

# F

---

**falla de mercado** En economía, expresión que deriva de la presunta preferencia de que los problemas sean resueltos a través de transacciones mercantiles voluntarias u otros “arreglos privados”. El argumento es que bajo condiciones ideales (absoluta competitividad, información plena de las partes, etcétera) los mercados distribuirán los recursos de manera óptima. Bajo este enfoque, la regulación gubernamental de las transacciones está asegurada (sólo) cuando una circunstancia, una “falla de mercado”, impide que el mercado funcione normalmente. Entre las circunstancias usualmente asociadas a la “falla de mercado” están los monopolios, las “externalidades” (donde los costos o beneficios de una transacción recaen en entidades que no son partes de dicha transacción), altos costes de transacción, y una severa ausencia de información.

La medida en la cual los impuestos, subsidios, la responsabilidad civil, o la reasignación de derechos puedan remediar ciertos tipos de fallas de mercado, está relacionada con los debates que conciernen al teorema de Coase, el cual indica que la intervención gubernamental es frecuentemente tanto innecesaria como inefectiva para responder a ciertos tipos de fallas de mercado.

*Véase* análisis económico del derecho; externalidades; teorema de Coase

**feminismo cultural** *Véase* teoría feminista del derecho

**feminismo de dominación** *Véase* teoría feminista del derecho

**feminismo de trato equitativo** *Véase* teoría feminista del derecho

**feminismo relacional** *Véase* feminismo cultural

**filosofía analítica del derecho** *Véase* jurisprudencia analítica

**filosofía del derecho** (*jurisprudence*) El estudio filosófico del derecho. Algunas personas usan el término de manera más amplia para referirse a cualquier estudio teórico del derecho —e inclusive a cualquier estudio sobre temas jurídicos, sin importar qué tan teórico sea— (la palabra se deriva del latín *jurisprudencia*, que significa “conocimiento del derecho”). En el otro extremo, algunos autores intentan distinguir entre “jurisprudencia”, “filosofía del derecho” y “teoría del derecho” —por ejemplo, que “jurisprudencia” es una categoría más amplia que “filosofía del derecho”, ya que aquélla incluye trabajos que se originan de disciplinas no-filosóficas, como la jurisprudencia histórica y la jurisprudencia sociológica, o que incluye a cualquier discusión teórica y general de cuestiones jurídicas—. Sin embargo, en general estos términos son utilizados de manera intercambiable, y hay poca consistencia entre aquellos autores que intentan distinguir entre los términos, en cuanto a qué término se refiere a qué cosa.

**filosofía jurídica** *Véase* filosofía del derecho (*jurisprudence*)

**formalismo** El término es utilizado a menudo en un sentido peyorativo, para describir el análisis (ya sea en artículos o en opiniones judiciales) que se mueve mecánica o automáticamente de una categoría o concepto a una conclusión, sin consideración política, moral o práctica alguna. El argumento en contra del formalismo (enfoques similares fueron también criticados bajo las denominaciones de “jurisprudencia mecánica” y “conceptualismo”) fue que el movimiento de una categoría a una conclusión jurídica es tanto injustificado como imprudente. El formalismo fue el blanco particular elegido por los realistas

jurídicos norteamericanos que escribieron en las primeras décadas del siglo XX.

Ocasionalmente, algunos teóricos modernos declaran su afinidad hacia el “formalismo”, pero casi siempre se refieren a algo bastante diferente de aquello que los realistas jurídicos estaban atacando. A veces, a lo que se refieren con este uso más positivo de “formalismo” es lo que otros llaman “textualismo” —una afirmación de que las leyes o Constituciones deberían ser interpretadas de acuerdo con su significado literal y no (ya que esto sería diferente) de acuerdo con los propósitos que las subyacen o las intenciones de los legisladores—. Aun así, otros teóricos usan “formalismo” para referirse a un conjunto de perspectivas que incluyen no sólo al textualismo, sino también a una preferencia hacia las normas por sobre los criterios, la interpretación (especialmente de las disposiciones constitucionales, pero también, ocasionalmente, de las leyes) de acuerdo con las intenciones originales del legislador, y/o una creencia de que las áreas doctrinales del derecho deberían ser interpretadas en maneras que sean consistentes con su “esencia” o su “forma básica”. Una variante de esta última perspectiva positiva del “formalismo” es el uso del término para describir la manera en la cual el uso de normas para tomar decisiones y organizar las instituciones necesariamente limita las opciones de los que toman decisiones, una limitación que tiene ventajas al igual que desventajas.

