

Sobre la concepción foucaultiana del derecho: claves para pensar el debate anglosajón

On the Foucaultian conception of law: some keys to think the Anglo-Saxon debate

Luciana Álvarez

CONICET/UNCuyo, Argentina
lalvarezbauza@gmail.com

Resumen: En este artículo proponemos un recorrido sistemático por distintas producciones, que ubicamos dentro de lo que puede considerarse la academia de habla inglesa, que tienen por objeto la relación entre Foucault y el derecho, con la finalidad de caracterizar el debate que ellas habrían configurado. Al presentarlas y problematizarlas, mostramos cómo diversas posiciones, a un lado y otro de lo que se denominó “tesis de la expulsión”, comparten similares equívocos que terminan dificultando la comprensión del fenómeno jurídico en nuestras sociedades.

Palabras clave: Derecho, analítica del poder, tesis de la expulsión, formas jurídicas, gubernamentalidad.

Abstract: In this paper we offer a review over different productions, placed within the Anglo-Saxon academy, which have as their object of inquiry the relationship between Foucault and law, with the aim of characterizing the debate they would have configured. By presenting and problematizing them, we show how different positions, on one side and the other of the so called “expulsion thesis”, share similar misunderstandings that end up making it difficult to comprehend the legal phenomenon in our societies.

Keywords: Law, analytic of power, expulsion thesis, juridical forms, governmentality.

Fecha de recepción: 14/09/2019. Fecha de aceptación: 09/12/2019.

Luciana Álvarez es Doctora en Derecho, con mención en Filosofía del Derecho (UNCuyo, Argentina). Investigadora Adjunta de CONICET, Argentina. Docente universitaria de Filosofía del Derecho e Introducción a la Filosofía, Facultad de Derecho (UNCuyo, Argentina). Su docencia se desarrolla en diversas carreras posgrado en temáticas vinculadas a su especialidad y en epistemología y metodología de la investigación científica en derecho. Ha realizado una estancia de investigación posdoctoral en Université Paris 8, Vincennes - Saint Dennis en 2011 y ha sido Visiting Scholar en el Center for the Study of Law and Society, Berkeley Law, University of California en 2015.

Cierta lectura canónica en relación a la concepción foucaultiana de lo jurídico comparte la idea de que en ella se habría subestimado al derecho, y sus modos de funcionamiento, en las sociedades modernas y contemporáneas. Diversas publicaciones de los últimos años, que toman como objeto lo jurídico en la obra de Foucault, inician con una referencia a uno de los elementos que componen esa lectura según la cual Foucault tendió a “impugnar la realidad del derecho, haciendo valer, antes bien, el hecho de la dominación y su instalación técnico-política, facilitada por un discurso y unas instituciones jurídicas que tendrían la función de encubrir”.¹

En sus diversas versiones, se trataría siempre —por parte de Foucault— de una comprensión sesgada y reduccionista de los derechos que suscitaría múltiples problemas, sobretudo en la era en que los derechos parecen haber triunfado a partir de la presencia masiva de derechos humanos incorporados a las constituciones, cuando menos, de Occidente.

Esta ausencia, o impugnación, de lo jurídico en la obra de Foucault puede resultar —a primera vista— verosímil, especialmente, en el ámbito de la academia anglosajona.

Para comprenderla conviene tener en cuenta que, por ejemplo, las conferencias de Rio de Janeiro de 1973, editadas en 1978 bajo el título *A verdade e as formas jurídicas*², cuya reflexión pivoteaba con fuerza respecto de lo jurídico y su funcionamiento en las sociedades occidentales en diversas instancias geográfico-temporales, no estuvieron disponibles en inglés sino hasta el año 2000, en que aparecieron editadas en el volumen titulado: *Power. Essential Works of Foucault*.³

El trabajo de Hunt y Wickman⁴ publicado en 1994, que contribuyó profundamente a consolidar aquella narrativa, en su introducción anuncia: “la ley nunca constituyó un centro de interés o un foco de estudio para Foucault. No hay ningún libro, artículo o entrevista, que pueda ser incorporado de manera directa a la literatura jurídica”. Y continúa: “Foucault no tiene una teoría del derecho. No la tiene porque el derecho no constituyó jamás uno de sus objetos principales de investigación”.⁵ El propio Alan Hunt reconoció en 2013 que, al no encontrarse disponibles en inglés, estas conferencias no fueron consideradas al proponer la tesis de la expulsión.⁶ Si bien circulaba marginalmente la versión editada en

1 DÍAZ MARSÁ, Marco. *Ley y ser. Derecho y ontología crítica en Foucault (1978-1984)*. Escolar y Mayo, Madrid, 2016, 9.

2 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1978.

3 FOUCAULT, Michel. “Truth and Juridical Forms.” En *Power*, FAUBION, James D. The New Press, New York, 2000.

4 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law. Toward a Sociology of Law and Governance*. Pluto Press, London and Boulder, 1994.

5 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, vii. “law never formed a central interest or focus for Foucault. There is no one book, article or interview that can be directly added to the literature of law [...] Foucault does not have a theory of law. He does *not* have one because law is never one of his major objects of inquiry” [La traducción es nuestra].

6 HUNT, Alan. “Encounters with juridical assemblages: reflections on Foucault, law and the juridical”. En GOLDBER, Ben. *Re-reading Foucault: On Law, Power and Rights*. Routledge, Inglaterra, 2013, 64.

francés en 1994⁷, ha comenzado a prestarse atención a las conferencias sobre la verdad y las formas jurídicas hace apenas algunos años, pero aún hoy es raramente utilizada y/o citada, al menos en el campo de los estudios socio-legales⁸ donde, por el contrario, los desarrollos de Foucault relativos a la disciplina, así como aquellos enfocados en la gubernamentalidad, tuvieron una recepción de cierta relevancia a partir de los años '80.

En el campo anglosajón de estudios socio-legales supo cobrar fuerza una utilización del trabajo foucaulteano en el que las problemáticas de la soberanía, las disciplinas o la gubernamentalidad, operaban como un conjunto de tipologías pasibles de ser aplicadas a diversos casos, en una tendencia a la rutinización o domesticación del legado de Foucault. Así, durante los años '80 diversos trabajos tendieron a mostrar cómo había funcionado la disciplina durante el siglo XIX. Hacia finales de los años '90, el interés se desplazó a los modos a través de los cuales los mecanismos neoliberales de gobierno podían ser analizados desde la gestión del riesgo y la seguridad. Esta utilización de las problemáticas foucaulteanas en torno del poder contribuyó a que sedimentaran en la forma de categorías o conceptos centrales, haciendo que perdieran relevancia una cantidad de trabajos que tensionaban la coherencia del relato de la soberanía, de la disciplina o la gubernamentalidad.

En ese camino y en este contexto, además, fueron configurándose lecturas canónicas en torno de la obra de Foucault, que clausuraron sentidos diversos respecto de aquello en lo que ella consiste, entre los que podemos contar a la concepción de Foucault en torno del modo en que el derecho, o lo jurídico, opera en las sociedades contemporáneas.⁹

Además, los cursos del *Collège de France* de los años 1971-1972 y 1972-1973 correspondientes a *La société punitive* y *Théories et institutions pénales*¹⁰ fueron editados en francés recientemente, en los años 2013 y 2015 respectivamente. En la presentación del curso *Théories et institutions pénales*, Bernard Harcourt señala:

Teorías e instituciones penales es sino el gran curso de Foucault sobre el derecho –junto con *La verdad y la formas jurídicas* y *Obrar mal, decir la verdad*– al menos el curso en que el análisis habrá de movilizar un material casi exclusivamente jurídico [...] *Teorías e instituciones penales* conducirá a retomar integralmente la cuestión de las relaciones entre Foucault y el derecho.¹¹

7 FOUCAULT, Michel. "La vérité et les forms juridiques". En FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits*. Gallimard, Paris, 1994, 538-646.

8 VALVERDE, Mariana. "Specters of Foucault in Law and Society Scholarship". En *Annual Review of Law and Society Science*, 2010, 23-41.

9 ROSE, Nikolas y VALVERDE, Mariana. "Governed by Law?". En *Social & Legal Studies*. SAGE Publications, London, Thousand Oaks, CA and New Delhi, Vol. 7(4), 1998, 542.

10 La traducción al inglés de *La société punitive* se encuentra disponible desde 2015; en español desde 2016 y el curso *Théories et institutions pénales* se encuentra disponible en inglés desde el mes de agosto 2019 y aun no contamos con traducción al español.

