

# Derecho de los gobernados y disidencia moral en Foucault

*Right of the Governed and Moral Dissent in Foucault*

**Luis Diego Fernández**

CIF – INEO – Universidad Torcuato Di Tella, Argentina  
ldf@fibertel.com.ar

**Resumen:** El objetivo de este artículo es realizar un análisis sobre la noción de “derecho de los gobernados” y su relación con la penalidad en la obra de Michel Foucault a partir de las intervenciones del filósofo en textos seleccionados del período 1973-1984. Se dejará en evidencia la perspectiva anti-humanista desde la cual Foucault comprende ambas cuestiones. Nuestra hipótesis indagará en si esta normatividad que el filósofo sostiene está fundada más en un afecto que en un modelo constructivista abstracto e investigaremos la convergencia de la defensa de la disidencia moral de Foucault con el anti-punitivismo de los autores neoliberales de los cuáles éste se sirve en Naissance de la biopolitique (Curso del Collège de France 1978-1979). Exploraremos la existencia de una premisa libertaria común que sustente la defensa de los derechos de los gobernados al mismo tiempo que rechace el punitivismo en materia de moralidad.

**Palabras clave:** Derechos humanos, derecho penal, neoliberalismo, anti-humanismo, anti-punitivismo.

**Abstract:** The aim of this article is to carry out an analysis on the notion of “right of the governed” and its relation to punishment in Michel Foucault’s work from the philosopher’s interventions in selected texts from the period 1973-1984. The anti-humanist perspective will be made clear from which Foucault understands both questions. Our hypothesis will enquire if this necessary normativity that the philosopher sustains is based on an affection rather than on an abstract constructivist model and we will investigate the convergence of the defense of moral dissidence that it carries out with the anti-punitivism of the neoliberal authors of which Foucault is used in *The Birth of Biopolitics* (Lectures at the Collège de France 1978-1979). We will explore the existence of a common libertarian premise that supports the defense of the rights of the governed while rejecting punitivism in matters of morality.

**Keywords:** Human Rights, Criminal Law, Neoliberalism, Anti-Humanism, Anti-Punitivism.

Fecha de recepción: 27/07/2019. Fecha de aceptación: 03/12/2019.

Luis Diego Fernández (Buenos Aires, 1976). Doctor en Filosofía (Universidad Nacional de San Martín) y Licenciado en Filosofía (Universidad de Buenos Aires). Profesor de Problemas Filosóficos en la Universidad Torcuato Di Tella e Investigador del Instituto de Filosofía Ezequiel de Olaso del Centro de Investigaciones Filosóficas. Su campo de investigación es la filosofía francesa contemporánea, en particular las obras de Michel Foucault y Gilles Deleuze. Coordinó y prologó las antologías *Filosofía Sub 40. Ensayos sobre la democracia contemporánea* (Aurelia Rivera, 2016) y *Antología del ensayo filosófico joven en Argentina* (Fondo de Cultura Económica, 2012).

## 1. Derecho de los gobernados y afecto libertario

En el presente trabajo exploramos la hipótesis de una premisa libertaria común en relación a dos cuestiones en materia de derecho en la filosofía de Michel Foucault: en primer lugar, evaluamos los atributos que caracterizan la noción “derecho de los gobernados” (*droits des gouvernés*) y, en segundo lugar, analizamos la relación entre derecho penal y moralidad a partir de la problemática de la “disidencia moral”. Consideramos que en ambas posiciones foucaultianas hay un vaso comunicante que al mismo tiempo que limita los excesos del gobierno frente al individuo repudia el punitivismo moral del derecho penal.

El compromiso político de Foucault, tal como mostraremos en las intervenciones que van desde 1977 a 1984, se centró en la lucha contra la arbitrariedad de las implantaciones comunistas y la defensa de lo que denominó “derechos de los gobernados” (en particular, libre expresión, disidencia, defensa en un juicio justo, asilo, libertad sindical) contra los abusos gubernamentales. Nuestra indagación se centra en que estos pronunciamientos políticos se solapan con una posición liberal (así sea solo en lo táctico) del Foucault maduro, de 1977 en adelante, que defendía la necesidad de un tipo de derecho que se construya como el límite externo, fundado en el afecto de la rebelión frente a la injerencia gubernamental.

Comenzaremos la exploración tomando como eje de análisis cuatro citas extraídas de tres intervenciones de Michel Foucault. En octubre de 1982 en una entrevista en la Universidad de Vermont nuestro filósofo decía:

Creo en la libertad de los individuos. Ante una misma situación, las reacciones de la gente son muy distintas (...) A través de las diferentes prácticas –psicológicas, médicas, penitenciarias, educativas- cobró forma cierta idea, un modelo de la humanidad; y esa idea del hombre ha llegado a ser hoy normativa, evidente, y pasa por universal. Ahora bien, es posible que el humanismo no sea universal sino correlativo a una situación particular. Lo que damos en llamar humanismo ha sido utilizado por marxistas, liberales, nazis y católicos. Esto no significa que debamos rechazar lo que denominamos “derechos del hombre” y “libertad”, pero sí implica la imposibilidad de decir que la libertad o los derechos del hombre deben quedar encerrados dentro de ciertas fronteras (...) Lo que me espanta del humanismo es que presenta una forma determinada de nuestra ética como un modelo universal valdero para cualquier tipo de libertad<sup>1</sup>.

Por otra parte, sobre la situación de los derechos humanos en Polonia, Foucault marcaba lo siguiente en un artículo publicado por *Les Nouvelles littéraires* en octubre de 1982: «Con la excusa de presentar una teoría o una política de los

1 FOUCAULT, Michel. «Verdad, poder y sí mismo». Trad. Horacio Pons. En FOUCAULT, M. *La inquietud por la verdad. Escritos sobre la sexualidad y el sujeto*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013, 237.

derechos del hombre, es necesario cuidar de no introducir un pensamiento dominante. Después de todo el leninismo es bien conocido como una política de los derechos del hombre...»<sup>2</sup>. Y luego agregaba: «Si los gobiernos hacen de los derechos humanos el armazón y el cuadro mismo de su acción política, tanto mejor. Pero los derechos humanos son sobre todo lo que se opone a los gobiernos. Son los límites que se plantean a todos los gobiernos posibles»<sup>3</sup>. Asimismo, en junio de 1981 Foucault escribe un discurso con ocasión de la conferencia de prensa contra la piratería celebrada en Ginebra que será publicado en julio de 1984 en el periódico *Libération*; del mismo extraemos la siguiente declaración: «Existe un ciudadano internacional que tiene sus derechos, que tiene sus deberes y que se levanta en contra de todo abuso de poder, cualquiera sea el autor o las víctimas. Después de todo, todos somos gobernados y, a ese título, solidarios»<sup>4</sup>.

En la primera intervención Foucault es explícito en su apoyo a la idea de libertad (“creo en la libertad de los individuos”) pero al mismo tiempo marca que cierta idea de humanidad se impuso como un modelo universal sobre el cual se edificó una normativa que se supone válida para todos; en este sentido, Foucault señala la escisión entre humanismo y universalismo (“es posible que el humanismo no sea universal”); esto no conlleva según el filósofo a rechazar los derechos humanos pero sí a considerarlos como un producto de ciertos parámetros históricos determinados. Foucault rechaza taxativamente (“me espanta”) del humanismo la instalación de una ética particular como el único modelo universal valedero. Por ende, en su primera intervención el pensador critica que el concepto de “derecho humano” deba necesariamente tener que partir de una cosmovisión homogénea moral propia del humanismo; vale decir, el problema no son tanto los derechos humanos como su derivación del humanismo que más que expresar una dimensión antropológica universal refiere una lectura particular de una situación determinada. En la segunda intervención Foucault refuerza la idea según la cual no por apoyar el concepto de “derecho humano” se sigue la afirmación de un pensamiento dominante. Posteriormente, en la tercera cita aparece un elemento nuevo en la caracterización de los derechos humanos según Foucault al definir que estos son sobre todo “lo que se opone a los gobiernos”, la barrera que limita el accionar de los gobiernos en los individuos, vale decir, se trataría de límites externos frente a la intromisión gubernamental. Por último, en la cuarta intervención Foucault introduce dos elementos más en su caracterización: “ciudadanía internacional” y “solidaridad”. El filósofo señala que todos los individuos tienen derechos que frenan la coacción gubernamental; y éstos están fundados sobre la base de una ciudadanía universal. Esta determinación por la cual todos somos gobernados nos

---

2 FOUCAULT, Michel. «L'expérience morale et sociale des Polonais ne peut plus être effacée». En FOUCAULT, M. *Dits et écrits 1954 - 1988 IV. 1980-1988*. Gallimard, París, 1994, 349.

