la carga tributaria debe ser proporcional a las ganancias obtenidas (quien más gana, más paga), y además de exigir la proporcionalidad entre los servicios prestados y el importe de la tasa.

Ávila procura diferenciar el “principio de proporcionalidad” de los actos de autoridad (que analiza la razonabilidad o arbitrariedad del acto), del principio de “proporción”¹¹. Esta

¹⁰ Los ejemplos constan en García Máynez, 1984, pp. 335-336. Aquí los incluimos dentro de la analogía de proporcionalidad.

¹¹ Ávila (2011, p. 145) prefiere la noción de “proporción”, para evitar confundirlo con el principio de proporcionalidad pergeñado por los tribunales constitucionales. «El postulado de proporcionalidad no se confunde con la idea de proporción en sus más variadas manifestaciones. Se aplica sólo a situaciones en las que hay una causalidad entre dos elementos empíricamente discernibles, un medio y un fin, de suerte que se pueda

distinción no es banal, porque en la práctica se utiliza el término “principio de proporcionalidad” tanto para hablar la razonabilidad de las decisiones de autoridad, como para cuantificar los montos de las multas, sanciones, impuestos, etc. Aunque en realidad estamos ante dos principios distintos, ambos han llegado a tener el mismo nombre.

Las analogías “menos fuertes”, aquellas más metafóricas, tienen una menor incidencia en el derecho¹² y sólo se aceptan —en alguna medida y por excepción— en ciertas ramas del derecho (como en el derecho civil).

c) Analogía de atribución

La *analogía de atribución* se sustenta básicamente en la causa eficiente (y su par, la causa final), en cuanto el efecto hereda ciertas semejanzas de la causa. La atribución puede ser *intrínseca o extrínseca*, dependiendo de si la causa radica en el mismo ser o en otro externo. Lo “perverso” se dice de la intención de la voluntad, de la acción voluntaria de acuchillar al inocente y de los efectos del delito como la inseguridad jurídica que crea. Lo “sano” se predica tanto del cuerpo sano, como de la medicina que sana, como del color de la piel o de la orina de una persona sana. En estos casos se observa que hay causas que permanecen y actúan por dentro (la voluntad sobre el acto; el órgano bueno sobre la piel) y otras cuyos efectos se dan fuera (la mala voluntad crea inseguridad social; la medicina cura a quien la toma; la persona sana produce una determinada orina).

En el derecho la analogía de atribución puede justificarse en los principios del derecho (v. gr. el principio de jerarquía, *pro homine*, *pro libertate*, etc.), en razones axiológicas y teleológicas. Así, no goza del favor del derecho aquello que restringe injustificadamente la libertad (v. gr. una orden de prisión no motivada), ni por analogía lo que tal restricción conlleva (v. gr. la prisión, la imposibilidad de seguir laborando, el enfriamiento de las relaciones familiares, etc.). De igual manera, son antijurídicas las decisiones de autoridad que contrarían los fines y valores del sistema legal, así como —por extensión analógica— los daños que estas decisiones conllevan.

proceder a los tres exámenes fundamentales: el de adecuación (¿el medio promueve el fin?), el de necesidad (¿entre los medios disponibles e igualmente adecuador para promover el fin, no hay otro medio menos restrictivo del (de los) derecho(s) fundamentales afectados) y el de proporcionalidad en sentido estricto (¿las ventajas por promover el fin se corresponden con las desventajas provocadas por la adopción del medio?)».

¹² Sobre los límites de la analogía, cfr. Riofrío, 2015, pp. 197-215.

También cabe aquí reparar en las “fuentes” o causas agentes del derecho¹³. La causa eficiente de la ley es, de modo inmediato, el acto de promulgación, y de manera más lejana la autoridad que la dictó. Parece evidente que más fuerza tiene la analogía de atribución hecha entre dos normas nacionales (expedidas por una misma autoridad), que la realizada entre el derecho extranjero y el derecho nacional (donde sólo se consideran como directriz orientativa, no vinculante, las *proporciones* semejantes entre uno y otro derecho; tales normas no provienen de una misma autoridad o causa eficiente). A la vez, será más fuerte la analogía de atribución que se hace de la ley superior para aclarar la ley inferior (porque la ley superior informa y delimita de manera general los contenidos de la ley inferior) que la mera analogía de proporcionalidad que se hace entre dos normas del mismo rango (donde sólo se ven las *proporciones* semejantes entre las diversas disposiciones).

