

LA RETIRADA DE LO JURÍDICO

René Baeza

...me gustaría decir lo siguiente: creo que, a partir de la aparición de lo que he denominado biopoder o anatomopolítica, vivimos en una sociedad que está dejando de ser una sociedad jurídica.

Michel Foucault

El análisis del poder que Michel Foucault lleva a cabo en una primera etapa de su obra se ve drásticamente interrumpido a partir del inicio de los años setentas. Esta transformación –que pudiera llamarse intempestiva a pesar de que irá orientando paulatinamente desde entonces su trabajo– fue motivada por una serie de investigaciones que Foucault dedica al funcionamiento del sistema penitenciario. Es el dispositivo de la penalidad –en particular el aplicado en las prisiones francesas– el que habría provocado la variación en torno a practicar en adelante una descripción tecnológica de los mecanismos de poder¹. Como esta ruptura con los análisis preliminares sobre el poder está determinada metodológicamente por un nuevo estatuto asignado al derecho, en lo que sigue desarrollamos algunos de los rasgos de este quiebre que se expresa no sólo en intervenciones donde Foucault alude explícitamente al método, sino además en otros lugares de su obra donde tal metódica es aplicada. Circularemos así entre comentarios dirigidos al marco en general de la nueva concepción de su trabajo, y determinados contenidos operatorios de su discurso en relación a lo que puede llamarse la retirada de lo jurídico.

La asociación entre derecho y poder se ve fuertemente conectada en el período de la historia europea que se extiende entre los siglos XVI

1. Cfr. F. Boullant, *Michel Foucault y las prisiones*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2004.

y XVIII. Se trata de la época monárquica en la que el derecho habrá sido nada menos que la forma misma del poder, y en la que se habrá visto confundido totalmente con el sistema de la representación política. Pero si bien la genealogía que señala los vínculos “internos” entre poder y derecho se enfoca preliminarmente a la etapa monárquica, en la que ambos términos de la ecuación se cruzan asimismo con el devenir del concepto de soberanía, Foucault va a decir que la propia crítica al poder soberano, sobre todo en Francia, hubo de postular el arma del derecho: “En Francia, la crítica de la institución monárquica en el siglo XVIII no se hizo contra el sistema jurídico monárquico, sino en nombre de un *sistema jurídico puro* (subrayado nuestro), riguroso, en el que podrían introducirse sin excesos ni irregularidades todos los mecanismos del poder, contra una monarquía que a pesar de sus afirmaciones desbordaba sin cesar el derecho y se colocaba a sí por encima de las leyes”². De manera que las conexiones entre derecho y poder no se habrán interrumpido incluso en el período en que se hacía la crítica del Antiguo Régimen, pues tal crítica se hizo a un derecho determinado desde otro derecho, aquí desde un sistema jurídico abstracto. De hecho, la importancia del carácter jurídico a la hora de determinar las notas esenciales del poder, ni siquiera se romperá cuando en forma precisa en el siglo XIX el marxismo haga una crítica de la “clase burguesa”, pues esta crítica concebirá de todos modos que el derecho es una de las formas en la que el poder se expresa como ideología.

Ahora bien, desde mediados de la década del setenta –aunque esta imagen se forma ya con antelación– Foucault va a insistir en todos los rasgos de negatividad que se implican en el poder político determinado jurídicamente. Pero advirtiendo a la vez que es esta misma figura del poder, que de cierto modo hasta entonces ha sido la suya, la que ya no puede suscribir. Distingue así, por un lado, un poder basado en la ley jurídica, un modelo del derecho caracterizado por la prohibición, y un poder, por otro, cuya “eficacia táctica” sería preciso postular con el propósito de desligarlo del “privilegio de la soberanía en el análisis”: “Se trata, dice en la *Historia de la sexualidad*, de orientarse hacia una concepción del poder que reemplaza el privilegio de la ley por el punto de vista del objetivo, el privilegio de lo prohibido por el punto de vista de la eficacia táctica, el privilegio de la soberanía en el análisis por el análisis de un campo múltiple y móvil de relaciones de fuerza donde se producen efectos globales, pero nunca totalmente estables, de domi-

2. Cfr. M. Foucault, *La historia de la sexualidad 1, la voluntad de saber*, trad. U. Guñazú, México, Siglo XXI, Decimoquinta edición, 1987, p. 108.