3 FOUCAULT, Michel. «L'expérience morale et sociale des Polonais ne peut plus être effacée», 349.

4 FOUCAULT, Michel. «Face aux gouvernements, les droits de l'homme». En FOUCAULT, M. *Dits et écrits 1954 - 1988 IV. 1980-1988*, 707.

hace a la vez solidarios con el otro que se encuentra en nuestra misma situación de ser objeto de la práctica gubernamental.

Resumiendo, la problemática de los derechos humanos en Foucault de acuerdo a las fuentes mencionadas está atravesada por los siguientes atributos, a saber: 1) un anti-humanismo que los deslinda de toda concepción universalista de hombre; 2) un elemento jurídico defensivo del individuo frente a los abusos gubernamentales; 3) un enlace común sobre la base de una ciudadanía internacional que nos lleva hacia la solidaridad normativa. En este sentido, coincidimos con la ordenación que realiza Marco Díaz Marsá de la concepción foucaultiana del derecho a partir de cinco características que complementan lo mencionado: 1) el derecho como “realidad” frágil conquistado desde de la lucha y la sublevación (no como un mero ideal constructivista); 2) el derecho no como canal de dominación<sup>5</sup> sino como instrumento para la limitación real del ejercicio del poder, es decir, como “limitación externa”; 3) el derecho como “derecho de los gobernados”, históricamente determinado, no como mera abstracción universal; 4) el derecho enmarcado en un principio de “ciudadanía internacional”, es decir, una humanidad sin contenido alguno ni emplazada en naciones particulares; 5) el derecho fijado en el “afecto político” (en tanto percepción solidaria de lo intolerable y excesivo de la acción gubernamental) por parte de los individuos<sup>6</sup>. En relación a este último atributo, consideramos que en el pensamiento de Foucault podemos detectar una tensión entre dos elementos: la sublevación constatable en la historia al mismo tiempo que la afirmación de la necesidad de los derechos. Como consecuencia de este cruce es que la concepción del derecho puede ser vista como una “ficción” táctica o necesaria que al mismo tiempo no oculta ni suprime la pulsión por la rebelión. En este sentido, en 1979, a raíz de sus viajes a Irán para observar la revolución islámica del Ayatollah Khomeini, nuestro filósofo decía lo siguiente:

Las sublevaciones pertenecen a la historia. Pero, en cierto modo, se le escapan. El movimiento mediante el cual un solo hombre, un grupo, una minoría o un pueblo entero dice: “no obedezco más”, y arroja a la cara de un poder que estima injusto el riesgo de su vida –tal movimiento me parece irreductible-. Y ello porque ningún poder es capaz de tornarlo absolutamente imposible: Varsovia siempre tendrá su gueto sublevado y sus cloacas pobladas de insurgentes. Y también porque el hombre que se alza carece finalmente de explicación; hace falta un desgarramiento que interrumpa el hilo de la historia, y sus largas cadenas de razones, para que un hombre pueda “realmente” preferir el riesgo de la muerte a la certeza de tener que obedecer.

5 DÍAZ MARSÁ, Marco. *Ley y ser. Derecho y ontología crítica en Foucault (1978-1984)*. Escolar y Mayo Editores, Madrid, 2016, 36-37.

6 DÍAZ MARSÁ, Marco. *Ley y ser. Derecho y ontología crítica en Foucault (1978-1984)*, 53-54.

Todas las formas de libertad adquiridas o reclamadas, todos los derechos que se hacen valer, incluso los relativos a cosas aparentemente menos importantes tienen, sin embargo, ahí un último punto de anclaje, más sólido y más próximo que los “derechos naturales”. Si las sociedades se mantienen y viven, es decir, si los poderes no son en ellas “absolutamente absolutos”, es porque, tras todas las aceptaciones y las coerciones, más allá de las amenazas, de las violencias y de las persuasiones, cabe la posibilidad de ese movimiento en el que la vida ya no se canjea, en el que los poderes no pueden ya nada y en el que, ante las horcas y las ametralladoras, los hombres se sublevan<sup>7</sup>.

Dentro del mismo período de reflexión observamos que Foucault introduce la cuestión de los derechos al interior de las formas de libertad desde la sublevación. Y agrega algo adicional: los derechos humanos no se fundan en los “derechos naturales”, se conquistan desde la no obediencia y la rebelión. Foucault nos dice que no hay derecho sin lucha, este no es algo que nos sea dado de modo “natural”. En esta descripción resulta evidente que hay en Foucault un rechazo hacia el iusnaturalismo propio de cierta tradición liberal clásica. En este sentido, compartimos con Marco Díaz Marsá que la posición de Michel Foucault podría enmarcarse dentro de una “tradición ilustrada pero no humanista”<sup>8</sup>.

En esta dirección, es importante dar cuenta de la diferencia conceptual que realiza Foucault entre “ley” y “norma”. El filósofo determina que desde el siglo XVII el poder sobre la vida desarrolla dos modalidades que no son antitéticas: la disciplina y la biopolítica. Como postula en *Surveiller et punir* (1975) en el primer caso: «Aparece, a través de las disciplinas, el poder de la Norma. ¿Nueva ley de la sociedad moderna? Digamos más bien que desde el siglo XVIII ha venido a agregarse a otros poderes obligándolos a nuevas delimitaciones»<sup>9</sup>. En el segundo caso, refiere en *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir* (1976) que: «Otra consecuencia del desarrollo del bio-poder es la creciente importancia adquirida por el juego de la norma a expensas del sistema jurídico de la ley (...) No quiero decir que la ley se borre ni que las instituciones de la justicia tiendan a desaparecer; sino que la ley funciona siempre más como una norma...»<sup>10</sup>. Nuestro filósofo plantea que esta progresiva normalización si bien inviste gradualmente el aparato jurídico no implica la desaparición del mismo (más bien lo contrario), pero sí la adopción por parte de la normatividad legal de un elemento extrajurídico que es la normalización de las conductas que al mismo tiempo que individualiza insta a la homogeneidad determinando una regla y sus desviaciones de ésta.

7 FOUCAULT, Michel. «¿Es inútil sublevarse?». Trad. Ángel Gabilondo. En FOUCAULT, M. *Obras esenciales*, Paidós, Barcelona, 2010, 861.

8 DÍAZ MARSÁ, Marco. *Modificaciones. Ontología crítica y antropología política en el pensamiento de Foucault*. Escolar y Mayo Editores, Madrid, 2014, 114.

9 FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Trad. Aurelio Garzón del Camino. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2002, 188-189.

10 FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*. Trad. Ulises Guinzá. Siglo XXI Editores, Madrid, 1995, 174.

Wilhelm Schmid hace explícita esta diferenciación entre normatividad (validez y obligatoriedad del derecho) y normalización (formas de vida dominadas por una norma impuesta exteriormente):

Ahora bien, pese a esta confrontación entre las tecnologías del yo y las tecnologías morales, entre la forma y la norma, no cabe deducir de ello que la cuestión de la normatividad (aquí, ante todo, en el sentido de la validez de normas de derecho) haya encontrado también una posible solución. La nueva fundamentación de una ética individual no excluye la validez de normas de derecho; éstas –y en general, las normas sociales- tienen, no obstante, que ser objeto de posible crítica desde el plano de las formas individuales. Sólo así puede prescribirse *normatividad* (validez fundamentada y obligatoriedad) sin a la vez *normalidad* (formas de vida dominadas por normas). La normatividad, pues, ha de tener en cuenta la variedad individual y la particularidad de sus relaciones, pues toda exigencia de validez permanece dependiente, en definitiva, del consentimiento del individuo. De ahí que la ética desarrollada por el individuo sea tal vez más fundamental que la moral, fundada sobre el plano de validez de normas<sup>11</sup>.