11 "Théories et institutions pénales est sinon le grand cours de Foucault sur le droit –avec "La vérité et les formes juridiques" et "Mal faire, dire vrai" –, du moins le cours où l'analyse aura mobilisé un matériau presque exclusivement juridique [...] *Théories et institutions pénales va conduire à reprendre intégralement la question de rapports de Foucault*

En ese contexto, que aquí sólo repasamos en términos generales, una de las tesis que cobró mayor forma en la academia anglosajona a mediados de los años '90, que desarrollamos con mayor profundidad en el apartado siguiente, es la denominada “tesis de la expulsión” propuesta y desarrollada por Hunt y Wickham. De acuerdo con ella, Foucault habría entendido que, con posterioridad a las sociedades que podemos llamar sociedades de soberanía, el derecho quedó relegado y perdió toda relevancia en la configuración de las relaciones sociales y de poder que organizaron a las sociedades modernas. Así, Rose y Valverde, para caracterizar esa relación entre Foucault y el derecho en la academia anglosajona, refieren:

Muchos han sugerido que Foucault estuvo profundamente equivocado respecto al derecho. Han sostenido que Foucault concibió el derecho según el modelo austriaco de mandato respaldado por la amenaza y relegó el poder de la ley a los sistemas de derecho de las sociedades de soberanía, en las que el poder no tenía a cargo la vida sino que operaba a través de la amenaza de muerte.¹²

Si bien podemos observar cierta consistencia en el modo en que la “tesis de la expulsión” configuró, en parte, el debate anglosajón, no es conveniente perder de vista que ello obedece a la configuración de ese circuito de circulación de lecturas y formas de recepción, no trasladables —necesariamente— a otras latitudes. Si prestamos atención a la circulación en español de los desarrollos foucaulteanos, advertimos que estuvo signada por otras temporalidades. Las conferencias de Río de Janeiro de 1973 fueron publicadas bajo el título *La verdad y las formas jurídicas* en el año 1980¹³ y comenzaron a circular fluidamente de manera casi inmediata. En Argentina, concretamente, si bien se encontraban disponibles¹⁴ durante el periodo de la dictadura militar que se extendió hasta 1983, su divulgación se amplificó luego de la recuperación democrática y llegaron a ser incorporadas como contenidos de programas de estudios en la Universidades Públicas Nacionales a partir de 1984.¹⁵ Los fundadores de la Escuela de Teoría Crítica del Derecho

et droit.”, HARCOURT, Bernard. “Situation du cours”. En FOUCAULT, Michel. *Théories et institutions pénales*. Gallimard, Paris, 2015, 272. [La traducción es nuestra].

12 ROSE, Nikolas y VALVERDE, Mariana. “Governed by Law?”, 542. “Many have suggested that Foucault was profoundly mistaken about law. They have argued that Foucault construed law along an Austinian model of commands backed up by threats and consigned the power of law in systems of rule to a past epoch of sovereignty, where power did not take charge of life but operated through the threat of death” [La traducción es nuestra].

13 FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Trad. Enrique Lynch. Gedisa, México, 1980.

14 En 1980 el periódico *Convicción* publicó una volanta referida a Foucault en la que “se comentaba allí La verdad y las formas jurídicas (Foucault, 1980) señalando, por ejemplo, que en el siglo XIX “la noción de prevención del delito hace que importe menos averiguar cierta verdad que establecer criterios de normalidad y anormalidad que permitan ejercer un control absoluto sobre los individuos”, y citando a Foucault mismo: “Una serie de poderes laterales, al margen de la justicia, tales como la policía, las instituciones psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas y pedagógicas sirven para la corrección”. CANAVESE, Mariana. “El espacio público entre la asfixia y la resistencia: usos de Foucault durante la dictadura argentina”. En *Polis. Revista Latinoamericana*. N° 31, 2012, 5.

15 En la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Buenos Aires y en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, por indicar sólo algunos casos que han sido debidamente verificados. CANAVESE, Mariana. *Los usos de Foucault en la Argentina. Recepción y circulación desde los años cincuenta hasta nuestros días*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, 142-151.

en Argentina, entre ellos y de manera especial Enrique Marí¹⁶, hicieron de las conferencias de Río de Janeiro uno de sus ejes de reflexión.

En aquellas conferencias Foucault señala

Entre las prácticas sociales en las que el análisis histórico permite localizar la emergencia de nuevas formas de subjetividad, las prácticas jurídicas, o más precisamente, las prácticas judiciales están entre las más importantes. [...] Las prácticas judiciales -la manera en que, entre los hombres, se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que, en la historia de Occidente, se concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras, todas esas reglas o, si se quiere, todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia- creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas¹⁷.

Así, la distancia que media entre la traducción al español de las conferencias inicialmente editadas en portugués y su traducción al inglés veinte años después, resulta significativa para pensar algunas posibles inconsistencias de aquella afirmación, según la cual Foucault no habría estado interesado en el derecho y su forma de operar en la sociedades contemporáneas. La cita que acabamos de transcribir habla por sí misma, pero más allá de ello, existen diversas razones para sostener que aquella convicción, más o menos extendida en la academia de habla inglesa, no sólo es controvertible sino que se consolidó a la luz de algunas simplificaciones y descuidos teóricos.

En el caso de Francia, igualmente, la cuestión de Foucault y el derecho habría seguido otras derivas. Las conferencias sobre la verdad y las formas jurídicas fueron editadas en 1994 y no parecen haber signado la discusión en torno de Foucault y el derecho. Los ejes del debate se fueron organizando en función de otros tópicos, y se centraron con mayor fuerza en torno de las tensiones ley/norma, a partir los desarrollos de Canguilhem en relación a la norma, lo normal y lo patológico; los trabajos de François Ewald y publicaciones posteriores en relación a las normas de Pierre Macherey, Guillaume Le Blanc y Stéphane Legrand.¹⁸

Retornando a la invocación de la tesis de la expulsión que introdujimos al comienzo, en este artículo pretendemos caracterizar el debate que, a su manera,

16 Aun cuando no hemos encontrado referencia explícita de Enrique Marí a las conferencias de Río de Janeiro en sus publicaciones de comienzos de los años '80, el problema de la verdad y las prácticas judiciales aparece con agudeza en "Moi, Pierre Riviere... y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales". En: LEGENDRE, Pierre y otros. *El discurso jurídico*. Hachette, Buenos Aires, 1982. Si no pudo acceder antes, al menos debió tomar contacto con las conferencias sobre la verdad y las formas jurídicas en 1984 mientras compartía la cátedra de Filosofía en la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Buenos Aires con Thomas Abraham.

17 FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*, 17.

18 LE BLANC, Guillaume. *Canguilhem et les normes*. PUF, París, 1998; LEGRAND, Stéphane. *Les normes chez Foucault*. PUF, París, 2007 y MACHEREY, Pierre. *Canguilhem a Foucault*. La Fabrique Éditions, París, 2009.

ha configurado la singularidad con que el problema del derecho en los trabajos e interrogantes de Foucault ha sido planteado dentro de la academia anglosajona. Buscamos, entonces, más allá de incorporar ciertos elementos a ese debate, discutir y problematizar algunas certidumbres que han decantado en una narrativa según la cual el derecho no tiene un lugar significativo en los trabajos de Foucault.¹⁹ Y ello para comenzar a perfilar los elementos a partir de los cuales el problema del derecho en los trabajos de Foucault pueda contribuir, tanto a la comprensión del derecho en nuestras sociedades, como a la necesaria proliferación de usos diversos del derecho, capaces de potenciar y reconducir fuerzas sociales.

1. La tesis de la expulsión: sus supuestos y problemas

Las palabras de Golder & Fitzpatrick al remitir a la llamada “tesis de la expulsión” son contundentes: “la lectura más persistente, aunque no indiscutida, en relación a la ley en Foucault es la tesis según la cual Foucault habría fallado al apreciar la importancia de la ley en la modernidad, excluyéndola -ciertamente- de sus análisis sobre las relaciones de poder contemporáneas”.²⁰ Esta tesis, en la manera que ella quedó expuesta en *Foucault and Law. Towards a sociology of Law and Governance* por Alan Hunt y Gary Wickham, supone que Foucault se habría equivocado al considerar el rol que jugó la ley en las sociedades modernas. Su problema habría sido que “asignó a la ley el rol de símbolo premoderno del absolutismo” y mantuvo a su vez una perspectiva simplista que identificaba la ley con las formas represivas, o punitivas, que pueden identificarse en el derecho penal, sobre todo.²¹

Hunt y Wickham sostienen que no es posible encontrar en los trabajos de Foucault una teoría del derecho, especialmente porque éste no constituyó un objeto de estudio significativo para Foucault. Esta falta de centralidad del derecho en los trabajos foucaulteanos contribuyó, además, a que tuvieran escaso impacto en la producción teórica de los juristas especializados, en el ámbito anglosajón, al menos. Entonces, se propusieron mostrar que, a pesar de ello, los desarrollos de Foucault sí permitían perfilar un marco teórico para la realización de análisis de tipo socio-legal o socio-jurídico, lo que explica el subtítulo del libro (*Towards a sociology of Law and Governance*) y da forma a uno de sus objetivos principales: “contribuir a construir un nuevo y fructífero abordaje de los fenómenos

19 El presente trabajo forma parte de un manuscrito que se encuentra en elaboración con vistas a ser editado en forma de libro.

20 GOLDER, Ben y FITZPATRICK, Peter. *Foucault's Law*. Routledge, New York, 2009, 12. “the most enduring, though by no means uncontested, reading of Foucault on law is the thesis that he failed to appreciate the importance of law in modernity and indeed expelled it from his analyses of contemporary power relations” [La traducción es nuestra].