nación. El modelo estratégico y no el modelo del derecho”³. En lo que atañe a la *Historia de la sexualidad*, se ve que Foucault ya clausura aquí la noción de “dominación” como instancia puramente represiva; y deberá decir en adelante, a propósito del llamado “dispositivo de sexualidad”, que ya no cabe pensar que las “clases dirigentes” simplemente lo implantaron a otras clases, sino que lo habrían puesto en funcionamiento primero en ellas mismas⁴. El mismo título “dispositivo” indica explícitamente que el análisis no se hará desde un punto de vista jurídico, sino tecnológico⁵. Tales tecnologías, desde el momento en que intentan enfocar menos sustancias que mecanismos, más ejercicios que sustratos, mantienen operante la diferencia entre la ley y la norma: Foucault señala así, en relación a la noción de “crimen”, que es ahora la “desviación con respecto a la norma” y no la “transgresión de la ley” la que en nuestras sociedades orienta la idea de criminalidad⁶.

En 1977 (un año después de la data de los dos textos que hemos citado: *Historia de la sexualidad* y “Las mallas del poder”), Foucault confiesa que incluso en el *Orden del discurso* se encuentran indicios de que todavía no se ha desprendido de la teoría tradicional de un poder que excluye, rechaza y niega a través de interdicciones⁷. Es el tema de la penalidad, como se ha anticipado, el que hace revertir este tipo de análisis e, incluso, el que provoca una gustosa retractación:

De tal forma que analizando ese hecho (la determinación del poder en tanto prohibición, R. B.), he podido utilizar sin excesivos problemas una concepción puramente negativa del poder que a partir de cierto momento me pareció insuficiente, y esto ocurrió en el transcurso de una experiencia concreta que he rea-

3. *Ibid.*, p. 124.

4. *Ibid.*, p. 149. “La sociedad ‘burguesa’ del siglo XIX, sin duda también la nuestra, es una sociedad de la perversión notoria y patente. Y no de manera hipócrita, pues nada ha sido más manifiesto y prolijo, más abiertamente tomado a su cargo por los discursos y las instituciones. No porque tal sociedad, al querer levantar contra la sexualidad una barrera demasiado rigurosa o demasiado general, hubiera a pesar suyo dado lugar a un brote perverso y a una larga patología del instinto sexual. Se trata más bien del tipo de poder que ha hecho funcionar sobre los cuerpos y el sexo. *Tal poder, precisamente, no tiene la forma de la ley ni los efectos de la prohibición* (subrayado nuestro)”. Cfr. M. Foucault, *Historia de la sexualidad*, p. 61.

5. Cfr. M. Foucault, “Las mallas del poder”, en *Estética, ética y hermenéutica*, Barcelona, trad. A. Gabilondo, Paidós, 1999, p. 241.

6. *Ibid.*, p. 252.

7. Cfr. M. Foucault, “Las relaciones de poder penetran en los cuerpos”, en *Microfísica del poder*, trad. J. Varela y F. Álvarez-Uría, Madrid, La Piqueta, 1991, p. 154.

lizado (la investigación del sistema carcelario francés, R. B.) a partir de los años 71-72. El caso de la criminalidad me convenció de que el análisis no debía hacerse en términos de derecho precisamente, sino en términos de tecnología, en términos de táctica y estrategia, y es esta sustitución de un esquema jurídico y negativo por otro técnico y estratégico lo que he intentado elaborar en *Vigilar y castigar* y utilizar después en la *Historia de la sexualidad*. De modo que *abandonaría gustoso* (subrayado nuestro) todo aquello que en el *Orden del discurso* puede presentar las relaciones de poder y el discurso como mecanismos negativos de rarefacción.⁸