Por su parte, Díaz Marsá señala:

La normatividad no aparece, pues, negada en el pensamiento del último Foucault, sino, tal como apunta Schmid, replanteada desde otras bases, distintas de aquellas que introducen la normalización en la ciudad. Pero, entonces, lo ético, al igual que ocurrirá en su relación con lo moral (...), no puede hallarse en contradicción con lo normativo. De ahí que Foucault pueda mostrar su desconfianza ante la idea de “autogestión”, por ejemplo en el marco de las relaciones pedagógicas (...) Desde este punto de vista, la normatividad ha de garantizar tanto la libertad de opción para todos aquellos que forman parte de una comunidad política y en relación a los proyectos de constitución de sí o de felicidad –sobre la que se legisla-, como la efectiva participación de la pluralidad en la política<sup>12</sup>.

Evidentemente, la aproximación foucaultiana al tema de los derechos humanos no responde a una concepción de un sujeto abstracto y universal de derechos prefigurado, de ahí la crítica del filósofo a la tradición humanista y su opción por el paradigma de la gubernamentalidad (desde el cual piensa al liberalismo y neoliberalismo en el curso del Collège de France de 1978-1979), en tanto ensamble de reglas de juego necesarias para “jugar” entre gobernantes y gobernados. En otras palabras, al pensar Foucault la problemática de los derechos humanos desde la lógica de la gubernamentalidad (mapeos empíricos de racionalidades de gobierno concretas), se aproximará a ellos desde una situación histórica determinada, por

11 SCHMID, Wilhelm. *En busca de un nuevo arte de vivir. La pregunta por el fundamento y la nueva fundamentación de la ética en Foucault*. Trad. Germán Cano. Pre-Textos, Valencia, 2002, 344-345.

12 DÍAZ MARSÁ, Marco. *Modificaciones. Ontología crítica y antropología política en el pensamiento de Foucault*, 131.

ello la preferencia del autor por la expresión “derechos de los gobernados” en tanto sitúa a estos “gobernados” en un recorte particularmente enmarcado que requiere de una normatividad común (una expresión del derecho válida para todos) pero sin requerir una normalización disciplinaria en lo relacionado a los modos de vida, vale decir, sin excluir lo “no normalizable”.

Ben Golder, por su parte, se detiene en la cuestión de lo “humano” del derecho, en lo problemático para Foucault de la definición liberal clásica de “derecho humano” precisamente por la construcción de “lo humano” como una entidad abstracta, universal y cristalizada y no como un efecto inacabado en el marco de un proceso de transformación producto de la acción de las prácticas de gobierno, auto-gobierno y tecnologías del yo. La interrogación será: ¿qué tipo de “humano” presupone el derecho humano? ¿Se trata de un “humano” standarizado y normalizado? Trazando esta reflexión desde Foucault hacia Judith Butler, Golder da cuenta de la necesidad de la apertura necesaria sobre el concepto de “humano” que permita reconfigurar nuevas relaciones y modos de vida con derechos:

El humano como se concibe en el discurso de los derechos humanos es una invitación a la revisión permanente de su definición. Pero ese trabajo, retornar al tropo encontrado en nuestra discusión con la ética de Foucault, debe ser concebido no como una *obra* completa sino como un *trabajo* en desarrollo. Si los derechos humanos tienen que representar un vehículo para el reconocimiento de nuevos tipos de humanidad y nuevos modelos relacionales, entonces necesariamente deben permanecer indeterminados. “La necesidad de conservar nuestra opción de humano abierta hacia una futura articulación es esencial para el proyecto de un discurso y política de derechos humanos internacional”, escribe Judith Butler<sup>13</sup>.

Un acontecimiento relevante en la reconstrucción de la cuestión de los derechos humanos en Foucault es el pronunciamiento del filósofo respecto del caso de Klaus Croissant, abogado de la organización terrorista *Rote Armee Fraktion*, también conocida como la banda Baader-Meinhof, quién en 1977 solicitó asilo político en Francia huyendo de la República Federal Alemana. En aquel momento Foucault tomó posición junto a un grupo de intelectuales en contra de la extradición de Croissant solicitada por Alemania Occidental, sin embargo, se negó a firmar una petición puesta en circulación por Félix Guattari y Gilles Deleuze, dónde se calificaba a Alemania Federal como “Estado fascista”. Foucault no avalaba esa categorización ni apoyaba acción terrorista alguna, tal como explicita su posición en 1982 en una entrevista hecha por Didier Eribon para *Libération* en favor de luchar contra el terrorismo en Europa y haciendo especial mención al terrorismo del Estado polaco del régimen comunista: «Europa debe luchar contra el terrorismo. Es verdad. Pero el terrorismo más peligroso que Europa conoce,

13 GOLDER, Ben. *Foucault and the Politics of Rights*. Stanford University Press, Palo Alto, 2015, 83-84.

venimos de verlo en las manifestaciones con los tres muertos, los centenares de heridos y los miles de arrestados en Varsovia, Gdansk, Lublin...»<sup>14</sup>.

Este caso ocupó parte del debate intelectual francés de 1977 y originó entre otras cosas la ruptura de la relación amistosa entre Foucault y Deleuze. Lo relevante del posicionamiento de Foucault a nuestro juicio es la sutileza de su planteo: su argumentación en favor del derecho a la defensa, a tener asilo político, a la disidencia ideológica y a gozar de un abogado como cualquier gobernado, al mismo tiempo que su rechazo de las acciones terroristas y de la calificación de “fascista” a un Estado de derecho (a diferencia de la arbitrariedad de los países comunistas como Polonia). Así lo expresaba el filósofo en esta intervención de noviembre de 1977 que publicaba en *Le Nouvel Observateur*:

Los derechos de los gobernados incluyen uno que, de forma lenta y tortuosa, está comenzando a ser reconocido y que es esencial: el derecho a ser defendido en los tribunales. Ahora ese derecho no se restringe a la posibilidad de tener un abogado que hable en nuestro nombre, en términos más o menos contradictorios con el fiscal, como si estuviéramos ausentes o como si fuéramos en el proceso un objeto inerte al que sólo se pide confesar o permanecer en silencio. Uno de los derechos de los gobernados es tener abogados que no sean, como en los países del Este [en referencia a países comunistas], alguien que nos defiende, pero que deja claro que nos condenaría si su buena fortuna y nuestro infortunio los hiciera nuestros jueces. Es el derecho a tener un abogado que hable por nosotros, con nosotros, que nos permita ser oídos y preservar nuestras vidas, nuestras identidades y la fuerza de nuestra negativa (...) Éste es el derecho que quieren negar al grupo Baader en Alemania al perseguir a sus abogados<sup>15</sup>.

Más adelante en el mismo texto, agrega Foucault: «Este es un derecho que no es una abstracción jurídica ni un ideal de ensueño, es un derecho que ha partido de nuestra realidad histórica y no debe ser borrado de ella...»<sup>16</sup>. El filósofo no hace sino reforzar la idea del derecho por fuera del constructivismo abstracto e ideal, sino emando de la determinación histórica. En este sentido, un año después el filósofo no deja de alertar, en una conversación con Duccio Trombadori, del peligro en persistir en una analítica basada en el modelo de guerra de procedencia nietzscheana:

Le diré, además, que este “modelo de guerra” me parece no sólo un poco ridículo, sino también peligroso, porque a fuerza de decir o de pensar “Estoy combatiendo al enemigo”, el día en que aquel que piensa así se encuentre en una posición de fuerza y en una situación de

14 FOUCAULT, Michel. «Le terrorisme ici et là». En FOUCAULT, M. *Dits et écrits 1954 - 1988 IV. 1980-1988*, 319.

15 FOUCAULT, Michel. «Va-t-on extraditer Klaus Croissant?». En *Dits et écrits 1954 - 1988 III. 1976-1979*. Gallimard, París, 1994, 365

16 FOUCAULT, Michel. «Va-t-on extraditer Klaus Croissant?», 365

guerra real ante este dichoso “enemigo”, ¿acaso no lo tratará en verdad como tal? Recorrer este camino lleva directamente a la opresión, quienquiera que lo recorra: he aquí un peligro real. Entiendo que para algún intelectual puede resultar placentero intentar que un partido o una sociedad lo tomen en serio, remedando la “guerra” contra un adversario ideológico, pero esto es preocupante, en especial por lo que podría provocar. ¿No sería mucho mejor pensar que aquellos con los que estamos en desacuerdo pueden estar equivocados, o tal vez –lo cual sería sorprendente– que no hemos comprendido bien lo que querían decir?<sup>17</sup>

Ya en el año 1976, en el curso *Il faut défendre la société*, nuestro filósofo era explícito en la necesidad de pensar la problemática del poder desde una esquema que no siga ni la hipótesis Reich (represión) ni la hipótesis Nietzsche (guerra). Este esquema, señala Foucault, será dejado de lado para evitar la centralidad de ambos conceptos: «...creo que las nociones de *represión* y *guerra* deben modificarse notablemente o, en última instancia, abandonarse»<sup>18</sup>. En una entrevista en 1982 amplía esta reconceptualización en términos de gobierno: «Básicamente, el poder es menos una confrontación entre dos adversarios, o el vínculo de uno respecto del otro, que una cuestión de gobierno»<sup>19</sup>. El modelo de la gubernamentalidad será el empleado por la analítica foucaultiana desde 1976-1977 en adelante.

