

El derecho como justicia pública: la juridicidad del derecho en el formalismo integral

Law as public justice: the legality of law in integral formalism

Luis Fernando Barzotto¹

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS/Brasil)
luis.barzotto@ufrgs.br

Resumo

O presente artigo visa estabelecer a centralidade do conceito de forma na compreensão do fenômeno jurídico. O direito positivo vem apresentado como uma síntese entre forma externa (*morphé*) e forma interna (*eidos*), isto é, ele vem definido como justiça pública. A forma externa, a manifestação do direito como norma, decisão e instituição, marca a positividade do direito, seu caráter público. Por sua vez, a forma interna é a justiça entendida como princípio constitutivo do direito, nas suas três modalidades de justiça geral, distributiva e comutativa. A defesa de um formalismo integral, que une forma externa (publicidade) e forma interna (justiça) será feita de um modo dialético, mostrando a insuficiência dos formalismos parciais, como o formalismo externo de Rudolf von Ihering e o formalismo interno de Ernst Weinrib.

Palavras-chave: justiça pública; formalismo integral; aristotelismo; Ihering; Weinrib.

Abstract

This article aims to establish the centrality of the concept of form in the understanding of the legal phenomenon. Positive law is presented as a synthesis between external form (*morphé*) and internal form (*eidos*), that is, it has been defined as public justice. The external form, the manifestation of the law as a rule, decision and institution, marks the positivity of the law, its public character. In turn, the internal form is justice understood as a constitutive principle of law, in its three modalities of general, distributive and commutative justice. The defense of an integral formalism, which unites

¹ Professor Titular de Filosofia do Direito e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Endereço: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. PPGD. Av. João Pessoa, 80, Segundo Andar, CEP 90.040-000, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil.

external form (publicity) and internal form (justice) will be made in a dialectical way, showing the insufficiency of partial formalisms, such as the external formalism of Rudolf von Ihering and the internal formalism of Ernst Weinrib.

Keywords: public justice; integral formalism; aristotelianism; Ihering; Weinrib.

Introducción: *morphé y eidos*

El concepto corriente de forma señala la identidad de algo. La forma hace que algo sea lo que es y no otra cosa, y pueda ser conocido como tal. El presente artículo, al buscar determinar la naturaleza del derecho a través del recurso a la noción de forma, intenta establecer las bases para la reflexión sobre la juridicidad del derecho, es decir, acerca de aquello que hace el derecho ser el derecho, y no la moral, la política, la religión, la economía, la literatura, etc.

El concepto polisémico de “forma” puede tener dos de sus sentidos principales distinguidos a partir de una dicotomía presente en el vocabulario filosófico griego, más específicamente en la obra de Aristóteles. Aunque muchos intérpretes vean una sinonimia entre los dos sintagmas que Aristóteles utiliza para “forma” –*morphé* y *eidos*–, otros ven en ellos la determinación de una diferencia fundamental. Citemos a dos de ellos. Primeramente, Mario Losano (2010, p. 12): “En la *Física* y la *Metafísica*, Aristóteles define la *morphé* como la forma externa del objeto. El *eidos* es definido como la idea, la estructura racional”. Y también David Ross (2007, p. 82): “En general, *morphé* se relaciona al modelo sensible y *eidos*, a la estructura inteligible, siendo esta última el elemento fundamental de la noción de forma. Así, *logos* (definición) y esencia son utilizados constantemente como sinónimos de *eidos*”.

De hecho, algunos textos aristotélicos parecen sostener esta distinción entre una forma entendida como apariencia, figura o marco (*morphé*) y la forma definida como idea, concepto o esencia (*eidos*): “Al marcharse el alma, el ser vivo ya no existe [...], excepto solo en la configuración exterior (*schemata morphé*), como en el mito los seres convertidos en piedra” (Aristóteles, 2000b, I, 641 a 20-23). También: “En otro sentido, causa es la forma (*eidos*) o el modelo (*paradeigma*), esto es, la definición (*logos*) de la esencia (*to ti en einai*)” (Aristóteles, 2005, II, 3, 194b 27-28).

En los mitos, cuando un ser vivo se transforma en piedra, lo que queda es su forma exterior, la *morphé*. Su identidad como ser vivo, su vida como definidora de su esencia, es decir, su alma como “forma (*eidos*) de un cuerpo natural vivo” (Aristóteles, 2001, 412a 19-20) ya no está presente. Ambos significados están analógicamente relacionados por referirse a la identidad de una cosa, de aquello que hace que una cosa sea lo que es. La forma externa (*morphé*) *manifiesta* la identidad de una cosa, mientras que la forma interna (*eidos*) *constituye* la identidad de una cosa. Por ejemplo, lo que permite reconocer de un modo *sensible* a un ser humano es su apariencia externa, su forma (*morphé*) humana; lo que permite identificarlo

conceptualmente como ser humano es su forma (*eidos*) humana, la posesión de un alma racional.

Dejándose a los expertos las discusiones sobre la corrección de esta interpretación de Aristóteles, la tesis que se sustenta en este artículo es que la distinción entre *morphé* y *eidos*, en los términos expuestos, es crucial para determinar la naturaleza –duplamente– formal del derecho. El derecho es reconocido por su forma externa (*morphé*), pero está constituido por su forma interna (*eidos*), siendo que su forma externa es la publicidad y su forma interna, la justicia.

La síntesis entre las dos formas define el derecho como justicia pública.

El derecho como justicia pública es el modo como el derecho se dio históricamente en las ciudades-estado democrático-republicanas de la Antigüedad, particularmente Atenas y Roma (derecho clásico o republicano). Para todos aquellos que ven la vida asociada como la construcción colectiva de una comunidad de libres e iguales (republicanismo), el derecho como justicia pública permanece paradigmático. La teorización más sofisticada de esta particular experiencia jurídica se dio en la tradición aristotélica, específicamente a causa de Tomás de Aquino, por su formalismo “integral”, es decir, la actitud teórica que valora tanto la forma externa como la forma interna en la comprensión del derecho.

Tras una breve exposición de las formas externa e interna en el derecho clásico, se examinan dos posiciones que pueden llamarse “formalismo parcial o unilateral”, donde se presentarán los argumentos elaborados por Rudolf von Ihering (forma como *morphé*) y Ernst Weinrib (forma como *eidos*). A continuación, se tematizarán el formalismo externo e interno del iusnaturalismo aristotélico-tomista, que puede denominarse “formalismo integral” (*morphé* + *eidos*).

La forma externa (*morphé*) del derecho: la publicidad

a) La forma externa en el derecho clásico

En latín, el adjetivo *publicus* (público) es un término derivado del sustantivo *populus* (pueblo). Según Hannah Arendt, el término “público” tiene dos significados estrechamente relacionados: aquello que es visible a todos (pueblo) y aquello que pertenece a todos (pueblo). Ambos los significados son complementarios en la determinación de la naturaleza pública del derecho.

Vamos a analizar inicialmente el primer significado de “público” en tanto accesible a todos, descrito por Arendt (1995, p. 59) en los siguientes términos: “Significa, en primer lugar, que todo lo que viene a público puede ser visto y oído por todos, y tiene la mayor divulgación posible”.