*Véase* autonomía del derecho; conceptualismo; realismo jurídico norteamericano; teorías de la adjudicación; textualismo

**fórmula Hand** Una fórmula que se propone resumir la regla de negligencia, planteada por el altamente respetado juez norteamericano Learned Hand en el caso *United States vs. Carroll Towing*, 159 F.2d 169, 173 (2nd Cir. 1947). Bajo esta fórmula, el que causa daño es responsable sólo si  $B < PL$ , en donde B es el costo de la precaución que se hubiera necesitado para prevenir el daño, P es la probabilidad de que el daño ocurriría, y L es la magnitud de la pérdida.

*Véase* análisis económico del derecho; responsabilidad civil

**fortuna moral** Es la idea de que nuestra situación o estatus moral está determinado, en una medida significativa, por factores más allá de nuestro control. Aunque el término fue introducido por Bernard Williams (1929-2003) en 1976 (en *The Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Vol. 50*), y elaborado por Thomas Nagel (1937- ) en el mismo año (y el mismo volumen), se suele pensar que el concepto deriva o se conecta con el trabajo de Immanuel Kant (1724-1804) (particularmente *Cimentación para la metafísica de las costumbres* (1785)), quien había sostenido que uno es moralmente responsable sólo por acciones *elegidas*. Dentro del derecho penal surge la cuestión sobre si es justo juzgar como más culpable a la persona que asesina que a aquella que intenta el asesinato pero falla; o juzgar como más culpable a la persona que maneja imprudentemente o bajo intoxicación y causa un daño, que a otra persona, igualmente imprudente o intoxicada, que no ocasiona un daño.

*Véase* consecuencialismo; Kant, Immanuel; responsabilidad

**Foucault, Michel** Filósofo francés (1926-1984) que, a lo largo de sus obras sobre la historia de las ideas y las instituciones sociales (p. ej. *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas* (1966), *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión* (1975)), analizó el modo en que el poder define la razón y domina las relaciones sociales. El trabajo de Foucault no aborda al derecho de manera extensa, y cuando lo hace, las referencias frecuentemente equiparan al derecho con una visión centralista del poder que Foucault rechazó expresamente. Sin embargo, sus posiciones acerca de las complicadas relaciones entre el poder y el conocimiento —posiciones fuertemente influenciadas por los escritos de Friedrich Nietzsche (1844-1900), y que también han sido equiparadas al estructuralismo, aunque el propio Foucault rechazó dicha descripción— podrían ser aplicadas a la teoría del derecho, particularmente para las teorías críticas que presentan al sistema jurídico como un sistema que es deformado por intereses sociales. Algunos autores han intentado tales aplicaciones, con mayor o menor éxito.

*Véase* Nietzsche, Friedrich

**Frank, Jerome N.** Jerome New Frank (1889-1957) fue uno de los pensadores más destacados en el movimiento del realismo jurídico norteamericano, cuyos principales trabajos incluyen *Law and the Modern Mind* (1930) y *Courts on Trial* (1949). Fue también presidente de la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos y un juez federal del tribunal de apelaciones.

El enfoque de Frank está ejemplificado por el título de uno de sus artículos, “Are Judges Human?” (*University of Pennsylvania Law Review*, 1931). Frank recomendó a los abogados y juristas que se concentraran en los múltiples factores detrás de las normas jurídicas abstractas que ocasionan que los jueces decidan los casos de la manera en que lo hacen —desde varias formas de prejuicios o tendencias hasta inclinaciones psicológicas (Frank atribuyó la creencia de los jueces en un derecho inmutable e infalible a la “veneración paternal”)—. También subrayó la importancia de los hechos —la incertidumbre en su determinación y la amplia posibilidad de error— para el éxito o fracaso en un juicio. En ocasiones, Frank denominó a esta incertidumbre en la determinación de los hechos en un juicio, “escepticismo de los hechos” —en contraste con el “escepticismo ante la regla” que fue defendido por algunos de los demás realistas jurídicos norteamericanos—.

*Véase* realismo jurídico norteamericano

**Fuller, Lon L.** Lon Luvois Fuller (1902-1978) fue una figura importante en el derecho contractual norteamericano (en donde su manual fue el primero en incorporar las perspectivas del realismo jurídico norteamericano, al comenzar con indemnizaciones y no con la formación de contratos) y la resolución alternativa de disputas. Dentro de la filosofía del derecho, fue un crítico pionero y perspicaz de algunos aspectos del realismo jurídico norteamericano, pero su mayor influencia provino de su teoría procedimental sobre el derecho natural y sus críticas del positivismo jurídico.