21 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, 59 “...cast law in the role of a pre-modern harbinger of absolutism...” [La traducción es nuestra].

jurídicos”.²² Este nuevo enfoque se centra en la concepción de la ley como una forma de *governance*, definida como “cualquier intento de controlar o gestionar cualquier objeto conocido. Un objeto conocido es un evento, una relación, un objeto animado o inanimado, de hecho todo fenómeno que los seres humanos tratan de controlar o manejar”.²³ Esta noción de *governance* pone en juego, de acuerdo con los autores, tres referencias diversas: la idea de gobierno como instancia institucional (nacional, regional o municipal); la idea de gobierno como autogobierno respecto de las emociones y los comportamientos individuales y la idea de gobernante (*governor*) como dispositivo por el cual las máquinas, cualquiera de ellas, tienden a regular su energía y, por lo tanto, a controlar y administrar su rendimiento.²⁴ A su vez, esta noción de *governance* se sostiene sobre cuatro principios argumentativos: como dinámica de control todas las instancias de *governance* son necesariamente fallidas e incompletas; *governance* incluye tanto al poder así como la política y la resistencia; *governance* involucra siempre al saber; *governance* siempre es social, opera como cohesión social (aun cuando irónicamente involucra formas de disociación).²⁵ La ley, el derecho, sería uno de los dispositivos de la *governance* considerada en función de todos estos elementos.

Nos interesa destacar que, para delinear la perspectiva socio-jurídica que se abriría a partir de los desarrollos de Foucault, Hunt y Wickham dedicaron una buena primera parte de su trabajo²⁶ a mostrar en los desarrollos foucaulteanos, en torno de las relaciones de poder y las transformaciones que supuso la configuración de las sociedades modernas, la escasa importancia otorgada a lo jurídico²⁷, así como el sesgo positivista (en términos jurídicos²⁸) que no le habría permitido explorar la conexión entre regulaciones legales, derechos y constitucionalismo en las democracias burguesas.²⁹

Hunt y Wickham sostienen que, sobre todo en *Vigilar y Castigar* así como en *Historia de la sexualidad. Vol. I La voluntad de saber*, Foucault se dispuso a presentar

22 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, viii. “contribute to the construction of a new and fruitful approach to exploration of legal phenomena” [La traducción es nuestra].

23 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, 78. “We take governance to be any attempt to control or manage any known object. A ‘known object’ is an event, a relationship, an animate object, an inanimate object, in fact any phenomenon which human beings try to control or manage...” [La traducción es nuestra].

24 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, 78-9.

25 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, 79-97.

26 Especialmente el capítulo 2 titulado *Law and Modernity*.

27 Conviene señalar que en un trabajo posterior, publicado en 2013, Alan Hunt elabora una distinción significativa del término “jurídico” (*juridical*) a partir de las conferencias de Rio de Janeiro de 1973 que, como él mismo expresa, no pudo conocer hasta su publicación en inglés en el año 2000. Sin perjuicio que no desestima la tesis de la expulsión, sí avanza hacia una concepción más matizada. HUNT, Alan. “Encounters with juridical assemblages: reflections on Foucault, law and the juridical”. En GOLDER, Ben. *Re-reading Foucault: On Law, Power and Rights*. Routledge, New York, 2013, 64-84.

28 El iuspositivismo o positivismo jurídico se caracteriza por identificar el derecho con las normas legales, reduciendo el derecho a las prescripciones de conducta emanadas de autoridad competente y conformes al procedimiento previsto para su sanción, despreciando el carácter jurídico de diversas prescripciones que operan en el ámbito de lo social.

29 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, 41.

una concepción singular respecto del lugar que ocupa la ley en la modernidad³⁰ con la intención de elaborar una concepción alternativa del poder, de las relaciones de poder. Se trataba, en todo caso, de escapar a la representación negativa y represiva del poder configurada en torno de la ley. El propósito de Foucault era socavar la pretendida evidencia y garantía del discurso del constitucionalismo moderno según el cual la humanidad fue avanzando, conforme el desarrollo de la razón, hacia formas menos arcaicas y violentas de organización social: entre ellas, las formas en que se resuelven los conflictos, se dispensan castigos y otorgan responsabilidades y se distribuyen facultades y prerrogativas. Según el discurso político moderno, las sociedades se organizan en base a acuerdos o contratos regulados por leyes civiles o políticas que deben su legitimidad en gran parte a su carácter racional. A diferencia de la lectura que propone esta teoría política hegemónica sobre la modernidad, Foucault advertía el hecho de que los Estados monárquicos no supusieron un marco de relaciones signadas por la arbitrariedad, la excepción y el abuso, frente al cual habría triunfado la razón, por el contrario

las monarquías occidentales se edificaron como sistemas de derecho, se reflejaron a través de teorías del derecho e hicieron funcionar sus mecanismos de poder según la forma del derecho. [...] A través del desarrollo de la monarquía y sus instituciones se instauró esa dimensión de lo jurídico-político; por cierto que no se adecua a la manera en que el poder se ejerció y se ejerce; pero es el código con que se presenta, y prescribe que se lo piense según ese código. La historia de la monarquía y el recubrimiento de hechos y procedimientos de poder por el discurso jurídico-político fueron cosas que marcharon al unísono.³¹

A partir de aquí, Foucault propone mostrar que la singularidad de la modernidad se halla en el desarrollo de las disciplinas como dispositivo de poder/saber y no en las formas jurídicas (derechos y libertades) que funcionaron como su coartada. Y ello, no para indicar que permanecemos en una sociedad de soberanía, sino para señalar que la particularidad de la transformación no se localiza en torno de las formas jurídicas sino en la dinámica de las relaciones de poder.

Hunt y Wickham comienzan por señalar el modo en que Foucault comprendió la importancia de la ley en las sociedades de soberanía marcadas por un sistema jurídico-monárquico donde el derecho constituyó la forma en que el poder político pudo transcribirse: los mecanismos de poder durante la monarquía funcionaron a través del derecho, en la medida en que el derecho garantizó su legitimidad. Es por ello que corresponde hablar de un sistema jurídico-monárquico, surgido en la Edad Media, a través del cual la representación del poder queda capturada por el derecho: “principio por el cual el derecho debe ser la forma misma del poder y el poder debe

30 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, 44.

31 FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad I, La voluntad de saber*. Trad. Ulises Guinzález. Siglo XXI, Buenos Aires, 1977, 106-107.

ejercerse siempre con arreglo a la forma del derecho”.³² El problema, según los autores, es la identificación que establece Foucault entre la ley en las sociedades de soberanía y una determinada concepción de ley propia del positivismo jurídico.

La impugnación al carácter reduccionista de la ley, en el cual no entran los poderes de normalización, habría correspondido a la perspectiva reduccionista de la ley con que trabajó Foucault, cercana al positivismo jurídico, y demasiado ligada, a su vez, al derecho penal en la que lo jurídico sólo puede comprenderse como prohibición y amenaza de castigo. La concepción de ley que impugna Foucault se corresponde con aquellas “concepciones convencionales del derecho, definidas como reglas por las cuales se dirigen comportamientos, respaldadas por la amenaza de sanciones coercitivas”.³³ En el apartado “Soberanía y derecho”³⁴ los autores señalan insistentemente la identificación entre derecho y soberanía operada por el análisis histórico de Foucault, centrado a su vez en mostrar cómo el orden jurídico-monárquico, que como representación del poder continuó vigente en las instituciones políticas modernas resultantes de las revoluciones liberales y burguesas, ocultó el funcionamiento de las disciplinas. De algún modo: la inquietud de mostrar la relevancia funcional de las disciplinas en la modernidad habría llevado a Foucault a integrar, o identificar, demasiado a la ley con el poder soberano. Y esta operación sólo fue posible restringiendo la concepción de ley a la idea de “mandato” o “imperativo”.

En los Estados monárquicos la ley no era sólo simplemente una herramienta del poder real, sino la forma en que el poder mismo del rey podía devenir aceptable.³⁵ En vistas de su aceptabilidad fue decisivo el desarrollo del discurso del derecho, que tomó la forma del derecho público, cuyo rol esencial desde la Edad Media fue fijar la legitimidad del poder político. De esta manera no sólo encontramos la ley y el poder soberano sino lo que Foucault denominó el derecho de soberanía: el discurso jurídico-político, el discurso del derecho, que organizó el modo en que el ejercicio del poder político soberano podía resultar legítimo.

A partir de la siguiente afirmación, realizada en la clase del 14 de enero de 1976 en el Collège de France, cuya versión toman del texto editado en *Power/Knowledge. Selected Interviews and Other Writings, 1972-1977*³⁶:

Desde la Edad Media, la teoría del derecho tiene como papel esencial fijar la legitimidad del poder: el problema fundamental, central, alrededor del cual se organiza toda esa teoría, es el problema de la soberanía [...] el proyecto general consistía, en el fondo, en invertir esa dirección del análisis que es, creo, la del discurso del derecho en su totalidad desde la Edad Media. (...) y mostrar, además, a partir de ahí,

32 FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad I, La voluntad de saber*, 107-108.

33 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, 41.

34 “Sovereignty and right”. En HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, 43-46.

35 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, 43.