El Código Civil y la ley mercantil suelen aceptar largamente este tipo de analogías; en cambio, tienen menos cabida en la ley penal, ni en el ámbito tributario.

III. Relación entre los principios

Analizaremos la relación entre los diferentes principios enunciados atendiendo a los siguientes puntos:

a) *Justificación deóntica*

Con gran frecuencia la jurisprudencia constitucional se apoya en una máxima moral griega que señala que «hay que tratar igual a los iguales, y desigual a los desiguales». Después de todas las precisiones hechas en el capítulo anterior, podemos desglosar esta máxima en los siguientes subprincipios:

- Hay que tratar de forma idéntica lo que es idéntico.
- Hay que tratar de forma proporcional lo que es proporcional.
- Hay que tratar de forma análoga lo que es semejante.
- No hay obligación de tratar igual lo que no es igual¹⁴.

¹³ Sobre la teoría de las causas como fuente del derecho, vid. Riofrío, 2012, pp. 259-308.

¹⁴ En rigor no parece que exista *a priori* ninguna obligación de tratar “desigual a los desiguales”: cualquiera puede pagar el salario a un trabajador y regalar la misma cantidad a un amigo que cumple años, aunque no haya trabajado nada. El ejemplo muestra cómo cabe tratar lícitamente “igual a los desiguales”. Lo que sí puede decirse, en derecho, es que no hay obligación de trato igual a aquello que no es igual.

Pero la máxima debe modularse para el derecho, debe haber una justificación jurídica para que sea legítimo exigirle a alguien (en justicia) el trato igual. Yo no debo tratar igual a toda persona: no debo tratar igual a cualquier mujer como trato a mi esposa, a cualquier viandante como a mis amigos, etc. Esta justificación, en cambio, sí se da en el ámbito público, donde las autoridades deben tratar igual a los administrados (en cuanto administrados). Por eso los textos constitucionales sobre todo hablan de “igualdad ante la ley”.

Pensamos que en el derecho todos los mencionados principios tienen un fundamento común, muy bien resumido en un aforismo medieval que decía: *ubi est eadem ratio vel aequitas idem ius statui debet* (cuando existe la misma razón y equidad, debe establecerse el mismo derecho)¹⁵. La justificación del principio de igualdad, de proporcionalidad y de la analogía resulta bastante sencilla a quien acepta la racionalidad del derecho. Si el derecho es racional, habrá de aceptarse que donde hay la misma razón debe aplicarse la misma disposición.

Contrario sensu, no cabe analogar una ley irracional, o igualar a los demás con una decisión irrazonablemente adoptada contra alguno, porque no se hallaría en ella ninguna *ratio iuris*. Lamentablemente, nuestros tribunales muchas veces aplican el principio de igualdad o de proporcionalidad sin considerar si existe un justificativo jurídico o razón de justicia por la que resulte razonable y exigible tratar igual a otro.

b) Presupuestos de aplicación

De manera general, se prevén los mismos presupuestos para aplicar el principio de igualdad, de proporcionalidad y la analogía. En todos ellos se requiere:

- Que existan *dos o más términos* comparables. Con frecuencia uno de ellos será un caso indiscutido, aquel con el que se confrontará el caso discutido.
- Que los *aspectos relevantes* de esos términos (que puede ser la cosa, el título, las circunstancias, etc.) estén relacionados de alguna manera (con una relación de identidad, igualdad, proporcionalidad o semejanza).

¹⁵ Aparece en Ludovicus Bologninus, *ad Digestum Vetus* 9.2.32, p. 713, sexta columna derecha. El principio también fue formulado por Godofredo: *ubi eadem est legis ratio, ibi eadem debet esse iuris dispositio*. Godofredo también le da una formulación negativa: *ubi cessat ratio legis, cessare quoque debet eius dispositio*. En ocasiones el aforismo se emplea de forma abreviada, como: *ubi est eadem ratio, ibi idem ius* (cuando hay identidad de razón, se aplica el mismo derecho). Así consta en Brunnemann, *Consilium* 84, núm. 12. Otra versión conocida es *ubi eadem ratio, eadem iuris dispositio*. La jurisprudencia española contemporánea anota con frecuencia que *ubi eadem est legis ratio, eadem et legis dispositio esse debet*. Un buen estudio del aforismo consta en Domingo, 2003, pp. 238-329.

- Que en todos los casos exista una *ratio iuris* igual o semejante.