Fuller criticó al positivismo jurídico (quizá injustamente) por tratar al derecho como un mero objeto para el estudio cuasicientífico más

que como un proceso o una función; y por presentar al derecho como una “proyección unilateral de autoridad”, siendo que es mejor comprendido en términos de una reciprocidad entre autoridades y ciudadanos. Su obra más importante, *La moral del derecho* (1964), plantea una visión alternativa que Fuller caracteriza como “derecho natural secular”.

Para Fuller, el derecho no es meramente un objeto o entidad que deba ser estudiado desapasionadamente bajo un microscopio; el derecho es un proyecto humano, con un objetivo moral implícito de permitir que las personas coexistan y cooperen dentro de la sociedad. No es sólo que el derecho tiene un ideal, sino que el derecho no puede ser verdaderamente comprendido sin entender antes el ideal (moral) hacia el cual está encaminado (hay muchas actividades humanas, desde la pintura al atletismo o al boxeo, que son difíciles de comprender a menos de que uno sepa el objetivo o ideal hacia el que se encaminan los participantes). El derecho es la “empresa de someter la conducta humana al gobierno de las normas”. El derecho es, entonces, un *proceso*, en contraste con el proceso ligeramente distinto de dirección empresarial (ésta puede ser más específica que general, y está más acorde con obtener los objetivos de la “gerencia” —en contraste con el derecho, cuyo propósito primordial es ayudar a los ciudadanos a coexistir, cooperar y prosperar— aunque, aun con la dirección empresarial, es imprudente crear normas que opriman o confundan).

Tanto la frase de Fuller, la “empresa de someter la conducta humana al gobierno de las normas”, como el examen detallado de sus ocho criterios para la “moral interna del derecho”, indican que su centro de atención, en aquellas discusiones, se dirigía a la legislación. El enfoque de Fuller hacia el derecho puede ser visto como uno que rechaza la noción de que el “derecho” es mejor comprendido como un objeto que puede ser analizado partiendo de las partes que lo componen. En cambio, Fuller argumentaría que el derecho es mejor comprendido como la respuesta oficial a tipos particulares de problemas —en particular, la guía y coordinación de las acciones de los ciudadanos en la sociedad—.

Fuller señala que el positivismo jurídico ve al derecho sobre todo como una “proyección unilateral de autoridad” —una parte que emite órdenes, y otras partes que las cumplen—. Esto es más obvio en el trabajo de John Austin, con su reducción del derecho a los mandatos de un soberano, pero podría decirse que positivistas jurídicos posteriores no son tan diferentes. Fuller expresa que esta perspectiva del derecho es un malentendido fundamental: “pues gran parte del derecho, gran parte de un sistema jurídico totalmente funcional, depende de que haya una *reciprocidad de deberes entre los ciudadanos y los legisladores*: la existencia de una reciprocidad relativamente estable de expectativas entre el legislador y el sujeto, forma parte de la idea misma de un orden jurídico funcional”. El derecho sólo puede funcionar cuando los ciudadanos y las autoridades cooperan, cumpliendo cada uno con sus propias funciones. Por ejemplo, las autoridades prometen, expresa o implícitamente, aplicar las normas tal como fueron promulgadas, y hacer que las demandas de los ciudadanos sean razonables y consistentes; en la medida en que las autoridades violen estos deberes, comenzará a derrumbarse el debido funcionamiento de la sociedad.

El análisis afirmativo de Fuller se desarrolla a partir de su evaluación de las deficiencias del positivismo jurídico. En lugar del positivismo jurídico ofrece un análisis que se centra en el derecho como proceso, uno que enfatiza la importancia de la interacción entre las autoridades y los ciudadanos, y ello vuelve más transparente la manera en la que un orden jurídico puede ser instrumental para la obtención de otros bienes.

Fuller ofrece una lista de ocho “principios de legalidad”, que servirían como criterios para evaluar los deberes mínimos de un gobierno, y también fijar los objetivos de excelencia hacia los cuales se inclinaría un buen gobierno. Los ocho criterios de Fuller son:

- Las normas deben ser generales.
- Las normas deben ser promulgadas.
- La creación y aplicación retroactiva de las normas debe ser minimizada.