36 FOUCAULT, Michel. “Two Lectures”. En GORDON, Colin. *Power/Knowledge. Selected Interviews and Other Writings, 1972-1977*. Trad. GORDON, Colin; MARSHALL, Leo; MEPHAM, JOHN y SOPER, Kate. Pantheon Books, New York, 1980, 78-108.

no sólo cómo el derecho es, de una manera general el instrumento de esa dominación –eso ya está dicho- sino también cómo, hasta dónde y en qué forma el derecho (y cuando digo derecho no pienso únicamente en la ley, sino en el conjunto de los aparatos, las instituciones y los reglamentos que aplican el derecho) vehiculiza y pone en acción relaciones que no son de soberanía sino de dominación.³⁷

Hunt y Wickham señalan críticamente un desplazamiento en el desarrollo de Foucault en el que habría pasado de aquella noción de derecho, (correspondiente al discurso jurídico-político propio de las sociedades de soberanía) a la idea de derechos (que podría comprender diversos mecanismos institucionales, entre ellos distintos derechos subjetivos, o derechos humanos, por ejemplo), sin marcar distinción entre estas dos dimensiones.³⁸ Esto les permitiría destacar la presencia en Foucault de una perspectiva de la ley excesivamente ligada a la prohibición y el mandato, que identifica derecho con poder divino del rey y tiende, por ello, a desconocer otras dimensiones de lo jurídico. En relación a este desplazamiento sostienen:

Esto tiene el efecto de situar el moderno discurso de los derechos (sea de derechos civiles o derechos humanos) como sinónimo de la noción imperativa de derechos propia del sistema monárquico [...] Este paso del “derecho” a los “derechos” tiene serias consecuencias; conduce a Foucault, al igual que a muchos otros pensadores radicales recientes, a despreciar la capacidad transformadora de los derechos en los sistemas políticos modernos.³⁹

Hunt y Wickham insisten en que esta reducción del derecho al mandato divino del rey, niega a su vez diversas prácticas de resistencia que ubicaron el reclamo de derechos en el centro de la lucha política, incluso en las sociedades disciplinarias de la modernidad. De la misma manera, desde el punto de vista de los autores, y aun cuando Foucault haya pretendido distanciarse de una visión totalizante del poder propia del marxismo, cae en el mismo error al proponer a la disciplina como el mecanismo general de dominación que permite caracterizar a la modernidad.⁴⁰ Este modo de concebir el funcionamiento de las disciplinas, de manera generalizada, habría ocultado diversas prácticas capaces de exponer otras modalidades de funcionamiento de lo jurídico.

Hunt y Wickham señalan que en esta caracterización de la disciplina como mecanismo general del poder durante la modernidad, enfrentado al discurso del

37 FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France 1975-1976*. Trad. Horacio Pons. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000, 36.

38 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, 45.

39 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, 45. “This has the effect of locating the modern discourse of rights (whether of private rights or human rights) as synonymous with the imperative notion of ‘right’ of the juridical monarchy [...] This slippage from “right” to “rights” has serious consequences; it leads Foucault, like many other recent radical thinkers, to disparage transformatory capacity of rights within modern political systems.” [La traducción es nuestra].

40 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, 46.

derecho y sus dispositivos singulares, radicaría el gran desacierto de Foucault. En la medida en que, como señalamos anteriormente, su propósito estuvo centrado en la emergencia de las disciplinas, y de ninguna manera en los mecanismos de funcionamiento del derecho, despreció absolutamente la exploración de una hipótesis que, aunque obvia, resultaba igualmente poco atractiva, esto es: conjuntamente con el surgimiento de las disciplinas se producen cambios en la forma de la ley.⁴¹ Foucault sólo habría reparado, según los autores, en apreciar la transformación de la función de juzgamiento en la modernidad, en la que gracias al desarrollo de las disciplinas y las ciencias humanas el poder de castigar se habría expandido a diversas áreas como la medicina, la enseñanza, el trabajo, conformando el examen como mecanismo de veridicción y vehículo del poder, es decir como forma de saber/poder. Es en el régimen del examen que se ha producido un cambio en la facultad de juzgar que excede al funcionario o magistrado. A partir del desarrollo de las ciencias humanas, emerge una nueva economía del poder de castigar y “Como efecto de esta nueva circunspección, un ejército entero de técnicos ha relevado al verdugo, anatomista inmediato del sufrimiento: los vigilantes, los médicos, los capellanes, los psiquiatras, los psicólogos, los educadores”.⁴² De esta manera la función judicial se habría diluido en los mecanismos de normalización.

Los autores sostienen que, en términos generales, la percepción de Foucault respecto de la modernidad ubica a la disciplina en el foco del funcionamiento del poder y, consecuentemente, el derecho aparece como su opuesto: la ley representa el derecho del rey, ese viejo poder de soberanía que opera por medio de la sustracción y la muerte.

La cuestión de la emergencia y centralidad del poder disciplinario en la modernidad, según ellos mismos lo advierten, habría sido matizado y reconfigurado en la obra de Foucault al considerar la problemática del gobierno. A partir de una lectura bastante sesgada de esta problemática, Hunt y Wickham van a intentar mostrar cómo esta noción continúa caracterizada por su no-legalidad pero, aun así y a pesar del propio Foucault, posee cierto potencial para replantear el lugar de la ley, o el derecho, en la modernidad.

Es conveniente reparar en las fuentes utilizadas por los autores para abordar el tema de la gubernamentalidad: la clase del 1° de febrero de 1978 publicada como “On Governmentality” en *Ideology & Consciousness*⁴³ y como “Governmentality” en libro titulado *The Foucault Effect*⁴⁴ y el texto “Omnes et singulatum”.⁴⁵ Siendo que los cursos del *Collège de France* comenzaron a ser editados en francés en 1997,

41 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, 51.

42 FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Trad. Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, 19.

43 FOUCAULT, Michel. “On Governmentality”, *Ideology & Consciousness*, 7, 1979, pp. 5-26.

44 BURCHELL, Graham GORDON, Colin y MILLER, Peter. *The Foucault Effect: Studies on Governmentality with Two Lectures By and an Interview with Michel Foucault*. University Chicago Press, Chicago, 1991, 87-104.

45 FOUCAULT, Michel. “Omnes et singulatum: towards a criticism of political reason”. En MCMURRIN, Sterling (Ed.). *The Tanner Lectures on Human Values*, Vol. 2. University of Utah Press, Utah, 1981.

es decir tres años después de la edición del libro de Hunt y Wickham, los autores no contaban con otro material. Para 1994 el tema del gobierno se revelaba para ellos como una línea de trabajo fuertemente inconclusa que, sin embargo, permitía sostener que “el estudio del papel desempeñado por la ley en el gobierno moderno es coherente y resulta estimulante a partir del trabajo de Foucault”.⁴⁶

La racionalidad de gobierno moderna habría supuesto una transformación a nivel del ejercicio del poder político. El punto de inflexión no parece ser el paso de la época clásica a la moderna, con el desarrollo de la sociedad disciplinaria, sino el corte que supuso la gubernamentalización respecto del poder feudal de las monarquías administrativas.⁴⁷ A diferencia del sistema jurídico-monárquico en el que el derecho operaba como límite externo al poder político, centrado en la extracción de recursos del territorio, a la vez que viabilizaba su funcionamiento, la racionalidad de gobierno de la modernidad liberal se encuentra centrada en la gestión y administración de la vida de la población. Los individuos son considerados como portadores de intereses que es necesario gestionar y conducir. La regulación y control de la población supone el funcionamiento de tácticas multiformes que involucran diversos saberes sobre los objetos que el gobierno manipula, a partir de cuyo agenciamiento pueden desarrollarse políticas de gestión (*policies*) de la vida.

Los autores destacan que Foucault abandona la distinción entre ley y disciplinas que organizó su caracterización de las sociedades modernas. Al centrarse en la gubernamentalización del Estado y las instituciones, y aun cuando matiza, al reconocer la presencia de lo jurídico como instrumento de regulación de la gubernamentalidad liberal, ello no fue desarrollado por Foucault.

Como referimos anteriormente, Hunt y Wickham no contaban con la edición de los cursos del *Collège de France* ni siquiera en su idioma original en francés. De la versión editada en inglés, traducción a su vez de una versión en italiano de la clase del 1º de febrero de 1978, correspondiente al curso *Seguridad, territorio, población*, incorporada al volumen *The Foucault effect*⁴⁸ de 1991, extraen la siguiente cita: “*the instruments of government, instead of being laws, now come to be a range of multiform tactics. Within the perspective of government, law is not what is important*”⁴⁹, a partir de la cual elaboran el nudo argumentativo de su propuesta teórica. De esta enunciación, junto con los elementos que hemos señalado precedentemente, en la cual Foucault habría sostenido: “la ley no es lo que importa”, los autores hacen derivar la escasa relevancia que le atribuye al derecho, ahora en relación a la cuestión del gobierno o la gubernamentalidad. Sin embargo, de acuerdo a la versión original en francés, así como las traducciones al inglés y

46 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, 55. “underpins our claim that the study of the part played by law in modern governance is consistent with and can draw stimulus from Foucault’s work.” [La traducción es nuestra].

47 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, 53.

