
LA ANALOGÍA DE PROPORCIONALIDAD,
MÉTODO JURÍDICO PARA ATRIBUIR
LO DEBIDO

MARÍA DEL CARMEN PLATAS PACHECO

La legislación positiva es medio para prescribir el orden social y para la impartición de justicia, pero el fin del derecho es la vida buena, plena que sólo es posible en la vivencia real de la justicia como condición de la paz.

La tradición jurídica moderna -en mi opinión- confunde la argumentación dialéctica con la demostración, sin tomar en cuenta que la dialéctica parte de cosas verdaderas y primordiales, en cambio, la demostración no pertenece al terreno de lo apodíctico.

El derecho sirve más al hombre cuando renuncia a la tentación de construir consensos sobre lo que no cabe opinar, y no se somete a lo que Aristóteles llama poder despótico, sólo así el derecho desde la argumentación analógica es capaz de entrar en diálogo con el poder político.

Que el derecho necesita de la filosofía es una verdad evidente, negar esta relación le ha hecho más daño al derecho que a la filosofía, en tanto que el derecho positivo, en el momento presente, ha perdido la referencia natural a lo debido para centrarse en la construcción de consensos como referente que por sí mismo determina el contenido de las conductas jurídicamente exigibles.

La necesidad de argumentación o diálogo como herramienta discursiva del derecho, no procede de la indigencia de nuestra facultad intelectual sino de su plenitud *verbum ex plenitudine*, según afirmación de Tomás de Vío, no es verdad que la fuerza del derecho resida en la construcción de consensos desde las bases, como hoy es frecuente afirmar, lo más poderoso humanamente hablando no es el armamento, ni la tecnología, ni la globalización, lo verdaderamente digno y potente es el pensamiento, esforcémonos como nos invita Pascal en pensar bien, con método, sin reducciones simplistas, ni descalificaciones estériles.

La argumentación dialógica en el derecho recibe el nombre de Tópica o Cetética Jurídica. La palabra cetética deriva del término griego (*cetetikón*) que significa, investigar, inquirir, buscar. Se trata de un diálogo pragmático que permite entrar en discusión y cuestionar las respuestas consideradas por el sujeto como inamovibles e irrefutables. Consiste en una investigación orientada más a formular preguntas y a cuestionar las respuestas posibles. Por esta razón, es una herramienta de argumentación analógica que no pertenece al terreno de lo apodíctico y necesario, lo que permite considerar desde varios puntos de vista una misma cuestión, para ofrecer varias soluciones alternativas.

La Tópica o Cetética pone el énfasis en la investigación, en la búsqueda, en la indagación de los puntos de vista rectores que son adoptados como respuestas. Su formulación tiende a facilitar la discusión, el desafío y hasta la refutación. Los argumentos jurídicos no son pensados como definitivos y su tarea es caracterizar el horizonte de cuestiones a tratar en el campo conceptual elegido.

La Tópica o Cetética es la forma más adecuada de argumentación jurídica para tratar acerca de lo debido en sentido absoluto y con relación a las circunstancias.

En definitiva, de lo que se trata al momento de argumentar jurídicamente es de lograr un relativismo en la construcción del discurso jurídico, es decir, un tipo de argumentación dialógica e intersubjetiva que encuentre unidad en la realidad, en lo debido, en el en sí, pero que a su vez busque persuadir a los oyentes de que la mediación analógica y su equilibrio, están logradas de manera adecuada.

LA ANALOGÍA DE PROPORCIONALIDAD

Desde mi punto de vista, el reto del derecho como instrumento de la racionalidad al servicio de la convivencia humana es establecer lo que es debido en cada caso, a través de un discurso analógico que no aspire sólo a vencer, a imponerse por la fuerza, sino esencialmente a convencer, a hacer justicia en sentido propio.

La dogmaticidad del sistema de argumentación jurídica moderna ha obligado a establecer, mantener y defender un sistema cerrado, un dogma, palabra que deriva del término *doxa* que significa opinión. Se trata de un pensamiento que tiene su modelo en la formación de opiniones basadas en el pensamiento cotidiano. En esto último radica el carácter social de la dogmática del derecho.

No es sencillo desentenderse de lo natural para dejar paso a lo racional, porque la desnaturalización del hombre en su espacio societario conduce al irracionalismo, lo que supone aniquilar el derecho.

La exigencia que sobre el derecho pesa de ser fiel a la verdad práctica se traduce en un inquebrantable compromiso con la justicia, de manera que no debe el derecho adoptar posturas excluyentes. Pero tampoco le cabe abstenerse de defender en su propio terreno -el jurídico-las exigencias de la consideración de la naturaleza de las cosas y del hombre mismo.