- Las normas deben ser comprensibles.
- Las normas no deberían ser contradictorias.
- Las normas no deberían ser imposibles de obedecer.
- Las normas deberían ser relativamente constantes a través del tiempo.
- Debería haber una congruencia entre la promulgación de las normas y su aplicación.

Algunos de los ocho principios de Fuller son mejor vistos como requerimientos mínimos —por ejemplo, en el caso de leyes que exigen lo imposible, o que se contradicen entre sí—. Otros, como la minimización de la legislación retroactiva, la promulgación completa de las leyes y la comprensibilidad de las leyes, son mejor vistos como ideales a los que siempre deberían aspirar los sistemas jurídicos, pero que no siempre pueden ser alcanzados.

Los sistemas de normas que cumplen sustancialmente con los ocho requerimientos son “sistemas *jurídicos*”, en el sentido de que es más probable que tengan éxito en guiar la conducta de sus ciudadanos; los sistemas de normas que no cumplen sustancialmente con los ocho requerimientos no son sistemas jurídicos, ya que no es probable que puedan guiar la conducta de los ciudadanos.

Varios críticos, destacando entre ellos H. L. A. Hart (1907-1992), han objetado el llamar “moral” a los ocho criterios de Fuller —argumentando que son, a lo sumo, meramente eficacia o eficiencia, un valor moral neutral tan importante para las autoridades y los gobiernos perversos, como para los virtuosos (de manera célebre, Hart notó que uno podría fácilmente tener una “moral [interna] de envenenamiento”)—. Si un sistema jurídico tiene fines perversos, tal como la Alemania nazi o el *apartheid* de Sudáfrica, entonces el seguir los lineamientos de Fuller permitirá que el gobierno sea más eficiente al lograr esos fines perversos.

Aunque el argumento de Fuller para el carácter moral de sus ocho criterios no es tan claro como podría serlo, se han ofrecido los siguientes argumentos, cada uno de los cuales tiene su base en el propio tra-



bajo de Fuller. (1) Como lo han notado otros, “jugar bajo las reglas del juego” —o jugar el juego de manera justa— es en sí mismo una parte integral de la justicia, aun si no toda ella (por analogía, muchas personas creen que es de cierto valor moral mantener las promesas, incluso si fue una promesa de hacer algo malo). Por ejemplo, si la creación retroactiva de leyes es criticada, no es en el nivel de la eficacia, sino en el nivel de la justicia y la moral. (2) Ciertos tipos de males son, puede decirse, menos probables cuando se siguen los debidos procedimientos: p. ej., es más probable que los tribunales arriben a decisiones justas si los jueces saben que tienen que ofrecer razones públicas para justificar sus decisiones (ciertas formas de corrupción serían difíciles de racionalizar). También, como lo ha observado un autor, “la decisión de un gobierno perverso de actuar dentro de los límites procedimentales del Estado de derecho, le otorga a la población general al menos un grado de seguridad” (Robert P. George, *In Defense of Natural Law* (1999)). (3) Fuller alguna vez escribió que no podría creer que un sistema jurídico que fuese procedimentalmente justo, no fuese también sustantivamente justo. Ciertamente, existe una correlación (al menos en el sentido negativo de que a los países a los que les importa poco lo uno, probablemente les importará poco lo otro), pero también ha habido países que han promulgado el mal de una forma eficiente y meticulosa. En su mayor parte, la fe de Fuller en una fuerte conexión entre la justicia procedimental y sustantiva es una parte optimista, pero periférica, de su teoría.

Véase derecho natural procedimental; Estado de derecho; Hart, H. L. A.; moral interna del derecho; proceso legal; teoría del derecho natural

**funcionalismo** El término “funcionalismo” es utilizado para describir a aquellos que equiparan al “derecho” con el cumplimiento de ciertas funciones sociales. El término es a veces utilizado estrictamente para describir una cierta escuela de pensamiento dentro de la sociología o la antropología del derecho. Otras veces, el término es utilizado más am-

pliamente, p. ej. al describir a algunos de los realistas jurídicos norteamericanos (p. ej. Felix Cohen (1907-1953)) que enfatizaron la importancia de los papeles que tiene el derecho en la vida social, en contraste con lo que los realistas consideraban la perspectiva más metafísica del formalismo jurídico.

*Véase* derecho y sociedad; realismo jurídico norteamericano