Reparemos, por una parte, en que la antigua concepción del poder que no suscribe ya Foucault (estamos en 1977), luego del *Orden del discurso* (1970), la ha podido “utilizar sin excesivos problemas”; y, de hecho, parece ya estar funcionando en *Vigilar y castigar* y la *Historia de la sexualidad*. Sucede así que de lo que se retracta, la concepción jurídica del poder como prohibición, le facilita los análisis siguientes, pues lo que se encontraba como base de lo que podría llamarse aquí su punto de habla o tinglado discursivo, pasa a constituir desde entonces el “objeto” de su discurso. Por otra parte, puede repararse también en la discontinuidad que se deja leer entre esta retractación gustosa y los trabajos anteriores; específicamente, con los que parten en la *Historia de la locura* y terminan en el *Orden del discurso*. Y esto pese a los repetidos pasajes en que Foucault intenta ligar, más tarde, la etapa de los análisis biopolíticos a la etapa en la que el énfasis en el derecho orientó todas las interpretaciones. Es preciso plantearse, por lo tanto, si esta nueva postura asumida en torno al poder, en la que el derecho ya no es el hilo conductor, no descalifica de *cierto modo* las investigaciones llevadas a cabo entre 1960 y 1970. La renuncia de Foucault a la zona jurídica de la prohibición (zona desde la cual los análisis de la década del sesenta extraen en general todos los “signos” y los “documentos”⁹ o, que, en cualquier caso constituye una esfera de descripción que puede

8. *Idem.*

9. Como se sabe, fue Derrida quien ya a propósito de la *Historia de la locura*, le hacía ver a Foucault, la dificultad de tomar exclusivamente de la zona jurídica los signos y los documentos de la exclusión: “Sin contar con que todos los signos a través de los cuales se hace indicar Foucault el origen de este silencio y de esta palabra cortada, de todo lo que habría hecho de la locura esta palabra interrumpida y prohibida, desconcertada, todos esos signos, todos esos documentos se toman sin excepción, de la zona jurídica de la prohibición”. Cfr. J. Derrida, “Cogito e historia de la locura”, en *La escritura y la diferencia*, trad. P. Peñalver, Barcelona, Anthropos, 1989, p. 53.

ser traducida en última instancia a un sustrato representacional y, de esta forma, a la base del derecho—, esta renuncia, repetimos: ¿puede quedar justificada simplemente por el paso que da Foucault por sobre los límites de la “época clásica”? De cierto modo sucede como si así fuera. Podría argüirse así que Foucault no se adscribe al objeto jurídico sino en la medida en que éste viene dictado por la propia historia que describe, que hay una diferencia, al menos preliminarmente, entre investigar un objeto llamado aquí “derecho”, y plegarse a lo que se puede llamar una concepción jurídica o juricista de la historia. Aunque también puede decirse de inmediato que no dejan de haber razones que corresponden, en la elección del derecho como esfera de relieve privilegiado, al método del mismo Foucault. Y así parece él entenderlo cuando procede a retractarse.

En *La verdad y las formas jurídicas*, en cuyo radio de alcance la hipótesis sobre la relevancia del derecho despliega una variación que va desde la época griega arcaica hasta el siglo XIX —un trayecto tan vasto como después será el asumido por la *Historia de la sexualidad*—, se plantean ya ciertas interpretaciones sobre las “relaciones políticas” que no pueden ser explicadas recurriendo simplemente a un análisis de las “estructuras económicas”¹⁰. Al embarcarse así en un análisis de una historia atravesada por las relaciones jurídicas, que son aquí las que explican ciertas relaciones políticas (por ejemplo, la decadencia del poder tiránico en *Edipo rey* debido a la emergencia de un derecho “democrático”), Foucault sabe muy bien que opera a contrapelo de los análisis marxistas, para los cuales la estructura jurídica pertenece a la superestructura “ideológica”. Foucault trata de desprenderse de la cuestión de la “ideología” desarrollando un tipo de análisis que trascienda el nivel de la representación; la predilección por un análisis de corte “tecnológico”, por supuesto, ya señala en qué sentido se produce este desborde.

Pero tal como lo muestra *La verdad y las formas jurídicas*, el derecho no fue siempre un instrumento de poder a manos de las llamadas “clases dirigentes”, como lo habrá sido en el caso del período monárquico. De hecho, uno de los inicios (pues siempre hay al menos dos en Foucault) de la historia de las formas judiciales es una suerte de limitación del poder político tiránico a cargo del surgimiento de formas de investigación de la verdad provenientes de un cierto ya “derecho popular” en ciernes. Este nacimiento del “derecho popular”, que se debe al mismo tiempo al levante de la forma de la *indagación* como modo