48 BURCHELL, Graham GORDON, Colin y MILLER, Peter. *The Foucault Effect*.

49 BURCHELL, Graham GORDON, Colin y MILLER, Peter. *The Foucault Effect*, 95.

al español, esa caracterización no corresponde con las palabras de Foucault. En su lugar encontramos una proposición mucho más matizada: “sus instrumentos en vez de leyes, serán tácticas diversas. Por consiguiente, regresión de la ley o, mejor, en la perspectiva de lo que debe ser el gobierno, la ley no es en verdad el principal instrumento”.⁵⁰ Lo significativo de este desplazamiento del sentido de la enunciación de Foucault es la relevancia estratégica que los autores le atribuyen. De acuerdo con Hunt y Wickham, aun cuando Foucault haya manifestado la escasa importancia de la ley en sus desarrollos sobre la gubernamentalidad liberal, no es menos cierto que, a la vez, él mismo refiere el rol significativo que ocupa la ley, o las regulaciones formalizadas jurídicamente, respecto de la necesaria mediación entre el Estado y la sociedad civil. La falta de continuación de esta línea teórica, lleva a los autores a defender la pertinencia de su trabajo en torno de la ley como *governance*, en la medida en que ello sería consistente con los desarrollos tardíos de Foucault.⁵¹ Otro de los desarrollos que los autores señalan que, de haberlo profundizado, le habría permitido a Foucault comprender el funcionamiento del derecho en las sociedades modernas es el estudio del modo en que la ley opera como norma. Hunt y Wickman destacan el trabajo de Ewald⁵² en ese sentido, aun cuando terminarán priorizando la línea abierta por la problemática de la racionalidad de gobierno.⁵³

Señalan que tanto al oponer derecho de soberanía y disciplinas, como al caracterizar la gubernamentalidad del Estado, funcionó en la perspectiva de Foucault cierto desprecio por la ley y su efectividad en relación a las modernas relaciones de poder

el poder en la modernidad se caracteriza por la utilización de la ley, pero Foucault está ocupado en mostrar que eso es sólo un fenómeno de superficie, incluso un fenómeno ideológico, aun cuando como hemos visto anteriormente él evite este término. Su posición, creemos, es insistir en la existencia de una incompatibilidad elemental entre la forma de la ley y las nuevas disciplinas. Esta incompatibilidad proviene de su propia insistencia en la ligazón infranqueable entre ley y soberanía y el modelo imperativo de ley que ello genera.⁵⁴

50 En la versión traducida al inglés puede leerse “the instruments of government will become diverse tactics rather than laws. Consequently, law recedes, or rather; law is certainly not the major instrument in the perspective of what government should be”. FOUCAULT, Michel. *Security, Territory, Population. Lectures at the Collège de France, 1977-78*. Trad. Graham Burchell. Palgrave Macmillan, Estados Unidos, 2007, 137. El texto original, por su parte, expresa: “...et les instruments de gouvernement, au lieu d’être des lois, vont être des tactiques diverses. Régression par conséquence de la loi, ou plutôt, dans la perspective de ce que doit être le gouvernement, la loi n’est certainement pas l’instrument majeur.” FOUCAULT, Michel. *Securité, territoire, population. Cours au collège de France 1977-1978*. Gallimard, Paris, 2004, 103.

51 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, 55.

52 EWALD, François. “Norms, Discipline and the Law”. En *Representations*, 30, 1990, 138-161.

53 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, 66.

54 HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law*, 58. “Modern power characteristically employs the discourses of law, but Foucault is concerned to suggest that this is a surface phenomenon, even an ideological phenomenon, although as we have seen he avoids this term. His point, we suggest, is to insist on some basic incompatibility between the form of law and the new disciplines. This incompatibility arises only from his own insistence on the unbreakable link between law and sovereignty and the command model of law it generates.” [La traducción es nuestra].

En 2013 Alan Hunt retoma la cuestión del derecho en la obra de Foucault, a propósito de su contribución a un libro colectivo titulada “Encounters with juridical assemblages: reflections on Foucault, law and the juridical”, y presenta una versión mucho más matizada en relación a la supuesta expulsión del derecho en la modernidad en la obra de Foucault. Hunt, a través de una lectura más cercana a las conferencias de Rio de Janeiro de 1973 y atravesado por la problematización de lo jurídico abierta a partir de los desarrollos de François Ewald, sostiene al concluir su capítulo:

Ya no necesitamos castigarlo por su excesivo énfasis en la dimensión imperativa de la ley. Podemos apreciar que su enfoque [el de Foucault] en la interacción entre diferentes campos de poder, conocimiento y gobierno manifiesta su preocupación sustantiva por las formas en las que la ley interactúa con los mecanismos disciplinarios y las estrategias y técnicas de gobierno.⁵⁵

2. Más allá de la “exclusión”: tensiones conceptuales en torno de la ley, la norma y lo jurídico

Más allá de la llamada tesis de la expulsión que, evidentemente y conforme la argumentación que desarrollaremos a lo largo de este trabajo, no compartimos, es posible señalar varios desarrollos al interior de la academia anglosajona que, aun sin compartirla, ofrecen de todos modos lecturas poco ajustadas, a nuestro juicio, sobre la concepción foucaultiana del derecho que, en algunos casos, pueden caracterizarse como lecturas parciales y, en otros, exponen cierta sobreestimación. El texto de Hunt y Wickham fue recibido con algún entusiasmo y diversas críticas conforme dan cuenta, entre otros, los trabajos de Simon⁵⁶, Baxter⁵⁷, Rose y Valverde⁵⁸, Ivison⁵⁹, Tadros⁶⁰, Beck⁶¹, Turkel⁶². Algunos de ellos, cuya referencia

55 “We no longer need to castigate him for his narrow emphasis on the imperative dimension of law. We can appreciate that his focus on the interaction between different fields of power, knowledge and governance manifested itself in his substantive preoccupation with the ways in which forms of law interact with mechanism of discipline and with strategies and techniques of governance.” [La traducción es nuestra]. HUNT, Alan. “Encounters with juridical assemblages: reflections on Foucault, law and the juridical”, 81.

56 SIMON, Jonathan. “In Another Kind of Wood: Michel Foucault and Sociolegal Studies.” En *Law & Social Inquiry*, Vol. 17, No. 1, 49-55. En rigor, se trata de un comentario a la publicación previa del texto de Hunt y Wickman, de autoría de Alan Hunt, titulado “Foucault’s Expulsion of Law: Toward a Retrieval”. En *Law & Social Inquiry*, Vol. 17, No. 1, 1992, 1-38. En este artículo de 1992 ya se encuentra explícito el propósito de Hunt respecto del equívoco foucaultiano en relación a ley y la necesidad de recuperar el rol central que es posible atribuirle en la modernidad.

57 BAXTER, Hugh. “Review: Bringing Foucault into Law and Law into Foucault”. En *Stanford Law Review*, Vol. 48, No. 2, 1996, 449-479.

58 ROSE, Nikolas y VALVERDE, Mariana. “Governed by Law?”.

59 IVISON, Duncan. “The Disciplinary Moment: Foucault, Law and the Reinscription of Rights”. En MOSS, Jeremy (Ed.) *The Later Foucault Politics and Philosophy*. SAGE, Inglaterra, 1998, 129-148.

60 TADROS, Victor. “Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault”. En *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 18, No. 1, 1998, pp. 75-103.

61 BECK, Antony. “Foucault and Law: the Collapse of Law’s Empire”. En *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 16, No. 3. Oxford University Press, Oxford, 1996, 489-502.

62 TURKEL, Gerald. “Michel Foucault: Law, Power, and Knowledge”. En *Journal of Law and Society*, Vol. 17, No.

no pretende ser exhaustiva sino más bien orientativa, recurrieron a las tesis de François Ewald que, en su artículo de 1990 editado en inglés: “Norms, Discipline and the Law”⁶³, proponía una comprensión de lo jurídico dentro del universo foucaulteano a partir de la distinción de lo jurídico, por un lado, y la norma o normalización por el otro. Las lecturas de Rose y Valverde (1998), así como la de Tadros (1998) son tributarias de la propuesta de Ewald en la medida en que cada uno a su modo, se apoyó en ella para distanciarse de la tesis de la expulsión.⁶⁴ El trabajo de Turkel (1990) si bien no puede considerarse una respuesta a la tesis de Hunt y Wickhman, al haberse publicado algunos años antes, se posiciona de manera radicalmente distinta respecto de los trabajos de Foucault en relación al derecho. De igual manera, tanto Ivison como Beck⁶⁵, aun sin organizar su argumentación en torno a la propuesta de Ewald desarrollan perspectivas que permiten discutir la tesis de la expulsión.

En este apartado intentamos un recorrido por estas lecturas que entendemos parciales en la medida que no permiten captar en su amplitud y complejidad la cuestión de lo jurídico en la obra de Foucault. Igualmente, abordaremos críticamente el reciente texto de Golder & Fitzpatrick (2009): *Foucault’s law* en el que los autores proponen una interpretación que pretenden foucaulteano pero que, a nuestro juicio, excede holgadamente su horizonte al sobreestimar el papel que ella pudo haber desempeñado en las sociedades modernas, haciendo derivar de los desarrollos de Foucault una concepción de lo jurídico que lo aleja de su concepción de las relaciones de poder.

Comenzamos por el desarrollo de François Ewald, quien fue colaborador cercano a Foucault a partir de 1976 en el *Collège de France* y dado que “Norms, Discipline and the Law” constituye una referencia tanto para quienes promueven la tesis de la expulsión como para quienes la cuestionan, lo que le otorga cierta relevancia en el debate anglosajón sobre Foucault y el derecho. Ewald sostiene que es necesario distinguir entre lo “jurídico”, que refiere a la ley como expresión de las relaciones de poder de soberanía; la “norma” que refiere a los poderes de normalización encargados de la generalización de la disciplina como mecanismo específico de poder⁶⁶; y la ley como dimensión institucional que puede expresarse tanto bajo la forma jurídica como bajo la forma normativa. De tal suerte que la distinción crucial para Foucault habría comprendido la ley y lo jurídico, y es la declinación de este último —como expresión formal del poder

2, 1990, 170-193.

63 EWALD, François. “Norms, Discipline and the Law”. En *Representations*, 30, 1990, 138-161.

64 Es importante señalar que tanto Rose y Valverde como Tadros no hacen referencia alguna al libro de Ewald titulado *L’État Providence*. Bernard Grasset, Paris, 1986, editado en francés, lo que probablemente limitó la comprensión de su posición. Pues si bien Ewald introduce esta distinción e indica cierta remisión de la sociedad de normalización al derecho social como su expresión jurídica, ello no es desarrollado en el texto consultado por los autores sino en aquel libro de 1986, que igualmente no se encuentra traducido y editado en inglés.