Estos requerimientos se han hecho más perentorios cuando, en muy pocos años las transformaciones a escala mundial nos han colocado ante situaciones y planteamientos radicalmente inéditos.

Quizá los más interesantes desde la perspectiva académico jurídica son aquellos que pueden quedar comprendidos bajo el rubro de la globalización, término principalmente económico que parece comprenderlo todo y al mismo tiempo estar ajeno a las diferencias; precisamente porque el conjunto de problemas que la factibilidad y rapidez de los cambios a escala planetaria han traído consigo, es que están clamando por una rotunda renovación de las bases argumentativas sobre las que se definen las relaciones humanas, especialmente en el terreno jurídico y en el ámbito económico y social por añadidura.

No hay noción más abstracta y negativamente idealizada que la de consensos en el hacer societario. Lo peor que tienen los consensos es que, en cierto sentido, no existen, se trata muchas veces de ficciones sin compromiso, son artificios tan carentes de identidad, como incapaces de modificar la naturaleza de las cosas por el solo hecho de que algunos se identifiquen y coincidan en una simpatía.

Una de las falacias ilustradas de mayor aceptación en nuestros días, consiste en situar la confianza social en la línea de la eficacia jurídica y desarraigada de los elementos de la fecundidad discursiva que supone la consideración de principio de la *physis*. El amor a la sabiduría, implícito en la prudencia mediante la analogía y la primacía de lo humano en el tratamiento de lo formativo, constituyen la propuesta discursiva y argumentativa.

Cuando el paradigma de la fecundidad jurídica queda sustituido por el modelo de la eficacia que otorga seguridad, lo que se ofrece a cambio es un abrumador repertorio de legislación positiva, más complejo en su estudio y aplicación que las problemáticas concretas que pretende resolver, porque la complejidad y el volumen de las normas y los procedimientos, de suyo no garantizan la justicia y sí hacen muy difícil el acceso a la justicia.

Pensar el derecho y pensar en el derecho es saber que a los estudiosos de la ciencia jurídica no les es dado observar pasivamente el deterioro del orden social, no es humanamente digno que vivamos al borde de una catástrofe nuclear y de otra ecológica y que paradójicamente existan los ordenamientos jurídicos que justifican o legalizan este estado de cosas, mediante una legalidad que ha sido genocida como dan cuenta los excesos de las guerras mundiales, y también ecocida, como lo atestigua el deterioro ambiental en todo el planeta.

De manera que la identificación de las conductas jurídicas con las normas positivas sólo serán argumentativas y existencialmente correctas en la medida que sean expresión del orden dado, no en la medida en que se identifiquen con una normativa vigente; al respecto escribe Cicerón en *Las leyes*: "Es absurdo pensar que sea justo todo lo determinado por las costumbres y leyes de los pueblos. ¿Acaso también si son leyes de tiranos? Si los

LA ANALOGÍA DE PROPORCIONALIDAD

Treinta Tiranos de Atenas hubieran querido imponer sus leyes, o si todos los atenienses estuvieran a gusto con las leyes tiránicas ¿iban por eso a ser justas esas leyes?"¹

La prudencia es la virtud del intelecto práctico que nos permite la consideración de lo diverso y lo idéntico como tal, en sí. El acto prudencial es lo que permite al derecho tener acceso a un conocimiento de la realidad, de la que concluye que hay cosas debidas al hombre, y luego aplicar este mismo principio de debitud al singular operable del que se partió.

Las condiciones que se imponen en la consideración del razonamiento jurídico a la luz de la analogía son:

- La necesidad de aceptar que el objeto del raciocinio jurídico es contingente, variable y múltiple, fundamentalmente en razón de la libertad humana.
- La afirmación de lo debido, como inherente a lo humano en la realidad jurídica, que la hace susceptible de juicios de justicia y no sólo de juicios de legalidad.
- La convicción de la imposibilidad de tratar una materia contingente como es el derecho con el solo instrumento de la lógica formal, usada al modo de los saberes teóricos, matemáticos.
- La necesidad de recurrir a un modo argumentativo diferente, adecuado a la naturaleza del objeto jurídico, que razone sobre la base de problemas prácticos, buscando soluciones probables, no necesarias como las de los saberes teóricos y teniendo presente el elemento de precariedad circunstanciada de todo lo jurídico.

La conclusión se concreta en hacer evidente la necesidad de renunciar a concebir el derecho como fuerza coercitiva, para dotar al derecho de la argumentación analógica que le permita recuperar la fuerza discursiva de su poder ordenador en la justicia del espacio societario.

¹ Cicerón, Marco Tulio, *op. cit.*, diálogo 15.