10. Cfr. M. Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. E. Lynch, Barcelona, Gedisa, 1995, pp. 38-39.

de hacer surgir la verdad, es el que tiene casi al final de esta historia (luego de los diversos avatares y peripecias entre el Derecho Germánico y el Derecho Romano en la temprana edad media) una resolución de corte representativo. Cabe decir así que la relación entre “justicia popular” e “indagación” ha partido siendo una relación “interna” que termina finalmente por repartirse al poco tiempo que la *inquisitio* religiosa (que de cierta forma la portaba), es reapropiada por los poderes soberanos aproximadamente en el siglo XII. Es en este punto que la relación entre poder político y derecho se volvería una relación basada en la negatividad y, por lo tanto, en la prohibición. Pues en la etapa griega el derecho popular aducido todavía no habrá adoptado el modo de la *representación* que caracteriza a la “representación” moderna. Este último modo, del que carece la determinación griega del derecho popular, es ciertamente el de una neutralidad supuesta que será el objeto de todas las críticas dirigidas en contra de la “ideología”. Como suponemos que la genealogía de este paso de reapropiación tiene por fin sugerir en qué forma está implicada la problemática de la representación en el devenir de las formas jurídicas y en la historia de la verdad a la que se liga, tomamos brevemente aquí el caso del concepto de “delito flagrante” por el que Foucault parece señalar el núcleo de la transformación operada a partir del siglo XII.

La noción de “delito flagrante” provendría del Derecho Germánico, un derecho “social”, “comunitario”, que se diferencia del Derecho Romano precisamente por no ser como éste un derecho de Estado: “En el antiguo Derecho Germánico se daba un caso en que la colectividad en su totalidad podía intervenir, acusar a alguien y obtener su condena: era el delito flagrante, cuando un individuo era sorprendido en el momento exacto en que cometía el crimen. En ese momento las personas que lo sorprendían tenían el derecho de llevarlo ante el soberano o ante quien detentara el poder político... Había así, en la esfera misma del derecho, un modo de intervención colectiva y decisión autoritaria para la liquidación de un litigio de orden judicial: era el caso del delito flagrante, cuando el crimen era sorprendido en su actualidad”¹¹. Como la posibilidad de sorprender a alguien en la instancia de delito flagrante es realmente escasa, la cuestión gira en torno a cómo “generalizar” el modelo de la flagrancia a otros casos

11. *Ibid.*, p. 78.

en que el delito no ha sido sorprendido *in situ*. Es con relación a este problema que se acude a la *indagación* como a un modelo extrajurídico que provee la solución: la de prorrogar la actualidad a través de un sistema representativo. Debe entenderse que la extrajuridicidad de la fórmula indagatoria está precisamente en que se aleja de la situación real en que se realizó el delito. La noción de delito flagrante cumple la condición de mantener la proximidad con el evento (de ahí la razón de que sea, a diferencia de la indagación, un modelo “intra-jurídico”), pero al costo de cerrarse sobre una actualidad que, como es obvio, no puede dar un paso más allá del instante en que ocurrieron los sucesos. La indagación, por intermedio de una reconstitución de escena, permite que a base de pruebas testimoniales se opere una suerte de transferencia entre el momento de la presencia y el de representación. A partir del siglo XII, la representación llevada a cargo por la indagación reapropia el paradigma del delito flagrante, lo va a incorporar dentro de su estructura: “El problema era pues, saber en qué condiciones podía generalizarse el modelo del delito flagrante y utilizarlo en ese nuevo sistema de Derecho que estaba conducido y orientado por la soberanía política y sus representantes... Se optó por el segundo modelo extrajudicial”¹².

Foucault va a mostrar así que este sistema de representación jurídica coincide con el sistema de representación política, incluso que la llamada soberanía estatal que se constituye desde el siglo XII en adelante se basa en el sistema jurídico de representación que la *indagación* permite confirmar. Muestra así que se hizo pasar una especie de *inquisitio* como si en ella operase el modelo de la presencia de los hechos a través del delito flagrante. No podemos detenernos en un comentario pormenorizado de los pasajes en que Foucault demuestra tanto la “neutralidad” del derecho representativo, como el total “compromiso” del mismo con la causa y los intereses de la soberanía política. Nos importa por ahora sólo insistir en lo siguiente: el concepto de delito flagrante tendría ya antecedentes en la historia de los pastores que atestiguan contra el tirano tal como lo desarrolla la tragedia de Edipo. Sólo ciertos, pues, como se ve, también ya hay ahí una determinada operación de representación en la medida en que éstos testifican de una experiencia pasada. La diferencia parece radicar en que en el segundo caso, de una forma casi absoluta con relación al primero, el sistema jurídico está en vías de una completa estatización: aquí la administración de justicia ya ha sido confiscada por el poder soberano,

12. *Idem.*

de modo que éste se retira del plano de representación, se excluye de la escena jurídica, se evade del derecho, o queda en relación a él, como en su margen: de ahí la dificultad de acusar a la misma administración judicial que tiene a su cargo impartir justicia.