Obviamente, para que operen estos principios o figuras no deberá haber algún impedimento o prohibición normativa de aplicarlo. En el caso de la analogía, algunos tratadistas han puesto esta exigencia como requisito (nosotros lo vemos más como un limitante de su operatividad). Después de mencionar los presupuestos genéricos, a continuación afinaremos más en los presupuestos específicos de cada figura. Comenzaremos por la analogía.

— *Analogía en general*

Para que la analogía opere, es necesario que se den los siguientes presupuestos¹⁶:

(i) *La existencia de un caso indiscutido*, cuya regulación, legitimidad o ilegitimidad sea indiscutible. Un sector de la doctrina requiere que exista para este caso una norma que regule el supuesto confiriéndole una consecuencia jurídica clara y precisa¹⁷. Esta consideración sólo sería aplicable a la *analogia legis*, no a la *analogia iuris* donde la legitimidad del supuesto puede ser indiscutida no sólo por lo que dice la ley, sino por la opinión común, la cultura jurídica, la doctrina generalizada, etc.

(ii) *La existencia de un caso discutido*, tanto porque falta regulación (estaríamos ante un vacío legal), como porque su interpretación es oscura o dudosa. El caso obscuro puede encontrarse en una segunda ley de dudosa interpretación o aplicación. El derecho continental suele restringir el análisis al caso de las lagunas legales¹⁸, olvidando los casos donde la analogía simplemente se aplica para aclarar lo obscuro de una norma¹⁹.

(iii) *Que exista una cierta semejanza entre los dos supuestos*. La semejanza debe darse en razón de la materia regulada²⁰. En esta semejanza analógica convendrá determinar cuál es el

¹⁶ Seguimos aquí lo expuesto en nuestro artículo, Riofrío, 2015.

¹⁷ V. gr. Ezquiaga, 1994, p. 75.

¹⁸ V. gr. Ezquiaga, 1994, p. 75, donde sólo exige que el segundo supuesto no esté regulado por ninguna norma.

¹⁹ En el contexto del *common law* suele diferenciarse la aplicación de la analogía al *case law* y a los *statutes*. La aplicación de la analogía a la jurisprudencia permite superar el modelo que encasilla dentro del cuadro legal del ordenamiento jurídico.

²⁰ El derecho canónico regula la figura de los “lugares paralelos” (Código de Derecho Canónico, canon 17), que son «aquellos pasajes legales que tratan de la misma materia, aunque contemplándola desde una perspectiva disciplinar distinta. No es preciso que traten de la misma materia con una total convergencia de perspectiva y argumentación (que presenten «idem ius»). Debe subrayarse, sin embargo, la identidad (no semejanza) de materia» (Otaduy, 2002, p. 364).

analogatum princeps, a fin de determinar qué tipo de relación existe entre los extremos analizados (v. gr. *a pari*, *ad maiore ad minus*, *a minore ad maius*, etc.).

(iv) *Que exista una “ratio decidendi” que recaiga sobre lo que es igual o semejante de ambos casos.* La *ratio iuris* debe recaer sobre lo igual, aunque alguna desigualdad se constate en las cosas, personas, causas o circunstancias de los casos analizados. Si recayera en relaciones jurídicas iguales, sobre lo igual, en condiciones de absoluta igualdad, lo propio sería aplicar el principio de igualdad²¹. Si no cayera sobre lo igual, sino sobre lo semejante, habría que analizar con cuánta fuerza aplica la analogía. Si no cayera sobre lo igual, ni sobre lo semejante, no cabría aplicar de ningún modo la analogía, porque los extremos no serían comparables.

— Principio de proporcionalidad (como “proporción”)

En el capítulo precedente hemos definido “la proporcionalidad” como una subespecie de analogía (distinta de la analogía de atribución). Por tanto, deberá cumplir con los mismos requisitos de la analogía que acabamos de mencionar.

En adición, podemos señalar que para que opere este tipo de analogía también es necesario que exista un *tertium comparationis* que permita correlacionar los extremos. Sin *tertium comparationis*, sin una moneda común, sin una “proporción”, no hay proporcionalidad posible²². Piénsese, por ejemplo, en el principio de proporcionalidad de las penas: las penas son mensurables en dólares, euros, años de cárcel, etc. según un más y un menos. De igual forma el principio de proporcionalidad tributario determina que quien gana más, tributa más; la ganancia y el tributo pueden medirse en cualquier moneda, que sirve como *elemento de comparación*.

El antiguo Código del año 1917 prescribía que, en caso de oscuridad o duda relativas a las leyes habría de acudir a lugares paralelos del código; el nuevo no habla de lugares paralelos del código, sino de lugares paralelos *tout court*. Cfr. González del Valle, 1996, p. 25.