Aquí, lo público se opone a lo privado, aquello que, por estar “privado de la luz” que da visibilidad, está oculto a la mirada de todos. En la interpretación espacial de Arendt, la casa (*oikos*), el lugar de lo privado y la privacidad, se opone a la *polis*, el espacio donde las personas se muestran unas a las otras a través de actos y palabras.

En este primer sentido, el derecho es un fenómeno “público” visible, en la medida en que posee una *forma externa* que lo vuelve accesible a todos: “La forma es la esencia del derecho. ¿No es acaso la esencia de cualquier cosa? ¿En qué medida ella es aumentada en el derecho? La forma es el mismo derecho, su ser visible, externo, público” (Schmitt, 2001, p. 332).

No se puede comprender la experiencia jurídica a no ser que se admita la visibilidad, el carácter externo y público del derecho. No pertenece al mundo jurídico lo que es secreto, invisible o privado. Y la forma externa es el modo cómo él aparece a todos, el que lo vuelve *público*.

“Público” significa también lo que es *común* a todos: “En segundo lugar, el término *público* significa el mundo mismo, en la medida en que es común a todos nosotros y distinto al lugar que nos corresponde dentro de él [...]. La esfera pública, en tanto mundo común, nos pone en la compañía unos de los otros y, con todo, evita que nos colidamos unos con los otros” (Vernant, 1990, p.254).

El mundo común o público (*populus*) es el mundo que pertenece a todos, al pueblo (*populus, demos*). Se opone igualmente a lo privado (*privatus*), aquello que pertenece a solamente uno. La esfera pública pertenece a todos porque cada uno tiene en ella una posición determinada (“evita que nos colidamos unos con los otros”) desde la cual se relaciona con los demás (“nos pone en la compañía unos de los otros”). El advenimiento de la *polis* marca el inicio del espacio público como espacio de todos. Los ciudadanos se reconocen mutuamente en tanto habitantes de un mundo que pertenece *igualmente* a todos:

El grupo humano tiene, pues, de sí mismo, la siguiente imagen: al lado de las casas privadas, particulares, hay un centro donde los negocios públicos son debatidos; y ese centro representa todo lo que es ‘común’ [*tó koinon*], la colectividad [*demos, publicus*] como tal. En ese centro, cada cual es igual al otro, nadie está sometido a nadie

En ese debate libre que se instituye en el centro del *ágora*, todos los ciudadanos se definen como *isoi*, iguales u *omoioi*, semejantes. Vemos surgir una sociedad en que la relación de los seres humanos entre sí es pensada bajo la forma de una relación de identidad, simetría, reversibilidad

En lugar de una sociedad humana que forma un mundo con escalones, donde el rey está arriba y tiene debajo de sí toda una jerarquía de estatutos sociales definidos en términos de dominación y sometimiento, el universo de la ciudad aparece como constituido por relaciones igualitarias y reversibles, en que todos los ciudadanos se definen como idénticos en el plano político respecto unos de los otros (Arendt, 1995, p. 62).

Esta idea de lo público como el espacio que abarca a todos por pertenecer a todos es central para el derecho en tanto elemento de la *polis/civitas*. De hecho, el derecho pertenece a todos, es público, puesto que vincula igualmente a todos. El mundo común es el mundo público, pertenece al pueblo, y éste se vuelve tal porque todas las personas se reconocen como formando parte de la ciudad (ciudadano, *polités, cives*).

Las dos características de lo “público” –aquello que es visible y común– se fusionan en el derecho en tanto es el tipo propio de *orden* de la convivencia en la comunidad de los libres e iguales. Es el derecho como *orden* conocido por todos (visible) y aplicable a todos (común)

que funda el espacio de la convivencia en que se asegura la posición de cada uno (*suum cuique*), así como disciplina las relaciones establecidas entre las personas que ahora se reconocen recíprocamente como “sujetos de derecho”.

Es importante notar aquí que dos de las primeras revoluciones políticas en Occidente –la revolución ateniense que llevó al poder a Dracón en 621 a.C., con la misión de redactar las leyes, y la rebelión de la plebe romana en 450 a.C. cuya consecuencia fue la *Ley de las Doce Tablas*²– fueron “luchas por el derecho”, más precisamente “luchas por la forma del derecho”, ya que tenían por objetivo que el derecho adoptara la *forma externa* de una ley escrita.

En vez de ser el privilegio de una casta, el secreto de una clase de escribas trabajando para el palacio del rey, la escritura se torna *cosa común* para todos los ciudadanos, un instrumento de *publicidad*. Ella permite que se deposite en el dominio público todo lo que, al sobrepasar la esfera privada, interesa a la comunidad. Las leyes deben ser escritas; por esto se vuelven verdaderamente *cosa de todos* (Vernant, 1990, p. 251. No hay énfasis en el original).

Las luchas por la forma del derecho son luchas por el *orden* característico del derecho. De una parte, está la *visibilidad* del derecho, que lo vuelve capaz de ordenar las acciones en el interior de la ciudad. De otra parte, está su carácter *común*, de cosa de todos, puesto que crea un orden del cual todos participan. Esas luchas por la publicización del derecho por medio de su transcripción son descritas por Max Weber (1992, p. 630) en los siguientes términos:

Otras veces, la transcripción jurídica sistemática se emprende en interés de la seguridad en los conflictos sociales. Naturalmente que los interesados en la transcripción suelen ser las capas sociales que en lo pasado han sufrido más por la falta de normas inequívocamente fijas y accesibles a la generalidad, es decir, adecuadas al control de la aplicación del derecho. Especialmente, por tanto, las capas campesinas y burguesas frente a los nobles y a la justicia de *honorarios* dominada por los nobles, o frente a la aplicación sacerdotal del derecho, que era la situación típica en la Antigüedad.

La forma escrita del derecho abolía el monopolio del conocimiento y aplicación del derecho reservada a nobles y sacerdotes, o sea, ella rompe el carácter “privado” del derecho. Al “publicar” el derecho por la forma legal escrita, éste se torna simultáneamente accesible a todos y cosa común a todos³. Eurípides (*Suplicantes*, 432-437) sintetiza así el movimiento por la publicización del derecho mediante la adopción de una forma externa (escrita) para él: “Cuando las leyes están escritas, tanto el pobre como el rico tienen una justicia igualitaria. El débil puede contestar al poderoso con las mismas palabras si le insulta; vence el inferior al superior si tiene a su lado la justicia.”

² Como acto final del conflicto, “los cónsules presentaron al pueblo las leyes decenvirales, a las que llamamos *Doce Tablas*, grabadas en bronce” (Tito Livio, 1992, III, 57).

³ “Las leyes deben ser escritas: por esto se transforman verdaderamente en cosa de todos” (Vernant, 1990, p. 251).