Sin embargo, pareciera que al mismo tiempo que deja de lado el modelo de guerra por su ineficacia y peligro, y adopta el esquema de gobierno/verdad para pensar las relaciones de poder, Foucault no termina de adscribir integralmente a un sistema de derecho en el sentido liberal tradicional. Es decir, el derecho tácticamente necesario por parte de los gobernados no conduce al desarrollo de un aparato jurídico por parte del filósofo; a nuestro juicio, la afectividad libertaria frente al abuso gubernamental es el elemento sobre el que se funda la noción de derecho de los gobernados.

## 2. Derecho penal y disidencia moral

Desde el año 1973 observamos en las posiciones de Foucault una continuidad reflexiva bajo diferentes marcos analíticos respecto de la relación de la moralidad con la punición. Las intervenciones de Foucault sobre el aborto, la homosexualidad, las drogas, la violación o el consentimiento tienen un patrón de evaluación común: la desmoralización del derecho, es decir, la no penalización de ninguna práctica sexual o “práctica minoritaria” por su motivación psicológica, al mismo

17 TROMBADORI, Duccio. *Conversaciones con Foucault. Pensamientos, obras, omisiones del último maître-à-penser*. Trad. Carlo R. Molinari Marotto. Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2010, 158.

18 FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad*. Curso en el Collège de France (1975-1976). Trad. Horacio Pons. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2001, 30.

19 FOUCAULT, Michel. «El sujeto y el poder». En DREYFUS, H. y RABINOW, P. Michel Foucault. Más allá del estructuralismo y la hermenéutica. Trad. Rogelio C. Paredes. Nueva Visión, Buenos Aires, 2001, 253.

tiempo que la punición de actos (no motivaciones psicológicas) que coaccionen a un tercero. En este sentido, es que evaluaremos la convergencia de estas posiciones de Foucault con la vertiente libertaria (*libertarian*) del neoliberalismo que el filósofo estudia en *Naissance de la biopolitique*, en particular con las posiciones de Gary S. Becker.

En primer lugar, es importante rastrear el vínculo entre castigo y moralidad en determinados textos foucaultianos. Nuestra interrogación reposa en que hay una clara diferenciación entre la moralización del castigo entre fines del siglo XVIII y el siglo XIX (durante el liberalismo clásico *laissez-faire*) respecto del siglo XX (en el desarrollo del neoliberalismo de la Escuela de Chicago), en el cual se adopta una aproximación que desacopla la moral de la pena. En el curso del Collège de France *La société punitive* del ciclo lectivo 1972-1973 Foucault analiza el Código penal redactado en 1810 demarcando que la constitución de la ley penal será fundada más en la voluntad de la sociedad que en la ley natural, en este sentido señala el filósofo: «...lo más peligroso no es el ilegalismo, directamente alcanzado por las leyes, sino la inmoralidad, que incumbe al cuerpo, la necesidad, el deseo, el hábito, la voluntad, será preciso tratar de integrar a la penalidad todo un conjunto de condicionamientos morales»<sup>20</sup>. En *La vérité et les formes juridiques* (1974) amplía las características de este lazo entre moralidad y penalidad:

En esta estatalización progresiva, en este desplazamiento de las instancias de control que pasan de manos de los grupos de la pequeña burguesía que intentaban evadirse del poder a las manos del grupo social que detentaba realmente el poder, en toda esta evolución podemos observar cómo se introduce y se difunde, en un sistema penal estatalizado –que por definición ignoraba la moral y pretendía cortar los vínculos con la moralidad y la religión– una moralidad de origen religioso. La ideología religiosa, surgida y fomentada en los pequeños grupos cuáqueros y metodistas en la Inglaterra del siglo XVII, desputa ahora en el otro polo, en el otro extremo de la escala social, del lado del poder, en tanto que instrumento de un control ejercido de arriba abajo. De la autodefensa del siglo XVII se pasa al instrumento de poder a comienzos del siglo XIX<sup>21</sup>.

Finalmente, en *Surveiller et punir* (1975) Foucault sintetiza esta punición de las inmoralidades a través de la inserción de elementos extrajurídicos (medicina, psiquiatría) para determinar la “normalidad” o patologización de las conductas inmorales, el grado de responsabilidad de los individuos y el disciplinamiento mediante la ortopedia social que “endereza” las almas:

Resumamos: desde que funciona el nuevo sistema penal –el definido por los grandes códigos de los siglos XVIII y XIX–, un proceso global

20 FOUCAULT, Michel. *La sociedad punitiva*. Curso en el Collège de France (1972-1973). Trad. Horacio Pons. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2016, 209.

21 FOUCAULT, Michel. «La verdad y las formas jurídicas». Trad. Fernando Álvarez Uría y Julia Varela. En FOUCAULT, M. *Obras esenciales*, Paidós, Barcelona, 2010, 542.

ha conducido a los jueces a juzgar otra cosa que los delitos; han sido conducidos en sus sentencias a hacer otra cosa que juzgar; y el poder de juzgar ha sido transferido, por una parte, a otras instancias que los jueces de infracción. La operación penal entera se ha cargado de elementos y de personajes extrajurídicos. Se dirá que no hay en ella nada de extraordinario, que es propio del destino del derecho absorber poco a poco elementos que le son ajenos. Pero hay algo de singular en la justicia penal moderna: que si se carga tanto de elementos extrajurídicos, no es para poderlos calificar jurídicamente e integrarlos poco a poco al estricto poder de castigar; es, por el contrario, para poder hacerlos funcionar en el interior de la operación penal como elementos no jurídicos; es para evitar que esta operación sea pura y simplemente un castigo legal<sup>22</sup>.

Subsiguientemente, esta progresiva búsqueda moralizante por parte del derecho penal en los siglos XVIII y XIX tendrá una finalidad no solo punitiva sino un afán “correctivo” de los modos de vida, en gran medida determinado por la formación de cuerpos dóciles, productivos (en el sentido capitalista) y que eviten los comportamientos “peligrosos” (libertinos, ociosos, hedonistas). Sin embargo, en *La société punitive* Foucault plantea la reacción en el siglo XX a esta operación penal en la figura de la “disidencia moral” de los individuos y grupos hacia la normativa estatal. En particular, el filósofo analiza los casos del derecho al aborto, a la homosexualidad y a las drogas<sup>23</sup> en la clase del 7 de febrero de 1973:

Hay una especie de simetría histórica entre esta disidencia del siglo XVIII y el movimiento actual de la “disidencia moral” en Europa y Estados Unidos. Así, los [movimientos] que luchan por el derecho al aborto, a la conformación de grupos sexuales no familiares, al ocio —es decir, todos los que luchan por la desculpabilización de las infracciones penales y contra el funcionamiento actual del sistema penal— hacen en cierto sentido un trabajo simétrico e inverso al que hacían en el siglo XVIII los agentes de la disidencia religiosa que se asignaban la tarea de vincular moral, producción capitalista y aparato del Estado. La función de los grupos actuales es deshacer ese vínculo. Se distinguen en tal sentido de los “no conformistas”, de aquellos que, en nombre de la transgresión, ignoran la ley o quieren considerarla irreal (...) Practicar la transgresión es hacer por un instante, en un lugar y para una persona, que la ley sea irreal o impotente, pasar a la disidencia es combatir esa conexión, esa coerción<sup>24</sup>.