²¹ Volveremos sobre el tema cuando tratemos sobre la fuerza intrínseca de la analogía.

²² Justamente esta es la crítica que algunos hacen al principio de proporcionalidad/razonabilidad (que examina la razonabilidad de los actos de autoridad): muchas veces resulta imposible ponderar los intereses en juego, porque sería como comparar manzanas con naranjas. Sobre este ejemplo, cfr. Borowski, 2013, pp. 1409-1418. En la jurisprudencia norteamericana, el juez Scalia ha manifestado que este proceso de argumentación implica realizar una comparación de dos magnitudes incommensurables: sería como determinar «si una línea es más larga que lo que una determinada piedra es más pesada» (Cfr. *Bendix Autolite Corp. vs. Midwesco Enterprises, Inc.*, 486 U.S. 888, 897 (1988)). Véase al respecto nuestro comentario a este punto en Riofrío, 2016, pp. 283-309.

— Principio de igualdad

Para que el principio de igualdad opere, parece necesarios los siguientes presupuestos:

(i) Que existan dos o más supuestos o *fattispecie* (dos situaciones jurídicas, dos hechos impositivos, dos normas, dos acciones, etc.).

(ii) Que tales supuestos sean iguales (idénticos) en todos sus *aspectos relevantes*. La relevancia de estos aspectos se determina mirando al fin: el aspecto debe ser relevante para la justificación o para un cierto fin. Tales aspectos pueden ser muy diversos: la cosa litigiosa, las causas de cada supuesto, el mérito de las acciones, el título justificativo del derecho, las circunstancias, el estado donde rige determinada ley... pero siempre habrá que definirlos *ad casum* mirando a la finalidad de su aplicación. Si no se verifican esas igualdades en lo relevante, no cabe invocar el principio de igualdad. Por ello, no es justo pretender que a un extranjero residente en Ecuador se lo trate igual que en su país, para votar por las autoridades ecuatorianas; ni que al ladrón se lo trate igual que al trabajador honrado, a efectos del cobro del salario; ni que a quien tiene título de dominio se lo trate igual que al mero tenedor, para el fin de la restitución de la cosa. En cambio, sí cabría considerar a todas esas personas como iguales para el fin de salvaguardarlas de la tortura, porque todas las condiciones mencionadas (ser nacional o extranjero, ladrón u honrado, etc.) nunca justifican ninguna tortura (por eso son irrelevantes para este fin).

(iii) Que en todos los casos exista la misma *ratio iuris*. Como dijimos, el deber jurídico de trato igual solo se da cuando en los supuestos o *fattispecie* comparados “existe la misma razón y equidad”, la misma razón o justificación del derecho. El cónyuge no debe tratar igual a toda mujer; con su esposa deberá tener un trato muy distinto al que tiene con el resto de mujeres. Tampoco tenemos la obligación jurídica de tratar a todos como a nuestros amigos íntimos; ni un empresario tiene el deber jurídico de contratar a cualquier persona que se le presenta con un título y una hoja de vida idéntica al que le simpatizó, porque en el ámbito privado existe un espacio ensanchado de libertad (antes conocido como *principio de clausura del derecho privado*).

Para exigir la obligación jurídica de un trato igual (y para acreditar su correspondiente derecho) debe existir alguna suerte de *ratio iuris* que se predique de manera igual de todos los supuestos. Esta razón fácilmente se descubre en el ámbito público, donde la autoridad y la ley deben tratar de manera igual a todos los administrados, sin conceder privilegios injustificados por razones de interés personal, pues la ley y la autoridad han de obrar buscando siempre realizar el bien común (no el bien personal). En otro ámbito, la igualdad de derechos

puede sostenerse cuando se tratan de derechos que razonablemente deben pertenecer a toda persona (como el derecho a la vida, al agua, al alimento, etc.), pues basta probar que uno es persona para justificar el derecho. No cabría, en cambio, afirmar la igualdad de los derechos reales concretos (a una finca, a un auto, etc.), porque ellos solo pertenecen a sus dueños y se justifican en títulos que no toda persona tiene.

IV. Conclusiones

1. En primer lugar, hemos constatado que existe una profunda relación entre los principios de identidad, igualdad, proporcionalidad y la analogía.