El derecho es un fenómeno público, conocido por todos y perteneciente a todos, pues ha sido “promulgado” para todos en la forma externa (*morphé*) de ley ⁴. Por su forma externa, el derecho *ordena* la convivencia. La forma externa del derecho garantiza su carácter de *res publica*, capaz de establecer el orden que permite ajustar las expectativas y acciones de cada uno respecto a las expectativas y acciones de todos, estructurando así un mundo común.

b) La forma externa del derecho en Rudolf von Ihering

En su obra *Es espíritu del derecho romano*, defiende Rudolf von Ihering que el rasgo característico del genio romano en cuanto al derecho era el “sentido de la forma”, que, según este autor, en el siglo XIX, tenía a los ingleses como únicos herederos. Las formas son “los medios por los cuales los hechos internos, las ideas, las sensaciones, las resoluciones, etc., adquieren una expresión y una existencia exteriores” (Ihering, 2001, p. 584).

Entre todos los fenómenos culturales, aquel cuya dependencia de la forma es más estrecha es el derecho: “la propensión del derecho hacia la forma parece descubrir una necesidad interna, una utilidad propia de la forma que corresponde al objeto del derecho” (Ihering, 2001, p. 588).

El “objeto” del derecho es su positivación como respuesta que la sociedad da a sí mismo cuando se plantea la cuestión del *orden*: “En cualquier comunidad de éstos [individuos] [...], se halla el germen del *instinto del orden*; más aún, los momentos transitorios de desarreglo y anarquía, las luchas, las convulsiones y las tempestades que agitan la sociedad no son otra cosa que el deseo de buscar el *orden*” (Ihering, 2001, p. 127. No hay énfasis en el original).

Pero no son precisamente las formas, con su capacidad de tipificar y uniformar la acción social, que permiten al derecho producir orden, es decir, *ajustar* las expectativas y comportamientos de los agentes sociales. En la experiencia jurídica romana, Ihering pone la disciplina militar como fundamento histórico del vínculo entre “el orden exterior riguroso” y “el respeto inviolable de la forma”: “Mientras que el despotismo es el rigor del arbitrario, la disciplina militar constituye el mantenimiento del orden. Nada iguala a la disciplina militar para hacer al hombre comprender la necesidad del orden exterior y para infundirle aversión hacia todo lo que es desorden y carencia de formas” (Ihering, 2001, vol. I, p. 186).

El despotismo es la subordinación de muchos al arbitrio de uno solo. El orden es la subordinación de *todos* a las formas que establecen el comportamiento debido de cada cual ante la necesidad de orden exigida por cualquier emprendimiento social. En el ejemplo del ejército, era evidente para el Roma republicano que *todos* en el ejército (lo que incluye al comandante) deben fidelidad a las formas que ordenan la actividad militar. Un poder no autorizado por las formas es el despotismo, factor de caos, y no de orden.

Como ha sido visto más arriba, las formas permiten que ideas, principios, valores *ordenen* efectivamente la vida social. En el caso del derecho, su positividad, es decir, su vigencia social depende de un conocimiento y aceptación generalizadas, lo que ocurre, como en todos los

⁴ Como se verá más adelante, la ley como norma escrita no es la única forma externa que el derecho adopta. Él se vale igualmente de la forma “decisión” y de la forma “institución”.

fenómenos culturales, mediante su *forma*. Pero para que, en una comunidad, se pueda afirmar la existencia del derecho como un fenómeno diferenciado, es decir, irreductible a las dimensiones política, religiosa, moral y económica de esta comunidad, es necesario que el derecho se presente por medio de sus *formas* propias:

El juez, la organización del procedimiento y la fijación legal de los principios jurídicos que aquél tendrá que aplicar [...] aseguran al derecho un dominio exteriormente definido y un aspecto fijo y perceptible, dándole para esto las condiciones exteriores necesarias a fin de realizar fielmente y con la seguridad y uniformidad posibles el contenido que debe recibir [...]. Su medio para conseguir este propósito es la forma, es decir, la fijación, la encarnación de la sustancia fluida del derecho en un cuerpo sólido, y por eso mismo limitado (Ihering, 2001, vol. II, p. 271).

En este ejemplo, están presentes las tres formas externas o “públicas” que el de que el derecho se reviste para adquirir positividad: la norma (ley), la decisión (judicial) y la institución (proceso).⁵ La ley es la forma típica en que se expresa la norma en el derecho contemporáneo. De igual modo, la decisión judicial, entre las decisiones que pueden afectar el mundo jurídico, es la más importante. En la cita, “proceso” es solo el ejemplo de la *forma externa* de la institución.

En primer lugar, el derecho se manifiesta en la forma específica de una norma general y abstracta, que se refiere a clases de personas y actos. Lo que vale para la totalidad de una comunidad como derecho no es un determinado contenido económico, moral, religioso, etc., sino el contenido que se recubre de la forma de una norma/ley.

En segundo lugar, el derecho tiene la forma de la decisión, particularmente de la decisión judicial. Ésta es una forma jurídica específica, la que presenta un contenido que vale como derecho para las partes. Ella otorga también juridicidad a un contenido cualquier –una cantidad de dinero puede recibir, en la decisión judicial, la calidad jurídica de una multa, una indemnización, un salario, etc.

Finalmente –y esto es lo más difícil para el pensamiento contemporáneo, obsesionado con la forma jurídica de la norma– el derecho se presenta como institución, es decir, la forma que ordena una determinada esfera de la convivencia. Ihering advierte que “la forma jurídica” de una “relación de la vida” se distingue de la “forma legal” (Ihering, 2001, vol. II, p. 26).

Cuando una relación social o un conjunto de relaciones sociales “se reúne en derredor de grandes unidades sistemáticas o instituciones jurídicas” (Ihering, 2001, vol. II, p. 27), se tiene una forma jurídica específica, no reductible a normas o decisiones.

En esta cita, Ihering da como ejemplo de institución el proceso. Aunque la tentación normativista consista en intentar reducir el proceso al conjunto de las normas procesales, es evidente que él constituye una forma jurídica que las trasciende. En realidad, la posición del juez y de las partes, así como la interpretación misma de las normas procesales son

⁵ Para la idea de norma, decisión e institución como “formas jurídicas” elaboradas a partir de una reconstrucción de categorías schmittianas, véase el capítulo “Constituição” en Barzzotto (2018).

determinadas por la institución “proceso”, cuyos rasgos estructurales son el contradictorio y la imparcialidad.

Otro ejemplo contemporáneo de institución es el llamado contrato-realidad en el derecho laboral. La presencia de los elementos de responsabilidad personal, continuidad, subordinación y pago de salario configura una relación laboral asalariada, aunque no haya una *norma* individual (contrato) que configure formalmente (jurídicamente) la referida relación. La prioridad de la institución no se da solamente sobre la norma, ya que la misma *decisión* judicial no tiene carácter constitutivo, sino más bien declaratorio de una relación jurídica previamente existente, que se revela *públicamente* por su forma institucional.