Es imperioso marcar la diferencia que Foucault realiza entre transgresión y disidencia, si en el primer caso el derecho no es un problema ya que se actúa de modo *naïve* ignorando su presencia (como si este no existiera), en el caso de la

22 FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, 29.

23 Foucault no menciona “homosexualidad” y “drogas” pero estos términos sí figuran en los manuscritos del Curso. Véase FOUCAULT, Michel. *La sociedad punitiva. Curso en el Collège de France (1972-1973)*, 140, nota “a”.

24 FOUCAULT, Michel. *La sociedad punitiva. Curso en el Collège de France (1972-1973)*, 140.

disidencia se trata de lo opuesto en tanto busca desvincular la moralización con la producción y la estatalización, vale decir, no se actúa en la ausencia ilusoria de una normativa sino en procura de una normativa no moralizadora para lo cual hay que desconectar la coerción moral del derecho y por ende del Estado. Vale decir, la postura disidente no busca la “anomia” sino en todo caso una normativa no normalizadora, en este sentido es que se podría leer como un uso “contra-conductual” del derecho. La mención del aborto se enmarcará en una lucha específica que Foucault mantuvo en 1973 junto a un grupo de intelectuales que conformaron el *Groupe d'Information sur la santé* y que firmaron un texto en octubre-noviembre del año señalado publicado en *Le Nouvel Observateur* con la petición de despenalización que expresaba una apelación a que sea un problema decidido no sólo por médicos (que refuerce el poder medical) sino por toda la ciudadanía, y en particular por las mujeres<sup>25</sup>.

Por otra parte, en 1977, coincidente con su pronunciamiento sobre el concepto de derecho de los gobernados, en el marco de un debate que reproduce la revista *Change* junto con David Cooper, Marie-Odile Faye, Jean-Pierre Faye y Marine Zecca, Foucault aborda el problema de la relación entre la sexualidad y el derecho. En este intercambio refiere al consejo que le fue requerido para la Comisión de Reforma del Derecho Penal en Francia sobre la necesidad de legislar en materia sexual. La posición de Foucault será la siguiente:

En todo lo que concierne a la legislación sobre filmes, libros, etc..., no hay problema. Creo que se puede afirmar en principio que la sexualidad no pide ningún tipo de legislación, sea cual sea. Bien. Pero hay dos dominios que son problemáticos para mí. El de la violación. Y el de los niños (...) Siempre puede uno sostener el discurso teórico que consiste en decir: en cualquier caso la sexualidad no puede ser nunca objeto de castigo. Y cuando se castiga la violación, debe castigarse exclusivamente la violencia física. Y decir que no es sino agresión y nada más: que se plante el puño en el rostro de alguien, o su pene en el sexo, es absolutamente igual... Pero, en primer lugar, no estoy seguro de que las mujeres estén de acuerdo<sup>26</sup>.

Más adelante, Foucault continúa su argumento:

Y esto me lleva a la segunda cuestión que quería plantear. La violación, a pesar de todo, puede delimitarse bastante fácilmente no sólo como no-consentimiento, sino como rechazo físico al acceso. Al contrario, el problema se plantea tanto para los niños como las niñas –ya que la violación cuando se trata de niños es algo que no tiene existencia legal– cuando se trata de seducción, el problema del niño seducido. O que trata de seducir. ¿Es posible pedirle a un legislador que diga: con un

25 FOUCAULT, Michel. «Convoqués à la P.J». En FOUCAULT, M. *Dits et écrits 1954 - 1988 II. 1970-1975*. Gallimard, París, 1994, 445-447.

26 FOUCAULT, Michel. «Encierro, psiquiatría, prisión». Trad. Miguel Morey. En FOUCAULT, M. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Alianza, Buenos Aires, 2008, 126-127.

niño que consiente, con un niño que no rechaza, se pueden tener no importa que forma de relaciones, esto no atañe para nada a la ley? (...) Me atrevería a decir: desde el momento en que el niño no rechaza, no hay ninguna razón para castigar nada<sup>27</sup>.

De acuerdo con Foucault la representación de la sexualidad en filmes o libros no necesita legislación alguna (habilitando la libre circulación de material pornográfico), mientras que señala dos dominios problemáticos: la violación y la pedofilia. En el primer caso, el filósofo plantea un dilema, si bien considera que en cualquier caso la sexualidad no puede ser nunca objeto de castigo, en el caso de la violación la pregunta recaería en qué debería castigar el derecho penal, ¿la agresión en sí misma o la agresión sexual? ¿Es lo mismo que se agrede o coacciona con un puño que con un pene? En cualquiera de los casos, la interpelación de Foucault reposa en si el castigo debe sustentarse en la violencia física (sea o no sexual) o bien específicamente en la intervención de la sexualidad en la agresión. ¿Hay que dar especificidad jurídica al atentado físico que tiene por objeto el sexo? Definir “agresión sexual” para Foucault implicaría otorgarle al sexo un lugar diferenciado respecto de otras agresiones. Por lo tanto, habría allí una situación compleja según nuestro filósofo: si la sexualidad no debería ser objeto de castigo alguno, ¿cómo analizar la violación, en la cual la forma de agredir es a través de la sexualidad?

Por otra parte, respecto de las relaciones sexuales con menores (Foucault no menciona el término “pedofilia”) el foco está colocado en la problemática del consentimiento sexual. Aquí el filósofo plantea que si el niño (Foucault no precisa edades ni situaciones en las cuales pueda tener aplicación esto) consiente el vínculo y/o seduce al adulto no habría razón para castigar nada. En posteriores intervenciones Foucault amplía estas afirmaciones, así es que en un debate en Berkeley en 1980 el filósofo insiste en separar lo jurídico de lo disciplinario y reitera que la diferenciación sexual, así como la actividad y la preferencia sexual no pueden ser asunto de legislación:

El sexo es algo que no tiene nada que ver con la ley, y viceversa. El hecho de que la diferenciación sexual, la preferencia sexual, la actividad sexual pueda ser un asunto de legislación es algo que no se puede admitir. En todo caso, yo quería saber si es posible poner ese principio como fundamento de un nuevo código penal (...) Pero apenas dije eso fui consciente, por supuesto, de que había un problema, que era el problema de la violación. Es imposible decir que la violación no es una agresión sexual, y no creo en todo caso que sea posible decir que puede ser condenada como agresión sin tener en cuenta el hecho de que se trata de una agresión sexual. Creo que no puede hacerse abstracción de la sexualidad en la definición jurídica de la violación; y entonces, al menos en el caso de la violación, debe introducirse la noción de sexualidad, por lo cual en un sistema legal debe tomarse en cuenta el sexo. Lo que quería decir es que había un problema: creo que la ley no tiene nada que

27 FOUCAULT, Michel. «Encierro, psiquiatría, prisión», 131.

ver con el sexo, pero otro lado creo que debe condenarse la violación y que no puede separarse la sexualidad de la violación. Es un problema: ¿cómo resolverlo? (...) Tal vez haya una motivación sexual en lo que puede ser un asesinato, un robo o no sé qué. Pero si tenemos un código penal que condena este tipo de acto porque es un asesinato o porque es un robo, importa poco que la motivación sea de índole sexual o no. Y he señalado que, al menos en la práctica judicial francesa, el hecho de que abogados, jueces o fiscal encuentren una motivación sexual siempre tiene consecuencias completamente incontrolables. A veces se condena a una persona con mucha severidad porque los jueces consideran que tenía una motivación sexual, o entre otros casos, bueno, [se dirá que] es solo un problema de sexo o carece de importancia, etc. Me parece que aquí vemos uno de los efectos perversos de la introducción del problema de la sexualidad en las instituciones penales. Y contra esa perspectiva, creo que hay que decir que el sexo no tiene nada que ver con la ley y la ley no tiene nada que ver con el sexo. Pero sostengo que la violación es una agresión sexual y que no es posible evitar ese hecho, y que debemos introducir el problema de la sexualidad al menos para la violación<sup>28</sup>.