Hay cierta claridad, entonces, de que Foucault se inclina por un sistema de penalidad liberado lo más posible de los rendimientos representativos¹³. Y cabe pensar si no ve aquí, en la forma de la representación del poder político como representación jurídica, la característica esencial de lo que acusa como negatividad del derecho. De ahí, por supuesto, que él mismo haya decidido realizar un tipo de análisis que desborda la representación, a través de un estudio de los mecanismos capilares del poder. Los mecanismos “reales”, diría un marxista, si Foucault no hubiera colocado, todavía en esta fase –con notables visos de clausura, sin embargo, ya en *La verdad y las formas jurídicas* (1973) y, más allá, en *Vigilar y castigar* (1975)–, al derecho en el centro de sus interpretaciones. En la medida en que el sistema de la representación, que es aquí el sistema de la negatividad (¿pero puede concebirse un “sistema” que no sea el de lo “negativo” y el de la “representación”?) se estructura en base a un movimiento de transferencia que precisa de un operador, en la medida en que la representación no hace otra cosa que operar una traslación por medio de un conmutador o *shifter*, se tiene que el derecho no puede dejar de acudir a la instancia de un tercero y, así, introducir toda la gran problemática de la neutralidad en una analítica del poder que está lejos de creer en ella. Por ejemplo, ya en la intervención de un tribunal que se pretende administrador de la llamada “justicia popular”:

¿Qué es esta disposición?, pregunta Foucault en una conversación con Pierre Víctor. Una mesa; detrás de ella, que distancia a los dos litigantes, los intermediarios que son los jueces; su posición indica primeramente que *son neutros el uno con relación al otro*; en segundo lugar implica que su juicio no está determinado de antemano, que va a establecerse después del interrogatorio,

13. Es de notar que en *Vigilar y castigar* hable de dos formas de “reaccionar a la infracción” a partir del siglo XVIII. Foucault analiza aquí de qué modo la llamada reforma penal tenía varias alternativas, pero que se optó por sólo una. Por una suerte de retorno –el que reiteradamente es confirmado por los análisis de Foucault– se ve aquí en lucha, otra vez, un modelo de representación y un modelo no representativo: “Dos maneras, pues, bien distintas, de reaccionar a la infracción: reconstituir el sujeto jurídico del pacto social, o formar un sujeto de obediencia plegado a la forma a la vez general y escrupulosa de un poder cualquiera”. Cfr. M. Foucault, *Vigilar y castigar*, México, trad. A. Garzón del Camino, Siglo XXI, 2002, p. 134.

después de haber oído a las dos partes, en función de una determinada norma de verdad y de un cierto número de ideas sobre lo justo y lo injusto, y en tercer lugar que su decisión tendrá fuerza de autoridad... Ahora bien, *esta idea de que está formado por personas que son neutras* en relación a las dos partes, que pueden juzgarlas en función de ideas de justicia que son absolutamente válidas y que sus decisiones deben ser ejecutadas, pienso que todo esto va de todas formas muy lejos y me parece extraño a la misma idea de justicia popular (subrayados nuestros).¹⁴

Sucede así como si Foucault estuviera del lado de los mecanismos de la “prueba” (que operan sin la intromisión de un tercero) a la hora de intentar dar resolución a los conflictos judiciales, y menos con los mecanismos de la indagación (*enquête*) que tienden a neutralizar (si es que no neutralizan del todo) el proceso de la administración de justicia. De hecho, todo pasa como si entre el Derecho Germánico y el Derecho Romano, Foucault prefiriese al que predominó durante el período medieval.