La forma externa (*morphé*) del derecho le otorga a esta publicidad (es conocido por todos) es la misma forma que lo vuelve *res publica*, cosa de todos –de tal modo que las formas externas del derecho pueden denominarse *formas públicas*–. Las formas públicas crean un espacio *común* de la *polis/civitas*, en la que la libertad de cada uno puede “encontrarse sin colidir” –por retomar la expresión de Arendt– con la libertad de los demás. Así, la historia romana muestra la oposición que existe entre una existencia común republicana (*res publica, res populi*) fundada en la libertad y el cesarismo, un régimen adverso a las formas por ser contrario a la libertad:

Existe una relación particular entre forma y la libertad [...]. El más completo desarrollo de la era de la libertad marca también el reinado del más tiránico rigor en la forma [...]. Éste es ya un hecho que debe llamar nuestra atención: el ver desaparecer la forma precisamente en la época en que la voluntad soberana se colocaba en el trono, afirmándose abiertamente y sin reservas como principio supremo de derecho público. Enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es la hermana gemela de la libertad. [...] Las formas fijas son la escuela de la disciplina y del orden y, por consiguiente, de la libertad [...]. El pueblo que profesa verdadero culto a la libertad comprende intuitivamente el valor de la forma, y siente que ella no es un yugo exterior, sino el vigía de su libertad (Ihering, 2001, vol. III, p. 583).

El ocaso de la forma sigue como causa y consecuencia el ocaso de la libertad republicana. Ya no hay cosa de todos (*res publica*), de una vida en común construida desde la libertad común, sino nada más una *civitas* que ha transformado en *res privata* de uno solo. En efecto, la forma externa constriñe el poder, privando los actos del gobernante de validez jurídica si éstos carecen de la forma apropiada. La forma externa del derecho conlleva el principio republicano de que solo puede valer para todos aquello que es conocido por todos, y es la forma lo que identifica lo que es exigible de todos. Ahora bien, la *libertas* de todos que constituye la ciudadanía en la *polis/civitas* está unida así a la forma (*morphé*) de que se reviste el derecho para volverse cosa de todos (*res publica*). La naturaleza formal del derecho lo vuelve *conceptualmente* opuesto a la tiranía. La lección de Tocqueville (2009, p. 639) no es sino ésta: las formas “son útiles a la libertad; su mérito principal consiste en servir de barrera entre el fuerte y el débil, el gobernante y el gobernado”.

Ihering (2001, vol. III, p. 480) afirma que “el derecho existe para realizarse. La realización es la vida, y la verdad del derecho es el derecho en sí mismo”. Pero esta aserción solo puede

ser correcta si el derecho es más que su forma externa. El mismo Ihering (2001, vol. III, p. 304) es consciente de que la idea de derecho trasciende su forma externa cuando dice: “la idea del derecho exige que toda injusticia, desde que se reconoce como tal, debe ser arrancada de raíz”.

El derecho está vinculado conceptualmente (idea del derecho) a la justicia. En la tradición aristotélica, esto significa afirmar que la justicia es la forma interna (*eidós*: idea, esencia) del derecho.

c) La forma externa del derecho en la tradición aristotélica

Una teoría superficial, pero ampliamente difundida, de la tradición iusnaturalista piensa que puede definir el derecho desde la moralidad de su contenido, y no desde la forma pública que le da positividad.

Esto significaría desconocer que el derecho positivo, para Aristóteles y Tomás de Aquino, no responde la cuestión “¿cómo hacer buenos a los seres humanos?”⁶, sino “¿cómo hacer posible la vida en común?”.

Ahora bien, la vida en común se da “por las acciones y cosas exteriores por las que los hombres pueden comunicarse entre sí”, para lo que es necesario “el orden (*ordo*) en las relaciones mutuas” (Aquino, 2005, II-II, q. 58, a. 8). Este orden se da por las formas públicas del derecho, en especial –pero no solo– la forma normativa de la ley (*lex*): “La ley es un cierto arte que regula y *ordena* la vida humana” (Aquino, 2005, I-II, q. 104, a. 4. No hay énfasis en el original); y aún: “la ley humana mira establecer el *orden* entre los mismos hombres” (Aquino, 2005, q. 99, a. 4. No hay énfasis en el original).

Para que haya orden, hace falta que el derecho asuma una forma *pública*. Ello, en cuanto hace a la ley, es tarea de la promulgación, sin la cual la ley no tendría capacidad (fuerza) para ordenar las conductas:

Para que la ley tenga el poder de obligar, cual compete a su naturaleza, es necesario que sea aplicada a los hombres que han de ser regulados conforme a ella. Esta aplicación se lleva a cabo al poner la ley en conocimiento de sus destinatarios mediante la promulgación. Luego, la promulgación es necesaria para que la ley tenga fuerza de tal (Aquino, 2005, I-II, q. 90, a. 4).

También en Aristóteles puede verificarse la relación que existe entre las formas jurídica externas y el orden.

Así, en cuanto a la forma externa de la norma, dice Aristóteles (2000a, VII, 4, 1326a 30): “La ley (*nomos*) es un cierto orden (*taxis*)”. La ley entendida como *norma*, es decir, como un estándar general público de conducta, se identifica de tal modo con el orden que Aristóteles (2000a, III, 11, 1287a 19) llega a invertir la definición dada más arriba: “El orden (*taxis*) es ley (*nomos*)”. Y este orden producido por la forma externa de la ley es que da a la vida en la *polis*

⁶ “La ley humana no puede castigar o prohibir todas las acciones malas, pues al tratar de evitar todo lo malo, suprimiría a la vez muchos bienes e impediría el desarrollo del bien común, que es indispensable para la convivencia humana” (Aquino, 2005, I-II, q. 91, a. 4). Es la ley natural que mira a extirpar *todas* las acciones malas.

la dignidad de una vida según la razón *pública*: “Quien recomienda el gobierno (*archein*) de la ley (*nomos*), parece recomendar el gobierno exclusivo de lo divino y lo racional (*nous*)” (Aristóteles, 2000a, III, 11, 1287a 30).

En lo que respecta a la forma externa de la *decisión*, en especial la decisión judicial, el objetivo es también la imposición del orden en el caso concreto: “La justicia es algo que se da en la ciudad, ya que la administración de la justicia, o sea el juicio [*diké* –decisión judicial–] sobre lo que es justo, es el orden (*taxis*) de la comunidad política” (Aristóteles, 2000a, I, 2, 1253a 38-39). Todo el tratamiento de Aristóteles (1999, V, 19, 1137b) sobre la equidad (*epieikeia*) muestra la importancia que él da a la decisión como forma jurídica autónoma: “Esta es también la causa de que no todo se regule por la ley, porque sobre algunas cosas es imposible establecer una ley, de modo que hay necesidad de una decisión.”⁷ La ley, por su generalidad, se muestra incapaz de ordenar adecuadamente casos que escapen a su tipificación literal. Se hace necesario entonces la forma jurídica de la decisión: “tratándose de lo indefinido, el criterio (*canon*) es también indefinido” (Aristóteles, 1999, V, 10, 1137b 30).

Finalmente, la constitución (*politeia*) es la institución o conjunto de instituciones que establece el orden fundamental de la sociedad, distribuyendo poderes y funciones entre los ciudadanos: “La constitución (*politeia*) es el orden (*taxis*) de los habitantes de la ciudad” (Aristóteles, 2000a, III, 1, 1274b 38-39). Este orden se expresa directamente en el comportamiento (*ethos*) de los ciudadanos, más allá de las formas normativas (*nomoi*):

En muchas partes acontece que, por más que la constitución no sea legalmente democrática, de hecho hay un gobierno democrático a causa del carácter del pueblo y los hábitos (*ethos*) en que ha sido imbuído; y de manera semejante, a la inversa, puede en otros pueblos ser la constitución legalmente democrática, pero inclinarse de hecho a la oligarquía por dichos hábitos y costumbres (Aristóteles, 2000a, IV, 5, 1292b 13-16).