Foucault vuelve a formular el dilema: según su criterio la ley no tiene nada que ver con el sexo, sin embargo considera que debe condenarse la violación (y ésta a su vez no puede desligarse de la sexualidad); en otros términos, la violación es una agresión sexual que contradice el principio de no legislación sobre el sexo que Foucault sostiene. En todo caso, el problema será condenar a alguien por una “motivación sexual”, algo que según el análisis foucaultiano se torna peligroso ya que no es fácil de determinar e introduciría un “efecto perverso en las instituciones”. Un año más tarde durante una entrevista en Lovaina, Foucault reitera la interpelación de si la sexualidad debe estar en la órbita de las leyes, y en este marco emplea la expresión “deslegalizar la sexualidad”, sin embargo en 1982 para intentar resolver la cuestión diferenciará entre “elección sexual” y “acto sexual”:

Nunca formé parte de ninguna comisión de reforma del derecho penal, pero esa comisión sí existía, y algunos de sus miembros pidieron que se me escuchara como consultor en los problemas de derecho sexual. Me sorprendió comprobar lo interesantes que eran las discusiones. Durante su transcurso intenté plantear un problema. Por un lado, ¿puede realmente la sexualidad estar en la órbita de las leyes? En realidad, ¿no hay que deslegalizar todo lo que incumbe a la sexualidad? Pero en ese caso, si nada que sea del orden de la sexualidad debe aparecer en las leyes, ¿qué se hace con la violación? Esa es la cuestión que plantee<sup>29</sup>.

Es necesario, en primer lugar, considerar la cuestión de la libertad

---

28 FOUCAULT, Michel. «Debate sobre verdad y subjetividad». En FOUCAULT, M. *El origen de la hermenéutica de sí. Conferencias en Dartmouth, 1980*. Trad. Horacio Pons. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2016, 118-119.

29 FOUCAULT, Michel. «Entrevista de Michel Foucault con Jean François y John de Wit». En FOUCAULT, M. *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia*. Trad. Horacio Pons. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014, 272-273.

de elección sexual. Digo libertad de elección sexual y no libertad de acto sexual porque algunos actos, como la violación, no deberían estar permitidos ya sea pongan en peligro a un hombre y una mujer o a dos hombres. No creo que deberíamos hacer de la libertad absoluta, de la libertad total de acción en el dominio sexual nuestro objetivo. Por el contrario, ahí dónde está la cuestión de la libertad de elección sexual, nuestra intransigencia debe ser total. La libertad de elección sexual implica la libertad de expresión de esa elección. Por ella, entiendo la libertad de manifestarla o de no manifestarla. Es verdad que en aquello que concierne a la legislación han sido alcanzados progresos considerables en este dominio y que el movimiento [homosexual] se dirigió hacia gran tolerancia, pero todavía hay mucho por hacer (...) En segundo lugar, un movimiento homosexual se podría dar como objetivo hacer la pregunta del lugar ocupado para el individuo en una sociedad dada, de la elección sexual, el comportamiento sexual y los efectos de las relaciones sexuales entre las personas. Estas cuestiones son fundamentalmente oscuras. Veán, por ejemplo, la confusión y el equívoco que rodean la pornografía o la falta de claridad que caracteriza la cuestión del estatus legal susceptible de definir la relación entre dos personas del mismo sexo. No quiero decir que la legislación del matrimonio homosexual debe constituir un objetivo; pero tenemos ahí una serie de cuestiones concernientes a la inserción y el reconocimiento al interior del marco legal y social de cierto número de relaciones entre los individuos que deben encontrar una respuesta<sup>30</sup>.

Por consiguiente, si la elección sexual va de suyo con la libertad de expresión de esa elección sin límites, el acto sexual por su parte puede restringirse legalmente en el caso de que coaccione a terceros, en este sentido es que la violación puede encontrar su marco legal. Según Foucault la legislación en referencia a la libertad de elección sexual y de difusión de la diversidad progresó en aquel momento en países como Holanda, Dinamarca, Estados Unidos e incluso en Francia, al ser los primeros en legalizar la pornografía o en comenzar a debatir el matrimonio gay. Sin embargo, la posición dilemática de Foucault sobre la violación y su problematización recibe críticas feministas que acusan al filósofo de contradictorio comparando su intervención en el diálogo de 1977 con su desarrollo teórico en *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir* un año antes<sup>31</sup>.

A nuestro juicio, el acercamiento de Foucault hacia el derecho penal intenta “despsicologizar” tanto al crimen como al criminal, no se trata tanto de no castigar sino de castigar, en el caso de que la ley lo disponga, independientemente de toda motivación psicológica, vale decir, de despatologizar al delincuente, desubstancializarlo; en este sentido, todos somos en potencia delincuentes, no hay

30 FOUCAULT, Michel. «Choix sexuel, acte sexuel». En FOUCAULT, M. *Dits et écrits 1954-1988 IV. 1980-1988*, 322.

31 PLAZA, Monique. «Nos dommages et leurs intérêts». En *Nouvelles Questions Féministes*, N° 3, mayo 1978, 100. Consideramos que la crítica de Plaza a Foucault no es atinada. En primer lugar, Foucault deja claro que la violación es una agresión y en este sentido debe recibir algún tipo de castigo, y es una agresión, como lo expresa, de tipo sexual.

una psicología particular que lo delimite. Se tratará para Foucault de pensar un derecho penal que más disciplinar conductas, patologizando sus motivaciones o deseos, castigue actos de individuos más allá de todo psicologismo. Ya en *Surveiller et punir* (1975) el filósofo marcaba que: «El poder disciplinario, en efecto, es un poder que, en lugar de sacar y de retirar, tiene como función principal la de “enderazar conductas”; o sin duda, de hacer esto para retirar mejor y sacar más»<sup>32</sup>. Este “enderazamiento conductual” no es sino la forma más acabada de moralización del castigo.

Podemos afirmar que la aproximación de Foucault hacia al derecho penal es formalista en tanto solo se ciñe al análisis de los actos y no de las motivaciones. A nuestro criterio es esta lectura la que hace converger a Foucault con los análisis de autores neoliberales como Gary S. Becker en su mirada anti-disciplinaria, anti-psicologista y anti-humanista del crimen y del mercado de la droga, tal como lo plantea en *Naissance de la biopolitique*, curso del Collège de France de 1978-1979:

En segundo lugar, como ven (pero también volveré a esto), lo que aparece en el horizonte de un análisis como éste no es de ningún modo el ideal o el proyecto de una sociedad exhaustivamente disciplinaria en la que la red legal que aprisiona a los individuos sea relevada y prolongada desde adentro por mecanismos, digamos, normativos. No es tampoco una sociedad en la que se exija el mecanismo de la normalización general y la exclusión de lo no normalizable. En el horizonte de ese análisis tenemos, por el contrario, la imagen, la idea o el tema-programa de una sociedad en la que haya una optimización de los sistemas de diferencia, en la que se deje el campo libre a los procesos oscilatorios, en la que se conceda tolerancia a los individuos y las prácticas minoritarias, en la que haya una acción no sobre los participantes del juego, sino sobre las reglas del juego, y, para terminar en la que haya una intervención que no sea del tipo de la sujeción interna de los individuos, sino de tipo ambiental<sup>33</sup>.

Coincidimos con Serge Audier en este sentido:

Entonces, en su curso en el Collège de France, [Foucault] subrayaba que uno de los aportes centrales de la teoría neoliberal del crimen, retomando el «filtro utilitario» del siglo XVIII, era que evitaba lo más posible, precisamente, ese deslizamiento peligroso hacia el *homo criminalis*. Dicho de otra manera, la «extirpación antropológica» del criminal de la escuela de Becker conducía a rechazar las categorías, las hemos visto, de «perversos y no perversos». ¿Desexualizar radicalmente el crimen –salvo el caso complejo de la violación– no es decididamente eso que la teoría neoliberal de Becker y de sus discípulos ayudaba también a pensar? ¿Y no sería «interesante» [para Foucault] por esta razón?<sup>34</sup>

32 FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión, 175.

33 FOUCAULT, Michel. *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*. Trad. Horacio Pons. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, 302-303.