65 BECK, Antony. “Foucault and Law: the Collapse of Law’s Empire”, 489-502.

66 EWALD, François. “Norms, Discipline and the Law”, 138-139; EWALD, François. “Michel Foucault et le norme”, 217.

de soberanía— lo que debe comprenderse como característica de las sociedades de normalización.

La norma, entonces, no se opone a la ley en sí misma sino a lo que Foucault llamaría “lo jurídico”: la institución de derecho como expresión del poder del soberano. Si, tal como Foucault lo expone, “la ley no funciona sino está armada”, y si su arma *par excellence* es la muerte, esta ecuación de la ley y la muerte no deriva del carácter esencial de la ley. La ley puede también funcionar formulando normas, formando parte, así, de un tipo de poder diferente que tiene que “calificar, medir, evaluar y jerarquizar en lugar de exhibirse en su esplendor mortífero. En la edad del bio-poder lo jurídico, que caracteriza al derecho monárquico, puede fácilmente ser opuesta a lo normativo, que habitualmente aparece en las constituciones, en los códigos y en la constante y clamorosa actividad de las legislaturas.”⁶⁷

Con ello, Ewald habría querido dejar a cubierto la importancia de la ley en las sociedades contemporáneas en la medida en que ella, a diferencia de lo que con posterioridad sostuvo “la tesis de la expulsión”, simplemente no se identifica con lo jurídico, y en consecuencia la ley podría seguir funcionando dentro de las sociedades de normalización como expresión formal de otro tipo de poderes.

El acierto del análisis de Ewald se halla en la distinción que propone entre lo jurídico y lo legal, que le permite sostener la existencia de un derecho social como modalidad de la ley en las sociedades de normalización, pero este es un trabajo que desarrolla en *L'État Providence*. En este artículo de 1990, publicado en inglés, se limita a caracterizar las sociedades de normalización y expresamente se pregunta por el lugar que podría haber a la ley dentro de ellas. Nuevamente, según como aparece planteada en “Norms, Discipline and the Law” se trataría de una cuestión no trabajada o escasamente explorada por Foucault. Las sociedades de normalización conforme las describe Ewald suponen el funcionamiento de normas que, a diferencia de las reglas (*rules*) por las cuales se establece un modelo al cual deben ajustarse los movimientos, aptitudes, tendencias, gestos, fuerzas — tanto individuales como colectivas—, determinan un “óptimo” o “promedio”. Será en función de este “óptimo” o “promedio” que podrá juzgarse la conveniencia o la oportunidad de distintas acciones en múltiples dominios: salud pública, economía, agricultura, urbanismo, medio ambiente, educación, entre otros.

Si bien algunos autores, como es el caso de Golder y Fitzpatrick encuentran en los trabajos de Ewald una desequilibrada identificación entre norma y ley por

67 “The norm, then, is opposed not to law itself but to what Foucault would call “the juridical”: the institution of law as the expression of a sovereign’s power. If, as Foucault puts it, “the law cannot help but be armed”, and if its weapon *par excellence* is death, this equation of law and death does not derive from the essential character of the law. Law can also function by formulating norms, thus becoming part of a different sort of power that “has to qualify, measure, appraise, and hierarchize rather than display itself in its murderous splendor.” In the age of bio-power, the juridical, which characterized monarchical law, can readily be opposed to the normative, which comes to the fore most typically in constitutions, legal codes, and the constant and clamorous activity of the legislature” [La traducción es nuestra]. EWALD, François. “Norms, Discipline and the Law”, 138.

la cual el derecho social acaba fundiéndose con la normalización en sí, según nuestra propia lectura: las distinciones y precisiones que señaló resultan relevantes, aun cuando la caracterización de la ley en las sociedades de normalización haya quedado reducida al derecho social. En esta deriva, tanto Valverde y Rose como Tadros recuperan, cada uno a su modo y en diversas direcciones, esta distinción entre ley y norma en tanto modalidades diversas al interior del derecho, inaugurada por Ewald.

Víctor Tadros⁶⁸ comparte la distinción entre lo jurídico y la ley, indicando además que es la transformación de las relaciones de poder la que permite comprender la evolución de la ley en sus diferentes manifestaciones. Impugna el argumento de Hunt y Wickman, así como la posición de Boaventura de Souza Santos, en relación a la concepción foucaultiana del derecho, que aparece a su juicio demasiado identificada con la soberanía y la supuesta subestimación de la ley que ella implicaría. El apoyo argumentativo de Tadros se encuentra en el método genealógico: es necesario comprender que Foucault está analizando relaciones de poder y su funcionamiento singular en la sociedades modernas, de lo contrario se corre el riesgo de adjudicarle respuestas a preguntas que él mismo hubiera eludido.

Foucault no se preguntó qué es el derecho, puesto que una pregunta en esa dirección resulta ajena a sus propósitos. Lejos de ello, buscaba recorrer un camino que le permitiera eludir la narrativa jurídico-discursiva de las relaciones de poder, propia de las sociedades de soberanía, según la cual el poder político es poseído por aquel que puede establecer el límite entre lo permitido y lo prohibido y hacerlo cumplir por medio de la amenaza de la fuerza. De allí la tan reiterada expresión “no hemos cortado aún la cabeza del rey”⁶⁹ por medio de la cual indicaba que era necesario deshacerse de la teoría de la soberanía de las sociedades monárquicas. Frente a esta narrativa, el método genealógico pretende mostrar cómo las relaciones de poder operan a través de las disciplinas y el gobierno, produciendo sujetos y saberes.

A pesar de asumir la diferencia planteada por Ewald entre lo legal y lo jurídico, Tadros no reduce lo jurídico al discurso político monárquico, sino que lo hace reconducible tanto al código con el cual el poder se presenta a sí mismo, como a esa red de relaciones reales de poder que tuvieron existencia en un momento determinado. Así, para Tadros sería posible hablar de una ley jurídica, atravesada por el código de lo jurídico, especialmente en la Edad Media y una ley moderna, que opera a través de la disciplina y el gobierno:

Por lo tanto, debemos considerar tres fenómenos diferentes para comprender la sofisticación del argumento de Foucault sobre la ley; primero la ley en sí misma (que puede adoptar diferentes formas), en segundo lugar, la red de relaciones de poder (que, en diferentes

68 TADROS, Víctor. “Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault”, 78.

69 FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad I, La voluntad de saber*; TADROS, Víctor. “Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault”, 77.

momentos, puede ser o jurídica, o disciplinaria, por ejemplo) y finalmente el código por el cual el poder se presenta (que para Foucault es siempre jurídico).⁷⁰

Ahora bien ¿qué entiende Tadros por lo jurídico en tanto relaciones reales de poder y discurso, en la obra de Foucault? La referencia al discurso jurídico-monárquico no parece presentar mayores problemas en el sentido en que remite a ese código por el cual el poder monárquico prescribe que se lo descifre. El poder monárquico debe su legitimidad, en parte, al hecho de presentarse como un poder fundado en la ley, esa ley que funda la sociedad política y autoriza a su gobernante a establecer los límites entre lo lícito y lo ilícito, así como a imponer jerárquicamente su cumplimiento vía amenaza del uso de la fuerza. En cuanto a lo jurídico como red de relaciones reales (no simbólico-discursivas) de poder, Tadros destaca que no funciona de acuerdo a aquel código caracterizado por la jerarquía y la amenaza, sino que “Hacia el final de la Edad Media, entonces, existía una red jurídica de poder consistente en un orden jerárquico respaldado por la confesión y los castigos espectaculares”⁷¹, que a su vez garantizaba la obediencia de los súbditos sin necesidad de recurrir a la violencia.

Lo que el análisis de las disciplinas, primero, y de la gubernamentalidad después, permitirán hacer visible es la emergencia de una nueva modalidad de la ley, que a diferencia de la jurídica, no opera fundamentalmente a través de la represión sino, y sobre todo, a través de la normalización, produciendo comportamientos por medio de diversos mecanismos de encauzamiento, no reductibles a la prohibición.⁷² A medida que los mecanismos disciplinarios comenzaron a funcionar en la Época Clásica permanecieron ocultos ante la apariencia jurídica del discurso monárquico, para luego consolidarse al amparo del discurso de los reformadores penales en la modernidad: lo que de algún modo siempre estuvo allí (desde la Época Clásica, es decir siglo XVI) y no podíamos captar —nos dice Tadros— es el funcionamiento de las disciplinas. Si las penas se volvieron más suaves que aquellas prescritas por el discurso jurídico-monárquico no fue por las luces de la Ilustración, sino por el funcionamiento de las disciplinas. Este acercamiento de Tadros a la cuestión del derecho en la obra de Foucault, tuvo el mérito de problematizar aquellas lecturas que enfatizaron el menosprecio del derecho en la obra foucaultiana, aun cuando continuó demasiado apegada, quizás por el objeto mismo de su indagación, en la distinción entre lo legal (ley) y la normalización (norma) sin abordar la problemática global.

70 “Hence we must consider three different phenomena if we are to understand the sophistication of Foucault’s argument about law; firstly there is the law itself (which may take a number of different forms), secondly there is the network of power relations (which, at different times, may be either juridical or disciplinary, for example) and finally there is the code by which power presents itself (which for Foucault is consistently juridical).” [La traducción es nuestra]. TADROS, Victor. “Between Governance and Discipline”, 82.