Las formas públicas garantizan que la vida social se dé según el orden de un mismo derecho que se impone a todo el pueblo (*publicus / populus*).

John Finnis, como heredero de la tradición aristotélica, defiende igualmente que la positividad del derecho, es decir, su capacidad de generar un orden conocido por todos y a todos aplicable, depende de su naturaleza formal (*morphé*):

El derecho posee una forma pública Y que los resultados del proceso de elaboración del derecho sean considerados como válidos, como derecho, solo se son elaborados según cierto *modo* y *forma*, es esencial para la deseable positividad del derecho y la deseable limitación de los gobernantes y los funcionarios públicos por el derecho. Se debe conocer mucho, sino todo el derecho, atendiendo solo a su forma –y no a la intención de los legisladores, o a sus propósitos, o a su justicia o a otro valor–. Si no fuera así, el derecho sería redundante; pero él no es redundante. De este modo, forma y formalidades

⁷ El término usado por Aristóteles é *psephisma*, traducido por Julián Marías por “decreto”, decisión sobre temas administrativos. Pero, dado que, en el libro V de la *Ética a Nicómaco*, tematiza Aristóteles la justicia y la decisión judicial (*diké*), se ha optado por traducir *psephisma* por decisión, la forma jurídica apta a regular un caso determinado, en oposición a la norma, la forma jurídica que pretende regular un número indefinido de casos.

son parte integrante de la auténtica idea del derecho (Finnis, 2011, p. 122-123. Los énfasis son del original).

Solo la forma externa es lo que permite que se identifique el derecho positivo como tal. Si el derecho es algo distinto de la moral, entonces no lo es porque apela a un contenido moral, político o económico que se puede identificar algo como derecho, sino solo por su forma pública. Es la forma que da seguridad a los ciudadanos, al permitirles distinguir el derecho del no derecho. Si fuera posible, como en sociedades simples, identificar el derecho por su contenido moral, entonces la positivación del derecho estaría desprovista de propósito: basta con referirse a los valores compartidos. Esa situación no se da en sociedades complejas, en las que la dependencia del derecho con relación a su forma externa/pública crece en la medida del pluralismo de la sociedad. En estas circunstancias, lo que es común a todos es la forma del derecho, conocida por todos y vinculativa para todos, creando así un *orden* común que limita el arbitrio de los gobernantes.

La forma interna (*eidos*) del derecho: la justicia

a) La forma interna en el derecho clásico

Como se ha visto anteriormente, la vida política en la *polis/civitas* tiene como elemento esencial la *igualdad*. Los ciudadanos se reconocen como iguales en tanto ciudadanos (*polités/civis*). En una visión republicana, la justicia es esencialmente una relación de igualdad.

Así, el derecho, en el horizonte republicano, nunca ha dejado de ser pensado en conexión con su forma interna (*eidos*), la justicia como igualdad. En el inicio del *Digesto*, se encuentra la siguiente afirmación de Ulpiano: “Conviene que el que ha de dedicarse al derecho conozca primeramente de dónde deriva el término derecho (*ius*). Es llamado así por derivar de justicia (*iustitia*)” (Digesto, 1968, 1, 1, 1).

Desde el punto de vista etimológico, Ulpiano está claramente equivocado. El término primitivo es *ius* y de él se deriva *iustitia*. Pero, desde el punto de vista conceptual, él no podría estar más en lo cierto. La experiencia jurídica posee una forma interna (*eidos*) que la define, la “hace ser lo que es y no otra cosa”. El derecho positivo de una comunidad solo es inteligible como un emprendimiento institucionalizado de “dar a cada uno lo suyo” (*suum cuique tribuere*) (Digesto, 1968, 1, 1, 10).

Ahora bien, el vínculo entre justicia en la *civitas* es mediado por la igualdad, puesto que los ciudadanos tienen lo “suyo” o lo que les es debido en el marco de una relación de reconocimiento recíproco como iguales. De ahí la afirmación de Cicerón de que en la ciudad “la justicia y la igualdad son fines en sí mismas (*per se expetenda*)” (Cicerón, 1989a, I, 49).

En los términos de un abordaje formalista, la igualdad de la justicia es la forma interna (*eidos*) de todo aquello que pretende valer como derecho en la *civitas*:

Siendo la ley (*lex*) el vínculo de la sociedad civil y el derecho (*ius*) establecido por la ley igual para todos, ¿sobre qué se fundaría la ciudad si el derecho no

fuese igual para todos? Si la igualdad de las fortunas es inconveniente y la igualdad de los talentos es imposible, la igualdad en el derecho es esencial a los ciudadanos de una misma República. ¿Qué es una ciudad sino una asociación por el derecho (*iuris societatis*)? (Cicero, 2006, I, 32)

Al ser la forma aquello que hace que algo sea lo que es y no otra cosa, la ausencia de la forma (*eidos*) de la justicia como igualdad desconstituye o desprovee el derecho de su juridicidad: “siempre se buscó un derecho igual para todos, porque, si no fuera así, no sería derecho” (Cicerón, 1989b, II, 42.).

b) La forma interna del derecho en Ernst Weinrib

Pertenece al jurista canadiense Ernst J. Weinrib uno de los más vigorosos intentos contemporáneos de retomada de la noción clásica de forma (*eidos*) en el análisis de la experiencia jurídica.⁸ Él la usa en especial para defender el derecho privado como un emprendimiento racionalmente inteligible y moralmente justificable en sí mismo, es decir, desde su *forma* específica.

El concepto de forma en Weinrib (2012, p. 26-27) tiene tres aspectos interrelacionados:

En primer lugar, entender algo por medio de su forma es verlo como teniendo cierto carácter (*character*). Este carácter es el conjunto de características que permite definir algo como el tipo de cosa que es. [...]

En segundo lugar, forma es un medio de clasificación. La presencia de la forma hace de la forma no solamente aquello que ella es, sino también la clasifica junto con otras cosas del mismo tipo (*kind*). [...]

Finalmente, forma es un principio de unidad (*unity*). Forma es la representación abstracta que conecta los atributos esenciales entre sí, que, juntos, determinan el carácter de la cosa.

La forma (*eidos*) es lo que permite reconocer una porción de “materia” como *un* objeto (*unum* / *unity* / unidad), dotado de una esencia (*essentia* / *character* / carácter) y clasificable bajo un tipo (*species* / *kind* / especie). En otros términos, la forma es la estructura racional inmanente a un objeto.

El formalismo jurídico es la propuesta teórica que utiliza el referido concepto de forma como principio explicativo del fenómeno jurídico:

El formalista jurídico (*legal formalist*) entiende las relaciones jurídicas a la luz de esta venerable noción de forma. La forma de una relación jurídica es el principio de *unidad* que da a la relación su *carácter* y la vuelve *clasificable* junto con otras relaciones que poseen el mismo carácter, así como la distingue de otras relaciones jurídicas que poseen un carácter distinto (Weinrib, 2012, p. 28. No hay énfasis en el original).

⁸Para un análisis crítico de la obra de Weinrib para el derecho privado, ver Dresch (2013, p. 31-40).