34 AUDIER, Serge. *Penser le néolibéralisme. Le moment néolibéral, Foucault et la crise du socialisme*. Le Bord de

Foucault lo expresa con claridad:

Se pasará entonces al plano del sujeto individual considerándolo como *homo oeconomicus*, con esta consecuencia: si el crimen se define como la acción cometida por un individuo al correr el riesgo de ser castigado por la ley, verán que no hay entonces ninguna diferencia entre una infracción al código de circulación y un asesinato premeditado. Esto quiere decir asimismo que el criminal, según esta perspectiva, no está marcado ni es interrogado en absoluto sobre la base de rasgos morales o antropológicos. El criminal es cualquier hijo de vecino (...) El propio sistema penal, por lo tanto, no tendrá que enfrentarse con criminales, sino con gente que produce este tipo de acciones. En otras palabras, tendrá que reaccionar ante una oferta de crimen<sup>35</sup>.

En línea con el análisis de Foucault, Gary S. Becker sostiene que: «Algunas personas devienen “criminales” no porque sus motivaciones básicas difieran de otras personas, sino porque sus beneficios y costos difieren»<sup>36</sup>. Por lo tanto, en la analítica del derecho penal foucaultiana hay una clara convergencia con la aproximación beckeriana, en el caso de este último, convierte al criminal en un *homo oeconomicus* que evalúa costos y beneficios de determinada acción. Será a nuestro juicio el anti-psicologismo y el formalismo metodológico la mayor coincidencia de Foucault con el neoliberalismo que a la postre funciona como el sustrato de lo que el filósofo llamaba en 1973 “disidencia moral” y en 1979 “prácticas minoritarias”, vale decir, estrategias para desatar el nudo que vincula la moralidad a la punición. Por ello, coincidimos con Lagasnerie:

Y precisamente por eso el proceder neoliberal, y en especial su manera de analizar el crimen, intrigaron tanto a Foucault. Ese modo de análisis, marcado por un antipsicologismo fundamental, le pareció capaz, en efecto, de dar paso a una deconstrucción del discurso psiquiátrico y del paradigma disciplinario.

De hecho, el antipsicologismo constituye el aspecto metodológico básico de la economía neoclásica: es su fundamento negativo (...) El hecho de llevar a cabo actividades criminales o, a la inversa, actividades legales no es la expresión de tendencias inscriptas en un psiquismo. Esa elección depende sencillamente de las incitaciones objetivas que reciben los individuos, de los beneficiados (o los costos) que son capaces de extraer al realizar tal acto y no tal otro: el crimen es un acto racional<sup>37</sup>.

---

Leau, París, 2015, 365-366.

35 FOUCAULT, Michel. *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*, 293.

36 BECKER, Gary. «Crime and Punishment: An Economic Approach». En BECKER, G. y LANDES, W (ed.) *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. The University of Chicago, Chicago, 1974, 9

37 DE LAGASNERIE, Geoffroy. *La última lección de Michel Foucault. Sobre el neoliberalismo, la teoría y la política*. Trad. Horacio Pons. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2015, 108-109.

En esta dirección, como señalan Dean y Zamora: «Para un pensador que se interesa por la “sociedad de normalización”, el descubrimiento de una forma de regulación que no normaliza es un hallazgo colosal...»<sup>38</sup>. Sin embargo, acordamos con Bernard Harcourt al señalar que tanto Foucault como Becker si bien comparten la misma aproximación formalista hacia el derecho penal lo hacen desde diferentes lugares: en Becker reposará sobre la primacía del individuo mientras que en Foucault en la soberanía (el individuo es un efecto de la gestión ambiental)<sup>39</sup>. Lo que Harcourt señala como peligroso del análisis de Becker (la formalidad de la teoría del crimen y la extensión de su lógica a toda acción humana) será lo que precisamente le interesa a Foucault: «...creo que Foucault se perdió de una crítica importante por acordar en tu decisión [se lo dice a Gary Becker] de incluir formalmente la definición de crímenes. Creo que ese paso formalista revela un sesgo libertario que debería hacer sospechar sobre la madurez positivista del propio modelo...»<sup>40</sup>.

Consideramos que este enfoque sobre la penalidad en Foucault está en relación con la defensa del “derecho de los gobernados” por dos razones: en primer lugar, el pensar la economía del castigo en términos del *homo oeconomicus* no necesariamente lleva a reducir toda acción humana a una lógica economicista, el propio Foucault lo expresa de modo nítido al decir que: «...el abordaje del sujeto como *homo oeconomicus* no implica una asimilación antropológica de cualquier comportamiento a un comportamiento económico»<sup>41</sup>. Vale decir, más que producción de una “subjetividad neoliberal”, se trata de una grilla de inteligibilidad en la cual el *homo oeconomicus* es una interfaz entre gobierno e individuo que define más una formalidad metodológica que económica; en segundo lugar, el individuo gobernado “ambientalmente” no encuentra contradicción con el postulado de la libertad preservada frente al abuso gubernamental en el marco del derecho de los gobernados; la gestión ambiental precisamente es una intervención sobre la regla del juego y no sobre los participantes del mismo, que exista una regulación en la base de acción de los individuos no implica que haya exceso en la intervención de esa regla sobre las acciones individuales; al contrario, la intervención directa sobre las conductas con la finalidad de ser “enderezadas” es, como vimos, algo propio del poder disciplinario, ausente de la racionalidad de gobierno neoliberal del siglo XX y que requiere ser claramente diferenciada del arte liberal de gobernar, del *laissez-faire* de los siglos XVIII y XIX, cuya producción de libertad sí tiene como coste la expansión de procedimientos de coacción tal como lo señala el propio Foucault al decir que: «..liberalismo en el sentido que acabo de decir y técnicas disciplinarias;

38 DEAN, Mitchell y ZAMORA, Daniel. *Le dernier homme et la fin de la révolution. Foucault après Mai* 68. Lux Éditeur, Montréal, 2019, 128.

39 BECKER, Gary, EWALD, François y HARCOURT Bernard. «Becker and Foucault on Crime and Punishment. A Conversation with Gary Becker, François Ewald and Bernard Harcourt». En *The Carceral Notebooks*, Vol. 9, University of Chicago, 2013, 26.

40 BECKER, Gary, EWALD, François y HARCOURT Bernard. «Becker and Foucault on Crime and Punishment. A Conversation with Gary Becker, François Ewald and Bernard Harcourt», 31.

41 FOUCAULT, Michel. *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*, 292.

también aquí las dos cosas están perfectamente ligadas»<sup>42</sup>.

Por lo tanto, en este anti-psicologismo producto del borramiento antropológico de la figura del criminal que será común en Foucault y en Becker, carece de importancia en ambos la patologización, la división entre “perversos” y “no perversos” sino el acto en sí mismo. Por ello, la reflexión foucaultiana centra el problema en el acto sexual en el caso de la violación y no en la motivación de dicho acto. Al remarcar Foucault la necesidad de dessexualizar el crimen o desmoralizar el derecho, podemos observar cómo esto ya estaba presente en 1973 cuando el filósofo da cuenta de los grupos de disidencia sexual de la década del setenta en relación con el aborto, la homosexualidad o las drogas, en su lucha por deshacer el vínculo entre moralidad, aparato del Estado y producción capitalista. A partir de 1976-1977 Foucault retoma la cuestión en el marco del giro analítico de gobierno-verdad y de su construcción del derecho de los gobernados como herramienta limitante frente a los abusos gubernamentales a la vez que apropiándose de la norma de modo contra-conductual, vale decir, delimitándola como la apertura hacia prácticas de libertad disidentes de la moral mayoritaria que convergen con la visión formalista del neoliberalismo libertario analizado en 1979.

### 3. Consideraciones finales

Podemos concluir que hay en la reflexión foucaultiana en relación a la cuestión normativa una tensión entre derecho y sublevación que hacia 1977-1978 queda en evidencia; sin embargo, como mostramos, para el filósofo se torna necesaria la incorporación del concepto de “derecho de los gobernados” como límite frente a la injerencia abusiva del gobierno. Al mismo tiempo, desaparece gradualmente la calificación peyorativa del derecho como herramienta que oculta una dominación, atributo que había sido resaltado en las investigaciones foucaultianas previas a 1977. Esta reformulación del proyecto foucaultiano hacia 1976-1977 que se transfigura del eje saber-poder hacia el binomio analítico de verdad-gobierno también reposiciona la cuestión del derecho de modo significativo al dejar de lado la connotación negativa y opresiva para adoptar una valoración afirmativa, teniendo en cuenta las salvedades respecto de la concepción iusnaturalista de derecho de la cual Foucault se separa de modo explícito.