71 “By the end of the Middle Ages, then, there was a juridical network of power that consisted of a hierarchy that was supported by the confession and spectacular punishments” [La traducción es nuestra]. TADROS, Victor. “Between Governance and Discipline”, 89.

72 TADROS, Victor. “Between Governance and Discipline”, 90-91.

Los desarrollos de Rose y Valverde⁷³, en sintonía con la reflexión de Tadros, hicieron foco en la necesidad de cuestionar la identificación enfatizada por algunos autores, como fue el caso de Hunt y Wickham, entre ley de soberanía y mandato prohibitivo respaldado por la amenaza del uso de la fuerza. En su lugar y para evitar cierta oposición entre soberanía y disciplina, proponen la noción de “*legal complex*” a fin de dar cuenta cómo la ley de soberanía refiere a una forma de funcionamiento del poder, un tipo de maquinaria legal que sufrió profundas transformaciones con la emergencia de las sociedades disciplinarias. Ello les permite colocar el acento en el mecanismo, en el tipo de funcionamiento, en la prioridad asignada a cada recurso, en lugar de colocarlo en los elementos (ley, regla, norma) que lo componen. Con el término “complejo legal” refieren “al ensamble de prácticas legales, instituciones legales, estatutos, códigos de legislación, autoridades, discursos, textos, normas y formas de juzgamiento [...] compuesto de elementos con lógicas e historias muy diversas.”⁷⁴

De este modo, sugieren que la transformación ha operado a nivel del derecho y su funcionamiento, es decir una transformación del complejo legal que supone un entramado de prácticas y discursos al interior del cual la distinción lícito-ilícito y la amenaza de sanción propia de la ley de soberanía, cedió frente a los mecanismos disciplinarios que atendían a la normalización social, a través de la incorporación de discursos de autoridad provenientes de la medicina, la psicología, la psiquiatría y la criminología. Lo que habría sucedido es una suerte de gubernamentalización del complejo legal⁷⁵ que como tal funcionó, cada vez más, a través del gobierno de las conductas, sin lograr por ello una cancelación absoluta de la ley propia de las sociedades de soberanía.

A fin de comprender la modalidad propia del complejo legal de las sociedades modernas recurren a la distinción de Ewald entre regla jurídica y norma, por la cual es posible distinguir un tipo de regulación, la de la regla jurídica, basada en un modelo impuesto por su autoridad, moralidad, virtud, orden, deber de obediencia; y otro tipo de regulación, la norma, que surge de la naturaleza de los objetos que son gobernados y en la que la normalidad justifica y legitima la normatividad: el niño normal, el enfermo normal, la conducta normal.⁷⁶ A partir de incorporar los discursos médicos, psicológicos, securitarios, criminológicos que permiten estandarizar aquello considerado normal, el complejo legal se fue permeando por los mecanismos disciplinarios al promover, mediante estímulos de distinto tipo y la amenaza latente de sanción jurídica, la adecuación a los estándares de normalidad impuestos. Pero a diferencia de Ewald, Rose y Valverde no identifican

73 ROSE, Nikolas y VALVERDE, Mariana. “Governed by Law?”.

74 “the assemblage of legal practices, legal institutions, statutes, legal codes, authorities, discourses, texts, norms and forms of judgement [...] composed of elements with very diverse histories and logics” [La traducción es nuestra]. ROSE, Nikolas y VALVERDE, Mariana. “Governed by Law?”, 541.

75 ROSE, Nikolas y VALVERDE, Mariana. “Governed by Law?”, 543.

76 ROSE, Nikolas y VALVERDE, Mariana. “Governed by Law?”, 544.

en términos generales normalización con derecho o legislación social, sino que sugieren la necesidad de realizar trabajos empíricos que den cuenta, en cada caso, en cada ámbito de problematización, la manera singular en que el complejo legal opera. En lugar de preguntarse por la ley o el derecho, la pregunta se sitúa en la emergencia de una determinada realidad como problema de gobierno: cómo, de qué manera una determinada conducta resulta un problema de gobierno y qué rol juega el complejo legal en esa configuración, ya sea en la emergencia de un tópico como problema, o en el tipo de respuestas que se despliegan.

De esta manera, la perspectiva de Rose y Valverde en relación a lo jurídico en la obra de Foucault cobra una dimensión que por sí misma anula la pregunta por lo jurídico, tanto como la tesis de la expulsión: a partir de la incorporación de la noción de complejo legal, la legalidad queda inscrita al interior de las prácticas propias de las sociedades de soberanía como de aquellas que las sucedieron

Los códigos, técnicas, discursos y sentencias legales son sólo un elemento en las tramas que constituyen nuestra experiencia moderna de la subjetividad, responsabilidad, ciudadanía tanto pública como privada, incluso de los derechos o la culpa y la inocencia. Los mecanismos de la ley están siempre entrecruzados con procesos y prácticas extra-legales.⁷⁷

Desde esta perspectiva, la ley constituye un elemento del que no es posible prescindir en el análisis de las sociedades modernas, ni contemporáneas, pero a diferencia de lo que una serie de discursos permeados por la narrativa insistente de los derechos pretenden hacernos creer, son sólo un elemento más en la trama de las relaciones de poder, sin siquiera un lugar privilegiado en términos de su capacidad analítica.

A partir de los desarrollos de Tadros, Rose y Valverde parece delinearse, en la academia anglosajona, una comprensión del derecho en la obra foucaultiana que coloca el acento en el método genealógico y la analítica del poder por la cual la tesis de la expulsión quedaría fuertemente cuestionada. En su lugar, se propone una lectura que brinda un marco, una serie de problemas y herramientas para pensar lo jurídico en la obra Foucault: es decir, a diferencia de aquella, la analítica del poder de Foucault, aun cuando promueve salir de la concepción jurídica y económica del poder, no supone por sí misma la cancelación del derecho. Se trata, más bien, de la necesidad de comprender su funcionamiento a partir de problemas y necesidades que ya no estarán marcados por la legitimidad de un poder para el ejercicio de su capacidad mortífera, sino por la potenciación de las fuerzas productivas de los cuerpos a su cargo, a través de procesos de normalización, primero, y de securitización y regularización, después.

⁷⁷ “The codes, techniques, discourses and judgements of law are only one element in the assemblages that constitute our modern experience of subjectivity, responsibility, citizenship both public and private, even of rights, or of guilt and innocence. The workings of law are always intermixed with extra-legal processes and practices.” [La traducción es nuestra]. ROSE, Nikolas y VALVERDE, Mariana. “Governed by Law?”, 546.

En una línea similar, aun sin evocar el trabajo de Ewald y a propósito de un comentario crítico al libro de Hunt y Wickman, Anthony Beck pondrá el acento en el hecho de que la distinción entre la ley y las disciplinas formulada por el propio Foucault —y central para los autores a fin de sostener su tesis de la expulsión— no puede comprenderse adecuadamente sino a partir de la concepción foucaultiana de poder y la forma en que la ley y la soberanía se integran en los Estados modernos. Su deficiente comprensión de la concepción del poder foucaultiano les habría impedido captar con precisión cómo la ley, al igual que las disciplinas, operan en el marco de relaciones de fuerzas. A partir de recuperar el anclaje nietzscheano de la noción de fuerza en la concepción del poder de Foucault, Beck sostiene:

No comprenden que ambos, la ley y las disciplinas, que se ejercen en diversas actividades sociales son reducibles, en esta teoría, al juego de fuerzas. Consideran el poder sólo en relación a las disciplinas y para ello distinguen lo que denominan ‘pequeños poderes’, de vigilancia disciplinaria, medición y control en la vida diaria de las escuelas, fábricas, hospitales y prisiones, de lo que denominan ‘grandes poderes’, que identifican por ejemplo, con el Estado o el capital.⁷⁸

Por ello, no habrían logrado captar a la ley misma en la analítica del poder como relación de fuerzas, que supondría comprender la interdependencia de la ley y las disciplinas. De igual modo, los autores no terminan de comprender la apuesta de Foucault al develar el papel de las disciplinas en la modernidad: no se trata, como sostienen Hunt y Wickman, de identificar la ley con el discurso del derecho monárquico, sino de mostrar cómo el orden moderno está compuesto de dos sistemas, el disciplinario y el legal, y ha sido la caracterización democrática de la ley la que ha ocultado el funcionamiento real de las disciplinas. La ley, el Estado de Derecho, opera no sólo como máscara de los mecanismos de poder, sino que a la vez constituye un recurso del poder, con una importancia al menos equivalente a la de las disciplinas. Tanto la ley como las disciplinas conforman el orden moderno y el problema, de acuerdo con Foucault, es que la analítica del discurso jurídico-monárquico no ha sido capaz de captar el funcionamiento de las disciplinas.⁷⁹ Lo que, con lucidez, advierte Beck es que sería ciertamente un error suponer que la ley en la modernidad funciona sólo a nivel formal, pero esa no habría sido la posición adoptada por Foucault, y por ello la tesis de la expulsión carece, a partir de esta suposición, de fundamento.⁸⁰

En la misma línea, podemos reconocer el trabajo -en cierta medida pionero- de

78 “They do not understand that both law and the disciplines exercised in different social activities, are all reducible, in this theory, to the play of forces. They consider power only in relation to discipline. In order to do so, they make a fracture between what they call the ‘small powers’ of disciplinary surveillance, measurement and control in everyday life in schools, work-places, hospitals and prisons, and what they call the ‘big powers’, which they identify as the state or capital.” [La traducción es nuestra]. BECK, Antony. “Foucault and Law: the Collapse of Law’s Empire”, 493.