En cuanto a la neutralidad, se ve también así por qué Foucault sitúa el desarrollo de la Filosofía y de las Ciencias, como una deriva de los propios procedimientos judiciales; son estas disciplinas las que ya tempranamente incorporaron o hurtaron los procedimientos de constitución de la verdad, poco después de la constitución del derecho como inquisición o búsqueda del saber: “Este derecho (en el caso del testimonio de los pastores en la tragedia de Edipo, R. B.) de oponer una verdad sin poder a un poder sin verdad dio lugar a una serie de grandes formas culturales que son características de la sociedad griega. En primer lugar, la elaboración de lo que podríamos llamar formas racionales de la prueba y la demostración: cómo producir la verdad, en qué condiciones, qué formas ha de observarse y qué reglas han de aplicarse. Estas formas son la Filosofía, los sistemas racionales, los sistemas científicos”¹⁵. Podría decirse así que la “prueba” (o el “desafío”) existente ya en la Grecia arcaica fue sufriendo paulatinamente (como el “delito flagrante” Germánico) una confiscación por parte de los dispositivos de saber que corren a parejas de una estatización progresiva del poder en Occidente. Contra esta neutralización por los aparatos e instituciones, es que Foucault pretende, de cierto modo, mostrar determinadas vías marginales (y en ese sentido, al parecer, menos neutras)

14. Cfr. M. Foucault, “Sobre la justicia popular”, en *Microfísica del poder*, trad. cit., pp. 51-52.

15. Cfr. M. Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. cit., p. 64.

de relación con la ley y la interdicción. Cabe citar aquí, por una parte, toda las investigaciones que enfatizan las relaciones individualizantes que se dan en el llamado “poder pastoral”, precisamente frente a un “poder estatal” de corte globalizante y generalizador¹⁶. Por otra, toda la relevancia asignada, ya en una fase final del pensamiento de Foucault, a la noción de “problematización”. Esta noción (como las de poder, saber, dominación, etc.) también se distribuye, parece repartirse en una corriente “neutral” y otra de “interés”. Así, es posible distinguir la “problematización” que hace la psiquiatría del llamado individuo “peligroso”¹⁷, y la *problematización* que hacen de la moral ciertos griegos de la época antigua¹⁸. Con todo, aunque hay entre ambas formas una diferencia que pasa por el carácter neutral o interesado, se ve que las dos se disputan, en Foucault, una cierta interpretación de la “individualidad” más allá del derecho: en un caso, la desarrollada en el plano de la medicalización, y en el otro, en el plano del “arte” o de determinado perfilamiento del estilo. Podría concluirse así que la intención de retornar a un análisis de las prácticas de la “sexualidad” greco-romana, está en directa relación con la voluntad de rescatar la noción de “individuo” de las esferas en que las ciencias humanas (la psiquiatría, la psicología, la antropología, etc.) la han recluido.

No es de menor importancia, asimismo, que en la etapa de la investigación de la “biopolítica”, centrándose con claridad más en la economía que en el derecho, Foucault “abstraiga” de las formas económicas lo que denomina gubernamentalidad; que no ponga el acento preferente en la ciencia económica *como tal*, sino en lo que ésta deja traslucir como modalidad de “gobierno”. La retirada del derecho en la metodología de Foucault es, así, *análoga* a la clausura de lo jurídico en el modelo liberal de la concepción económica; es *equivalente* a lo que Foucault llama la autolimitación de la Razón de Estado bajo el paradigma liberal llevado a cabo en el siglo XVIII y XIX por la economía política. Porque de hecho lo que describen cursos como *Seguridad, territorio, población* (1978), y el *Nacimiento de la biopolítica* (1979), es, entre otros importantes temas, el modo en que se pasa de una forma de veridicción jurídica a una forma de veridicción económica.

16. Cfr. M. Foucault, “*Omnes et singulatim*. Hacia una crítica de la razón política”, en *Tecnologías del yo*, trad. M. Allendesalazar, Barcelona, Paidós, 1995; y *La hermenéutica del sujeto*, trad. H. Pons, México, F. C. E., 2002.

17. Cfr. M. Foucault, “La evolución del concepto de ‘individuo peligroso’ en la psiquiatría legal del siglo XIX”, en *Estética, ética y hermenéutica*, trad. cit., pp. 37-58.

18. Cfr. M. Foucault, *Historia de la sexualidad. 2. El uso de los placeres*, trad. M. Soler, México, Siglo XXI, pp. 16-33.