Para el autor canadiense, las relaciones jurídicas son relaciones que solo pueden ser comprendidas y justificadas como relaciones de justicia; y ésta se divide en dos formas (*eidos*), distributiva y correctiva –tesis esta que Weinrib (2012, p. 61) refiere explícitamente a Aristóteles.

La aplicación que Weinrib hace de la tesis de la dualidad de las formas de la justicia esta a servicio de su proyecto de defender la racionalidad intrínseca del derecho privado por referencia a su forma propia, es decir, la justicia correctiva. En oposición, el derecho público es entendido desde la forma de la justicia distributiva.

Así, sostiene Weinrib (1995, p. 354. No hay énfasis en el original), “la justicia correctiva es la *forma* que subyace las relaciones bipolares del derecho privado”. El ámbito propio del derecho privado son las relaciones bilaterales voluntarias (contratos) e involuntarias (responsabilidad civil), en el que debe regir la igualdad como equivalencia. “A debe *x* a B” tiene su sentido jurídico revelado por la forma de la justicia correctiva: o bien A debe *x* como una contraprestación equivalente a una prestación de B (contratos), o bien A debe *x* como una indemnización cuyo valor debe ser equivalente al daño que ha provocado a B (responsabilidad civil).

De otra parte, “la justicia distributiva es la *forma* que subyace las relaciones multilaterales de distribución de encargosa y ventajas según un criterio determinado” (Weinrib, p. 354), forma que caracteriza el derecho público. La distribución operada por el derecho público se da según la igualdad proporcional de la justicia distributiva. Los bienes y cargas se distribuirán *proporcionalmente*, según un criterio fijado por el legislador, a un número indefinido de personas. Por ejemplo, la renta como criterio en la distribución de la asistencia social. Cada destinatario de la distribución recibirá las cargas (tributos) y ventajas (necesidad) proporcionalmente a sua posesión de los criterios (renta, necesidad) que presiden la distribución.

Las formas de las justicias distributiva y correctiva permiten reconocer una determinada relación como de derecho público o privado, subrayando el *carácter* específico de esa relación, clasificándola bajo el *tipo* derecho público o derecho privado, y mostrando la *unidad* interna de sus elementos, que la convierte en *un* objeto determinado de derecho público o privado.

El formalismo de Weinrib es insatisfactorio para definir la juridicidad del derecho. El derecho no puede reducirse a la forma interna de la justicia/igualdad de una relación social. El derecho que se vuelve positivo por sus formas externas es indispensable para caracterizar la experiencia jurídica, inclusive alterando las formas internas que él adopta.

Esto puede verse con un ejemplo del derecho de la seguridad social. Éste adopta, en general, uno de los siguientes regímenes: el régimen de la capitalización es aquel en que la persona recibe como beneficio el valor *equivalente* a su contribución; y el régimen del reparto es aquel en el cual la persona recibe como beneficio un valor *proporcional* a sua contribución hacia un fondo común, en el marco de una distribución operada de acuerdo a varios criterios, como el tiempo de contribución, la edad del contribuyente, el valor de la contribución, etc.

Es evidente que el régimen de la capitalización tiene como forma interna la igualdad en tanto equivalencia de la justicia distributiva, mientras que la forma interna del régimen del reparto es la igualdad en tanto proporción de la justicia distributiva. Pero estas formas

internas solo se han hecho concretas en una experiencia jurídica determinada, a partir de un acto de positivación según las formas externas.

Parafraseándole a Kant: la forma externa del derecho sin la forma interna del derecho es ciega (ininteligible), pero la forma interna sin la forma externa es vacía (inefectiva).

c) La forma interna del derecho en la tradición aristotélica

En el tratamiento de la justicia de la *Ética a Nicómaco*, tiene Aristóteles (1999, V, 6, 1134a 26-30; 35-36) como objeto de análisis privilegiado la justicia política: “La justicia política existe entre personas que participan de una vida común para hacer posible la autarquía, personas libres e iguales, ya proporcional, ya aritmeticamente [...]. Hay justicia, en efecto, para aquellos cuyas relaciones están reguladas por la ley (*nomos*)”.

En primer lugar, la justicia existe solo para los “iguales”: “La justicia es la igualdad, y así es, sólo que no para todos, sino para los iguales; y piénsase, por el contrario, que la justicia es la desigualdad, y así es, pero no para todos, sino para los desiguales” (Aristóteles, 1999, III, 5, 1280a 11-14). También: “Si lo injusto es lo desigual, lo justo es igual (...). De ahí vienen las disputas y reclamaciones, cuando o los que son iguales no tienen o reciben partes iguales, o los que no son iguales tienen y reciben partes iguales” (Aristóteles, 1999, V, 3, 1130a 13; 22-24).

No es otra la lección de Tomás de Aquino (2005, II-II, q. 58, a. 2), para quien “el nombre de la justicia implica la igualdad” y que define el derecho (*ius*) o lo justo (*iustum*) “como una obra adecuada a otro según cierto modo de igualdad (*aequalitatem*)” (Aquino, 2005, II-II, q. 57, a. 2). De este modo, para Tomás, las expresiones *ius* e “igual” son intercambiables. Es indiferente definir la tarea de la justicia como “dar a cada uno su derecho (*ius*)” (Aquino, 2005, II-II, q. 57, a. 4) o “reducir a la igualdad lo desigual” (Aquino, 2000, n. 1159).

El primer tipo de igualdad es aquel que se da por referencia al derecho positivo de la comunidad o ley. Aristóteles (1999, V, 1, 1129b 10-13) denomina este tipo de justicia como “general”: “como lo transgresor de la ley era injusto y el que se conformaba a ella justo, es evidente que todo lo legal es en cierto modo justo”. Este vínculo entre justicia y legalidad es igualmente explícito en la *Retórica* (1990, I, 9, 1366b 10-12): “La justicia es la virtud por la cual cada uno tiene lo propio, y según la ley, y la injusticia cuando tiene lo ajeno, no según ley”. De hecho, la justicia general disciplina la vida de los ciudadanos, “aquellos cuyas relaciones están reguladas por la ley”.

No se puede pensar la legalidad, en cuanto aplicación de una regla general al conjunto de la ciudadanía, separada de la idea de igualdad. La legalidad se identifica con un tipo de igualdad, la *isonomía*. Como el contenido de lo que será igualado no está en cuestión, este tipo de justicia es generalmente denominado “formal”, puesto que la isonomía respecta a la *forma* de la ley, y no a su contenido:

La justicia formal satisface también el valor de la igualdad del hecho de que los sujetos a los que se dirigen las reglas se conformen a ellas, se deduce la consecuencia muy importante de que todos estos sujetos son tratados de igual

manera [...]. Aquel que viola la regla (o el pacto) pretende para sí un tratamiento diverso del que la regla ha establecido para los otros [...]. La violación de la regla es la violación del principio de igualdad, por cuanto la igualdad de tratamiento no es consecuencia del hecho que la regla establezca esto o aquello, sino de que la regla exista y sea obedecida (Bobbio, 2009, p. 21).