Finalmente, podemos decir que Michel Foucault recurre en los pronunciamientos públicos que repasamos del lapso 1977-1984 a la noción de “derecho de los gobernados” ya que esta apela a una situación concreta de determinados individuos o grupos bajo una gubernamentalidad particular. No hay en Foucault lugar para el humanismo universalista y abstracto (su repudio es

---

42 FOUCAULT, Michel. Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979), 88.

explícito). El “derecho humano foucaultiano”, si se nos permite esta expresión, se emplaza sobre un “humano” en modificación y transformación histórica producto del cruce de técnicas de gobierno de los otros y de técnicas de gobierno de sí; vale decir, somos gobernados y nos auto-gobernamos, somos determinados y libres a la vez, somos efecto de un régimen de gobierno-verdad pero tenemos margen para la creación de nuevos modos de vida resistentes, innovadores o alternativos desde el interior del mismo.

El derecho de los gobernados foucaultiano, por lo tanto, construye un concepto de “humano” sin contenido predeterminado el cual, paradójicamente, le otorga una inserción en una ciudadanía internacional y cosmopolita al ser solidario con el resto de los humanos que son gobernados (cada uno bajo racionalidades de gobierno disímiles). Este derecho de los gobernados anti-humanista e internacionalista que definimos a partir de las intervenciones del Foucault maduro se funda ontológicamente en una afectividad libertaria que comparte con su crítica a la normalización disciplinaria propia del punitivismo al mismo tiempo que sostiene la necesidad de la afirmación de una “disidencia moral” y del respeto a las prácticas minoritarias. En este sentido, como mostramos, es evidente la convergencia del anti-punitivismo moral de Foucault con el formalismo metodológico neoliberal, en particular, el desarrollado por Gary S. Becker. La premisa libertaria atraviesa las luchas específicas tanto frente a los abusos gubernamentales como en procura de la ampliación de libertades individuales al desmoralizar el vínculo entre Estado e individuos.

#### 4. Bibliografía:

- AUDIER, Serge. *Penser le néolibéralisme. Le moment néolibéral, Foucault et la crise du socialisme*. Le Bord de L'eau, París, 2015.
- BECKER, Gary. «Crime and Punishment: An Economic Approach». En BECKER, G. y LANDES, W (ed.) *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. The University of Chicago, Chicago, 1974, 1-54.
- BECKER, Gary, EWALD, François y HARCOURT, Bernard. «Becker and Foucault on Crime and Punishment. A Conversation with Gary Becker, François Ewald and Bernard Harcourt». En *The Carceral Notebooks*, Vol. 9, University of Chicago, 2013, 1-45.
- DEAN, Mitchell y ZAMORA, Daniel. *Le dernier homme et la fin de la révolution. Foucault après Mai 68*. Lux Éditeur, Montréal, 2019.
- DE LAGASNERIE, Geoffroy. *La última lección de Michel Foucault. Sobre el neoliberalismo, la teoría y la política*. Trad. Horacio Pons. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2015.
- DÍAZ MARSÁ, Marco. *Modificaciones. Ontología crítica y antropología política en el pensamiento de Foucault*. Escolar y Mayo Editores, Madrid, 2014.
- DÍAZ MARSÁ, Marco. *Ley y ser. Derecho y ontología crítica en Foucault (1978-1984)*. Escolar y Mayo Editores, Madrid, 2016.
- FOUCAULT, Michel. «Convoqués à la P.J.». En FOUCAULT, M. *Dits et écrits 1954 - 1988 II. 1970-1975*. Gallimard, París, 1994, 445-447.
- FOUCAULT, Michel. «Michel Foucault: Désormais, la sécurité est au-dessus des lois». En FOUCAULT, M. *Dits et écrits 1954 - 1988 III. 1976-1979*. Gallimard, París, 1994, 366-368.
- FOUCAULT, Michel. «Va-t-on extradier Klaus Croissant?». En FOUCAULT, M. *Dits et écrits 1954 - 1988 III. 1976-1979*. Gallimard, París, 1994, 361-365.
- FOUCAULT, Michel. «Michel Foucault: Désormais, la sécurité est au-dessus des lois». En FOUCAULT, M. *Dits et écrits 1954 - 1988 III. 1976-1979*. Gallimard, París, 1994, 366-368.
- FOUCAULT, Michel. «Le terrorisme ici et là». En FOUCAULT, M. *Dits et écrits 1954 - 1988 IV. 1980-1988*. Gallimard, París, 1994, 318-319.
- FOUCAULT, Michel. «Michel Foucault: < L'expérience morale et sociale des Polonais ne peut plus être effacée >». En FOUCAULT, M. *Dits et écrits 1954 - 1988 IV. 1980-1988*. Gallimard, París, 1994, 343-350.

- FOUCAULT, Michel. «Choix sexuel, acte sexuel». En FOUCAULT, M. *Dits et écrits 1954-1988 IV. 1980-1988*. Gallimard, París, 1994, 320-335.
- FOUCAULT, Michel. «Face aux gouvernements, les droits de l'homme». En FOUCAULT, M. *Dits et écrits 1954 - 1988 IV. 1980-1988*. Gallimard, París, 1994, 707-708.
- FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*. Trad. Ulises Guinázú. Siglo XXI Editores, Madrid, 1995.
- FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*. Trad. Horacio Pons. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2001.
- FOUCAULT, Michel. «El sujeto y el poder». En DREYFUS, H. y RABINOW, P. *Michel Foucault. Más allá del estructuralismo y la hermenéutica*. Trad. Rogelio C. Paredes. Nueva Visión, Buenos Aires, 2001, 241-259.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Trad. Aurelio Garzón del Camino. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*. Trad. Horacio Pons. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008.
- FOUCAULT, Michel. «Encierro, psiquiatría, prisión». Trad. Miguel Morey. En FOUCAULT, M. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Alianza, Buenos Aires, 2008, 102-138.
- FOUCAULT, Michel. «¿Es inútil sublevarse?». Trad. Ángel Gabilondo. En FOUCAULT, M. *Obras esenciales*, Paidós, Barcelona, 2010, 861-864.
- FOUCAULT, Michel. «La verdad y las formas jurídicas». Trad. Fernando Álvarez Uría y Julia Varela. En FOUCAULT, M. *Obras esenciales*, Paidós, Barcelona, 2010, 487-583.
- FOUCAULT, Michel. «Verdad, poder y sí mismo». Trad. Horacio Pons. En FOUCAULT, M. *La inquietud por la verdad. Escritos sobre la sexualidad y el sujeto*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013, 231-238.
- FOUCAULT, Michel. «Entrevista de Michel Foucault con Jean François y John de Wit». Trad. Horacio Pons. En FOUCAULT, M. *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014, 263-279.
- FOUCAULT, Michel. *La sociedad punitiva. Curso en el Collège de France (1972-1973)*. Trad. Horacio Pons. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2016.

- FOUCAULT, Michel. «Debate sobre Verdad y subjetividad». Trad. Horacio Pons. En FOUCAULT, M. *El origen de la hermenéutica de sí. Conferencias en Dartmouth, 1980*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2016, 111-142.
- GOLDER, Ben. *Foucault and the Politics of Rights*. Stanford University Press, Palo Alto, 2015.
- PLAZA, Monique. «Nos dommages et leurs intérêts». En *Nouvelles Questions Féministes*, N° 3, mayo 1978, 93-103.
- SCHMID, Wilhelm. *En busca de un nuevo arte de vivir. La pregunta por el fundamento y la nueva fundamentación de la ética en Foucault*. Trad. Germán Cano. Pre-Textos, Valencia, 2002.
- TROMBADORI, Duccio. *Conversaciones con Foucault. Pensamientos, obras, omisiones del último maître-à-penser*. Trad. Carlo R. Molinari Marotto. Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2010.