Es interesante que Foucault hable de que, por ejemplo en el caso del neoliberalismo norteamericano (y esto ya puede marcar en general una *distancia* con las corrientes liberales), es el mercado ahora el que intenta transformarse en una especie de “tribunal” de los poderes públicos y estatales: “(El mercado) Es una suerte de tribunal económico permanente frente al gobierno”¹⁹. El baremo que antes fue jurídico (desde el siglo XVIII en adelante –porque la voluntad de convertir al mercado en el *test* de las otras esferas tanto sociales como estatales ya se encuentra en las concepciones liberales clásicas), es en lo que sigue el de la economía.

En relación a este último punto, es posible aludir a la voluntad anti o parajurídica que observa Foucault en los programas neoliberales que buscan combatir el crimen sobre todo en la década del setenta en los Estados Unidos. Se trata de –contraviniendo lo que Foucault ha descrito como la “pendiente individualizadora”²⁰ en el campo penal, propio de la psiquiatrización de los aparatos penales– desjuridizar y desantropologizar la noción de delito, altamente criminalizada debido a los contubernios entre los mecanismos judiciales y los dispositivos médicos, al menos desde el siglo XIX. A partir del concepto del *homo oeconomicus* se verá al delito exclusivamente dentro de una esfera mercantil, regulado por completo por el denominado “mercado del crimen”.

La interpretación del neoliberalismo norteamericano, en relación a este punto, se enfoca a describir de qué forma los economistas del anarcoliberalismo pretendieron separar la teoría del *homo oeconomicus* de la estructura jurídica que fue la que lastró el sistema penal con las interferencias de las ciencias humanas. Aparece aquí una nueva comprensión del llamado *enforcement*, ya desligada éste de los presupuestos jurídicos que se implicaban hasta entonces en la idea de la “aplicación de la ley”. El concepto de penalidad aparecerá así, en tales pensadores económicos, bajo una nueva definición de crimen: como “lo que hace correr a un individuo el riesgo de ser condenado a una pena”. Y se establecerá el crimen, ya en una escena completa de mercado, como una “oferta” a la que hay que equilibrar con una “demanda”. De este modo, Foucault plantea el estricto utilitarismo y economicismo que guía al neoliberalismo norteamericano en torno a la aplicación de la ley, y cierta permisividad o determinado *laissez-faire* que lo orienta cuando combate el crimen: pues concebido desde un puro punto de

19. Cfr. M. Foucault, *Nacimiento de la biopolítica*, trad. H. Pons, México, F. C. E., 2007, p. 286.

20. *Ibid.*, p. 289.

vista económico, el crimen no será castigado si traspasa los valores de un *enforcement* que no reditúa intereses en una balanza de costos y beneficios²¹. Y esto con el propósito de realizar, quizás por vez primera en la historia de los liberalismos, la figura del *homo œconomicus* como exclusivo sujeto de interés.

Este cierre del *homo legalis* como *homo penalis*, y después como *homo criminalis*, llevada a cabo por el concepto de *homo œconomicus* liberal –cierre con el que parece concordar hasta cierto punto Foucault–, se diría que está asimismo en consonancia con las investigaciones sobre la historia de la sexualidad que desarrolla por la misma época. En esta historia Foucault se interesa precisamente por una *ars erotica* no simplemente reducible a una *scientia sexualis*. Y por una moral individual, de “hombres libres”, no limitada en su imperatividad al imperativo de tipo kantiano, que todavía se plantea la noción de deber, según Foucault, con una connotación prohibitiva y negativa²².

21. *Ibid.*, p. 297.

22. Cfr. M. Foucault, “Las mallas del poder”, trad. cit., p. 237.

Abstract

This paper analyzes the juridical closure in the work of M. Foucault. In the first place, it presents the connection between “Right” and “Power” from the 16th to the 19th centuries in Europe. An analogy is drawn between this connection and the dejuridization in the work of Foucault, both at the historical and the methodological level. In the next place, a question concerning the withdrawal around the Right is outlined, as well as the re-contextualisation of the subject in texts written during the seventies. Furthermore, the notion of “flagrant offense” is reviewed, as well as its connection with the “neutrality”, even in the idea of Popular Court. Finally, we discuss the bond between the philosopher’s post-juridical stand and 20th century neoliberal stands.

ESTUDIOS CRÍTICOS