Pero no se puede restringir la igualdad –la isonomía– exigida por el derecho solo a la forma externa-pública de la ley (*norma*). La justicia general de la ciudad crea y mantiene la igualdad no solo mediante las leyes. También la *decisión* judicial crea un precedente, es decir, un estándar que debe aplicarse a futuros casos iguales: *in pauperibus causis, pari iura*. La ley misma solo puede aplicarse a quienes ya son iguales por las *instituciones* de la *polis*: “tienen ley de modo natural aquellos que son iguales en mando y obediencia” (Aristóteles, 1999, V, 6, 1134b 14-15), es decir, iguales en respecto a la *institución* del voto –*isocracia*.

Además de la justicia general, señala Aristóteles una justicia particular, que versa sobre la igualdad en las distribuciones –justicia distributiva– y las relaciones bilaterales entre los ciudadanos –justicia correctiva. En cuanto a estos dos tipos de justicia, Aristóteles (1999, V, 2, 1131b 31-35) las define refiriéndose a su forma (*eidos*) específica: “De la justicia particular [...], una forma (*eidos*) es la que se practica en las distribuciones de honores, o dinero o cualquier otra cosa que se reparta entre los que tienen parte en el régimen –pues en estas distribuciones uno puede tener una parte igual o no igual a la de otro– y otra es la que regula o corrige los modos de trato”. También: “Esta forma (*eidos*) de la justicia [correctiva] es distinta de la anterior [...]. La justicia en las transacciones (*synallagmata*) es, sí, una igualdad, y lo injusto una desigualdad” (Aristóteles, 1999, V, 4, 1131b 27; 1132a 1-2).

La justicia distributiva se ocupa de la distribución de bienes y cargas. La igualdad aquí es la igualdad proporcional o geométrica, en la que la relación existente entre las personas es la misma que debe existir entre las cosas. O sea, en una distribución de los tributos, por ejemplo, si el criterio elegido es la renta, el tributo debido será proporcional, en el sentido de que la relación que existe entre A y su renta es la misma que exista entre B y la suya. La igualdad aquí no se da entre los valores debidos, sino en la proporción que subsiste entre las personas y sus rentas.

La justicia correctiva, a su vez, apunta hacia el restablecimiento de la igualdad como equivalencia en las relaciones bilaterales privadas, voluntarias (contratos) e involuntarias (ilícitos civiles y penales). A una prestación x corresponde una prestación equivalente; a un daño, una indemnización equivalente. Esta igualdad de equivalencia Aristóteles la denomina “aritmética”.

También Tomás de Aquino (2005, II-II, q. 79, a.1), como se ha visto, piensa la justicia desde la igualdad: “Conviene a la justicia [...] establecer la igualdad en lo que hace a las relaciones con otro”.

Él distingue tres tipos de justicia y, por lo tanto, tres modos de igualdad.

La primera especie es la justicia general de Aristóteles, cuyo objeto es el bien común, que Tomás prefiere llamar justicia legal, porque su medio privilegiado es la ley: “Y puesto que la ley pertenece ordenar al bien común, de ahí se siga que tal justicia, denominada general, se

llame justicia legal, es decir, porque por medio de ella el hombre concuerda con la ley que ordena los actos de todas las virtudes al bien común” (Aquino, 2005, II-II, q. 58, a.5).

El bien común, al ser el bien de todos, encuentra su expresión típica en la ley, proposición general de la razón práctica que se impone *igualmente* a todos – “todos los seres humanos están sujetos a la ley” (Aquino, 2005, I-II, q. 96, a.5) – lo que significa que todos están sometidos, por la justicia legal, a la “igualdad de la justicia” (*aequalitatem iustitiae*) (Aquino, 2005, II-II, q. 120, a.1). Sin la igualdad de la justicia impuesta por la ley, algunos estarán excluidos del bien común, siendo o privilegiados o bien relegados.

Pero si la justicia legal apunta hacia el bien común mediante una igualdad universal, Tomás señala la necesidad de que haya una justicia que tenga por objeto el bien particular de la persona singular, como destinataria de una distribución o como parte de una relación bilateral: “la justicia distributiva dirige las distribuciones. La justicia conmutativa, los intercambios (*commutatio*) que ocurren entre dos personas (*inter duas personas*)” (Aquino, 2005, II-II, q. 61, a.3). Esta igualdad no es la igualdad de la justicia legal: “La forma (*forma*) general de la justicia es la igualdad, en lo que coincide la justicia distributiva con la conmutativa. Sin embargo, en la primera se encuentra la igualdad según la proporcionalidad geométrica, y en la segunda, según la proporcionalidad aritmética” (Aquino, 2005, II-II, q. 61, a. 2).

Haya injusticia en una distribución cuando es violada la *forma* de la justicia distributiva, a saber, la igualdad proporcional:

Las leyes deben ser justas [...] por razón de la forma (*ex forma*), o sea, porque distribuyen las cargas entre los súbditos con igualdad proporcional y en función del bien común [...]. Las leyes pueden ser injustas en razón de la forma (*ex forma*), como cuando las cargas se imponen a los ciudadanos de manera desigual, aunque sea mirando al bien común (Aquino, 2005, I-II, q. 96, a. 4).

La injusticia conmutativa, a su vez, está ligada a la *forma* de la igualdad aritmética: “La persona que tiene más de lo que es suyo se le debe privar de ello y dárselo a quien le falta, según la forma (*secundum formam*) de la justicia conmutativa” (Aquino, 2005, II-II, q. 62, a. 6: “*secundum formam commutativae iustitiae*”). Para Tomás, la igualdad aritmética se da en dos planos: el de la equivalencia (igualdad entre las cosas) y la reciprocidad (igualdad entre las personas).

La igualdad aritmética como equivalencia se ve con facilidad en las relaciones bilaterales, en las que se cambia una cosa por otra: “En los cambios (*commutationes*) se da algo a una persona que se ha recibido, como, sobre todo, se manifiesta en la compraventa, en la que se halla primeramente la noción de cambio” (Aquino, 2005, II-II, q. 61, a. 2).

La igualdad aritmética como reciprocidad se da por el reconocimiento del otro, en una relación bilateral, como uno igual. Así, un daño doloso tendrá una indemnización distinta a la de un daño culposo, porque la actitud involucrada en el dolo expresa una ausencia de reconocimiento del otro como igual, es decir, como digno del mismo tratamiento que se reserva para sí mismo: “Está escrito en Mateo 7, 12: *Todo lo que queráis que los hombres hagan con vosotros, hacedlo también vosotros con ellos*. Pero nadie quiere que se le venda una cosa

más cara de lo que vale. Luego nadie debe vender a otro una cosa a mayor precio de su valor” (Aquino, 2005, II-II, q. 77, a. 1).⁹

La reciprocidad entre las personas predomina sobre la equivalencia entre las cosas. En el ejemplo citado, ésta es un deber derivado de la primera. Así, en el derecho civil, si un vendedor oculta intencionalmente defectos secundarios de la cosa, está obligado a una indemnización equivalente, puesto que ha faltado a la reciprocidad. Pero si desconocía los defectos secundarios, no tiene la obligación de indemnizar, ya que no ha faltado a la reciprocidad.