2. Podemos decir que, según la clase de relación que pueda entablarse entre los términos comparados, existen tres tipos de igualdad: igualdad estricta (o matemática²³), igualdad proporcional (o geométrica) e igualdad lata (o analogía). La primera requiere la identidad de los extremos comparables, la segunda la existencia de un *tertium comparationis* que permita relacionar los extremos, y la tercera una simple semejanza entre ellos.

3. Estos principios tienen una justificación común, que se compendia en el aforismo: *ubi est eadem ratio vel aequitas idem ius statui debet* (cuando existe la misma razón y equidad, debe establecerse el mismo derecho). Cabe sintetizarlos en estas fórmulas:

- Hay que tratar de forma idéntica lo que es idéntico.
- Hay que tratar de forma proporcional lo que es proporcional.
- Hay que tratar de forma análoga lo que es semejante.
- No hay obligación de tratar igual lo que no es igual.

4. La aplicación de la igualdad, de la proporcionalidad y de la analogía sólo puede hacerse si se verifican tres supuestos: (i) que existan dos o más términos comparables; (ii) que los *aspectos relevantes* de esos términos estén relacionados de alguna manera (con una relación de identidad, proporcionalidad o semejanza); y, (iii) que en todos los términos analizados exista una *ratio iuris* igual o semejante.

²³ En matemáticas, un enunciado en el que dos expresiones (iguales o distintas) denotan el mismo objeto matemático se llama igualdad matemática. Dos objetos matemáticos son considerados iguales si los objetos poseen el mismo valor. Por ejemplo, la frase «la suma de dos y dos» y la expresión «cuatro» se refieren al mismo objeto matemático, un cierto número natural. La expresión «es igual a» o «es lo mismo que» se suele representar en matemáticas con el signo =. Así, el ejemplo anterior suele escribirse como: $2+2=4$.

Referencias

- Alvira, Tomás, Clavell, Luis & Melendo, Tomás (2001): *Metafísica* (Pamplona, Eunsa).
- Aristóteles (2012). *Metafísica*, trad. de V. García Yebra. Madrid: Gredos.
- Ávila, Humberto (2011): *Teoría de los principios* (Madrid, Marcial Pons).
- Borowski, Martin (2013): “On Apples and Oranges. Comment on Niels Petersen”, *German Law Journal*, vol. 14, nº 8: pp. 1409-1418.
- Brugger, Walter (1972). *Diccionario de filosofía*. Barcelona: Herder.
- Cayetano, Tomás de Vio (1498). *De nominum analogía*.
- Cruz Amorós, Vicente (1999). *El fundamento metafísico de la relación entre las analogías de atribución y de proporcionalidad. La interpretación de Cornelio Fabro de la doctrina de Santo Tomás*. Roma: Pontificia Universidad de la Santa Cruz.
- Domingo, Rafael (ed.). (2003). *Principios de derecho global. Aforismos jurídicos comentados*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.
- Estados Unidos, caso *Bendix Autolite Corp. vs. Midwesco Enterprises, Inc.*, 486 U.S. 888, 897 (1988).
- Ezquiaga Ganuzas, F. Javier (1994). Argumentos Interpretativos y Postulado del Legislador Racional. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, 1, pp. 70-99.
- García Máynez, Eduardo (1984). *Introducción al estudio del Derecho*. México: Porrúa.
- González del Valle, José María (13 al 16 de noviembre de 1996). Las lagunas en el ordenamiento canónico y jerarquía de fuentes. En Congreso «*La Scienza Canonistica nella seconda metà del '900. Fondamenti, metodi, prospettive in d'Avack-Lombardía-Gismondi-Corecco*».
- Millán Puelles, Antonio (2015). *Obras completas. Léxico filosófico (tomo VII)*. Madrid: Rialp.
- Otaduy, Javier (2002). *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, v. 1, 3ª ed. Pamplona: Eunsa.
- Real Academia Española (2002). *Diccionario*. Madrid: Gredos.
- Riofrío, Juan Carlos (2012). Las causas metafísicas como fuentes del derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 15, pp. 259-308.

- Riofrío, Juan Carlos (2015). Alcance y límites de la interpretación analógica. *Prudentia Iuris*, 79, pp. 197-215.
- Riofrío, Juan Carlos (2016). Alcance y límites del principio de proporcionalidad. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n° 1, pp. 283-309.
- Santa Sede (1917). Código de Derecho Canónico. Vaticano: Editrice Vaticana.
- Santa Sede (1983). Código de Derecho Canónico. Vaticano: Editrice Vaticana.
- Tomás de Aquino (1256-1259). *Quaestiones disputatae de Veritate*. París.