Las formas internas de la justicia (general, distributiva y conmutativa) pueden llamarse “formas ideales” (*eidos* – idea), porque traducen la idea de igualdad subyacente a cualquier relación jurídica.

Consideraciones finales: el formalismo integral de la tradición aristotélica

Este trabajo se ha limitado a señalar la naturaleza doblemente formal del derecho. Se ha definido el derecho como una síntesis entre su forma interna (justicia) y su forma externa (publicidad). No se ha explorado las interconexiones entre ambas formas. La tarea de explicar lo que sucede, por ejemplo, cuando las formas interna y externa colisionan en un caso concreto, en el que publicidad (forma externa) y justicia (forma interna) pueden contraponerse.

El formalismo de la tradición aristotélica arranca de la tesis de que “una cosa se realiza por la aplicación de una forma a una materia” (Aquino, 2005, I, q. 14, a. 16). La materia del derecho “es la operación exterior, en cuanto que esta misma, o la cosa de que se hace uso, tiene respecto de otra persona la debida proporción” (Aquino, 2005, II-II, q. 58, a. 11). Acciones, cosas y relaciones se vuelven *jurídicas* gracias a las formas del derecho. Según se ha visto, esta forma es doble: la forma externa (*morphé*) y la forma interna (*eidos*).

El formalismo jurídico se ha inclinado a centrarse unilateralmente en una u otra de estas formas. Así, como ejemplos de un “formalismo parcial” se han presentado las tesis de Rudolf von Ihering, quien defiende un “formalismo externo”, y Ernst Weinrib, quien desarrolla una suerte de “formalismo interno”.

La experiencia jurídica clásica (Atenas y Roma), en una perspectiva que puede llamarse “republicana”, asumió el derecho como justicia pública. Desde dicha experiencia, la tradición aristotélica ha desarrollado su concepto de derecho en el marco de un “formalismo integral”, en que se unen las perspectivas de las formas

⁹ La idea de que la igualdad en la justicia conmutativa no es solo equivalencia, sino que también es reciprocidad, se la debo especialmente a Luís Renato Ferreira da Silva. Para los argumentos sobre la forma en la teoría del derecho y en el derecho privado, he acudido a las lecciones de Claudio Fortunato Michelin Jr. y Rafael de Freitas Valle Dresch.

interna y externa del derecho. En esta tradición, la articulación del derecho como justicia pública ha alcanzado su mejor expresión.

En lo que sigue, se busca sintetizar la contribución de los autores citados, manteniendo, reformulando y abandonando algunas de las tesis expuestas. El lector podrá constatar fácilmente las tesis que permanecen y las que se han descartado.

Una teoría formalista integral del derecho debe sostener y desarrollar las siguientes tesis principales:

1. La juridicidad del derecho depende de su forma.

1.1. Hay dos formas que fundan la juridicidad del derecho: su forma externa (*morphé*) y su forma interna (*eidós*).

2. La forma externa es su carácter público, de manera que se puede hablar de forma pública del derecho.

2.1. Hay tres formas públicas del derecho: norma, decisión e institución.

2.2. Las formas públicas garantizan la *función política* del derecho de crear orden.

3. La forma interna del derecho es la idea de igualdad (justicia) que subyace las relaciones sociales. Puede hablarse en forma ideal del derecho.

3.1. Hay tres formas ideales del derecho: justicia general, distributiva y conmutativa.

3.2. Las formas ideales aseguran la *naturaleza moral* del derecho al postular la igualdad entre las personas.

4. En toda experiencia jurídica, se trata de realizar la igualdad de las formas ideales (isonomía, proporción, equivalencia/reciprocidad) a partir de las formas públicas (norma, decisión, institución).

5. El derecho es la justicia pública (*díkaion politikón, iustum politicum*) (Aquino, 2000, n. 713).

Finalmente, se plantea aquí el desafío “dialéctico” a todo aquel que se oponga a fundamentar la juridicidad del derecho en su forma: ¿es posible utilizar, con sentido, los términos “derecho” y “jurídico” fuera de un contexto de publicidad (normas, decisiones e instituciones) y justicia (isonomía, proporción y reciprocidad/equivalencia)?

Bibliografía

ARENDT, H. 1995. *A condição humana*. Rio de Janeiro, Forense Universitária.

ARISTOTELES. 1990. *Retórica*. Trad. A. Tovar. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

_____. 1999. *Ética a Nicômaco*. Trad. M. Araújo y J. Marías. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

- _____. 2000a. *Política*. Trad. A. Gomez Robledo. México, Unam.
- _____. 2000b. *Partes de los animales*. Trad. E. Jiménez y A. Alonso. Madrid, Gredos.
- _____. 2001. *Da alma*. Trad. C. H. Gomes. Lisboa, Edições 70.
- _____. 2005. *Física*. Trad. G. de Echandía. Madrid, Gredos.
- BAUMAN, Z. 2001. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro, Zahar.
- CICERO. 2006. *On the Republic. On the Laws*. Trad. C. Walker Keyes. Cambridge, Loeb Classical Library.
- CICERÓN, M. T. 1989a. *Las Leyes*. Trad. R. Labrousse. Madrid, Alianza.
- _____. 1989b. *Sobre los deberes*. Trad. J. Guillén Cabañero. Madrid, Tecnos.
- DIGESTO. 1968. Vol. I. Trad. Alvaro D'Ors *et al.* Pamplona, Editorial Arazandi.
- BOBBIO, N. 2009. *El problema del positivismo jurídico*. México, Fontanamara.
- DRESCH, R. de F. V. 2013. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo, Atlas.
- EURÍPEDES. 1995. Suplicantes. In: Eurípedes, *Tragedias*. Vol II. Trad. J. L. Calvo Martínez. Madrid, Gredos.
- FINNIS, J. 2011. *Collected Essays*. Vol. IV. Philosophy of Law. Oxford, Oxford University Press.
- LOSANO, M. 2010. *Sistema e estrutura no direito*. Vol. 2. São Paulo, Martins Fontes.
- ROSS, D. 2007. *Aristóteles*. Lisboa, Dom Quixote.
- SCHMITT, C. 2001. *Glossario*. Milano, Giuffré.
- TITO LIVIO. 1992. *Historia de Roma*. Madrid, Alianza.
- TOMÁS DE AQUINO. 2005. *Suma teológica*. Trad. VV.AA. São Paulo, Loyola.
- _____. 2000. *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. Trad. Ana Mallea. Pamplona, Eunsal.
- TOCQUEVILLE, A. de. 2009. *La democracia en América*. México, Fondo de Cultura Económica.
- VERNANT, J.-P. 1990. *Mito e pensamento entre os gregos*. São Paulo, Paz e Terra.
- VON HAYEK, F. 2005. *Camino de servidumbre*. Madrid, Alianza Editorial.
- VON IHERING, R. 2001. *El espíritu del derecho romano*. Vol. III. México, Oxford University Press, 2001.
- WEBER, M. 1992. *Economía y sociedad*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- WEINRIB, E. J. 1995. Why Legal Formalism? In: R. P. George (org), *Natural Law Theory*. Oxford, Oxford University Press.
- _____. 2012. *The Idea of Private Law*. Oxford, Oxford University Press.

Submetido: 26/09/2020
Aceito: 05/04/2021