79 BECK, Antony. “Foucault and Law: the Collapse of Law’s Empire”, 494.

80 BECK, Antony. “Foucault and Law: the Collapse of Law’s Empire”, 495- 496.

Turkel, escrito en 1990, centrado en la manera en que la ley, el derecho, a partir de la gran transformación que supuso la emergencia de las sociedades disciplinarias, no puede ser concebido en su autonomía.

El análisis foucaulteano de la ley nos aleja de nociones relativas a la autonomía de la ley. Igualmente, nos aleja de las nociones según las que el derecho se encuentra determinado por estructuras económicas y políticas. En su lugar, la ley debe ser analizada en torno de sus relaciones de poder-saber internas, así como sus relaciones con otros discursos e insumos de poder.⁸¹

Lo que es perceptible a partir de los desarrollos de Foucault es la necesidad de concebir lo legal como un complejo sistema en el que se interconectan categorías o conceptos jurídicos y discursos, conceptos y prácticas provenientes de otras disciplinas: medicina, psiquiatría, criminología. En la medida en que, donde hay derechos legalizados hay tecnologías de poder⁸² que vehiculizan y operativizan esas regulaciones, lo jurídico no puede comprenderse autónomamente, ni desligado de sus anclajes disciplinarios, normalizadores ni securitarios.

3. Más allá de la norma y la normalización: una lectura de la ley en Foucault

En el derrotero que supuso el cuestionamiento de la tesis de la expulsión, el trabajo relativamente reciente de Golder y Fitzpatrick, *Foucault's Law*, procura recuperar el debate para invertir sus coordenadas. Nuevamente, el foco se coloca en la concepción foucaulteano del derecho, culminando en una versión algo desproporcionada y ciertamente poco foucaulteano, en el sentido que avanza a partir de trabajos de su autoría sobre los que Golder y Fitzpatrick hacen operar deslizamientos de sentido que los sustraen de su universo conceptual. Aun cuando varios comentaristas han destacado que el texto procede a partir de los propios desarrollos de Foucault a los que fuerza a ir más allá de sí mismos, nosotros leemos en ellos una deriva que los hace ser otra cosa, todo lo cual no resulta incompatible con el propio pensamiento de Foucault, pero en ese caso se trata de los desarrollos de Golder y Fitzpatrick a partir de Foucault y no de “el derecho de Foucault” como el título del libro sugiere. Probablemente, lo que estamos problematizando es la idea misma de *Foucault's Law*: qué entendemos por “el derecho [la ley] de Foucault”. Probablemente el texto busca jugarse en esa ambigüedad, intentando validar una lectura foucaulteano, a pesar de Foucault.

81 TURKEL, Gerald. “Michel Foucault: Law, Power, and Knowledge”, 189. “Foucault’s analysis of law leads us away from notions of the autonomy of law. It also leads us away from notions that the law is determined by economic and political structures. Rather, law must be analysed in terms of its internal relations of power and knowledge as well as its relations to other discourses and sources of power.” [La traducción es nuestra].

82 “Where there are legal rights, there are technologies of power.” TURKEL, Gerald. “Michel Foucault: Law, Power, and Knowledge”, 190.

Retomemos el texto y su propósito que, lejos de corregir o completar los desarrollos de Foucault sobre el derecho, busca sobretodo

desarrollar su pensamiento a lo largo de ciertas líneas que él mismo explícitamente no exploró ni tematizó de esta manera [...] precisamente cómo la ley, a través de su orientación receptiva respecto de la contingencia e imprevisibilidad del futuro, es un elemento constitutivo del lazo social en la modernidad.⁸³

La ley funcionaría como un recurso imprescindible para la sociabilidad al garantizar continuidad y persistencia de nuestro estar juntos, desde la modernidad en adelante, pero es sólo a partir de su receptividad ante lo contingente que puede hacerlo. Por ello, comenzarán por señalar la distinción que el propio Foucault habría realizado, en el “Prefacio de la transgresión” editado en 1963⁸⁴, entre dos figuras, o narrativas, de la modernidad occidental en torno a la organización social, respecto de las cuales, además, ellos proponen que la legalidad puede ser pensada. Una de estas figuras aparece ligada a la idea de clausura, de nuevo orden social, cuyo correlato a nivel de la legalidad sería ese derecho disciplinario y normalizador que Ewald habría caracterizado como derecho social, garante finalmente de la nueva distribución de cuerpos y funciones de la modernidad capitalista. Es decir, el derecho como operador y refuerzo de la normalización. Otra de las figuras se liga, en cambio, con la idea de ruptura, de imprevisibilidad, en la que la modernidad supondría cierta disposición a traspasar los propios límites hacia unos modos de ser y estar juntos, cuya forma de legalidad sería un tipo de ley lábil y flexible capaz de receptor esa contingencia.

Evidentemente, es a partir de esta distinción que los autores buscan sostener la presencia en Foucault de un tipo de legalidad no disciplinaria ni normalizadora, caracterizada por su receptividad y adaptación a nuevos modos de ser. Un tipo de legalidad que se corresponde con la modernidad pensada en esta segunda dirección, no como clausura, sino como ruptura y por ello sugieren “una alternativa al planteo de Ewald de la ley como clausura de lo social”.⁸⁵

La ley en correlación con la lectura rupturista de la modernidad, que los autores asumen en Foucault, no puede ser concebida como mandato de prohibición bajo amenaza de sanción sino que aparece ahora como la posibilidad de instituir otros modos posibles de ser y estar juntos. Por ello la ley es el correlato de un tipo de lazo social, un tipo de socialidad pensada en la contingencia. Al presentarse como el opuesto de la normalización, la ley de la contingencia se distingue de la norma de un modo diverso: en la propuesta de lectura de Golder y Fitzpatrick la ley no

83 “in developing his thought along certain lines which he himself neither fully explored nor explicitly thematized in the way in which we do here [...] What we want to show in this chapter is precisely how law, through its responsive orientation to the ultimate contingency and unpredictability of the future, is a constituent component of the social bond in modernity” [La traducción es nuestra]. GOLDER, Ben y FITZPATRICK, Peter. *Foucault's Law*, 99-100.

84 “Preface à la transgression” En *Hommage à Georges Bataille, Critique*, 1963, 195-196.

85 “an alternative to Ewald's thinking of law as social closure.” [La traducción es nuestra]. GOLDER, Ben y FITZPATRICK, Peter. *Foucault's Law*, 107.

puede identificarse con el absolutismo monárquico premoderno, la distinción ley/norma tiene sentido en relación a dos narrativas o concepciones de la modernidad. La ley, en este sentido, se corresponde con aquello que Foucault denominó “actitud de modernidad” o “actitud crítica”.

Para que la ley se corresponda con esta experiencia de ruptura de la modernidad debe ser capaz de establecer una existencia definible así como [...] de responder de manera adaptativa, imaginando otros modos y formas de ser. Es este movimiento, el movimiento de la exterioridad, el que es constitutivo de la ley de Foucault. Esta ley de ser de otra manera, es la propia ley de la ley, y en ello consiste la socialidad de la ley. Esta cualidad receptiva de la ley significa que puede servir como fuente constitutiva de nuestra socialidad, de nuestro estar-juntos.⁸⁶

El problema con esta interpretación es que el derecho queda desanclado de las relaciones sociales de poder. Si es cierto que el derecho posee capacidad de adaptación y receptividad de aquello que lo excede, no queda claro qué es aquello que está fuera de sí. Y, por otro lado, lo jurídico termina funcionando únicamente como adaptación, quedando de lado la operatividad propia de lo jurídico en un sistema de relaciones sociales de fuerza.

La grilla de inteligibilidad propuesta por Foucault permite comprender que aquello que moldea, que hace a la ley manifestarse con las características en que lo hace, en cada momento histórico, son las relaciones de fuerzas, las relaciones de poder. Sin que ello suponga necesariamente subordinar el derecho al poder, como señalan Golder y Fitzpatrick, sí supone reconocer que el derecho no es comprensible fuera del diagrama de relaciones de fuerzas en torno del cual se instituye la ley, y en relación al cual el derecho opera en diversas direcciones: manteniéndolas o abriendo la posibilidad de su transformación. Pero para que esto último acontezca son necesarias prácticas sociales, agentes, disposiciones, fuerzas, juegos estratégicos. En este sentido, podemos sostener que el derecho no funciona *per se*, como una fuerza auto-generada, ni constituye el motor de transformación de relaciones sociales. Si podemos pensar en una legalidad correlativa a la modernidad, como actitud crítica, tal como proponen Golder y Fitzpatrick, es porque existe algo así como prácticas de libertad, pero éstas no son reductibles ni identificables con los derechos. Las prácticas de libertad, en su caso, poseen su propia gramática.⁸⁷

86 “For law to be commensurate with this futural and ruptural experience of modernity it must be able both to enforce a delimitable presence and, more crucially [...], to respond adaptively, envisioning other modes and ways of being. [...] It is this movement, the movement of exteriority, which is constitutive of Foucault’s law. This law of being otherwise is the very law of the law, and it is in this that law’s sociability consists. This responsive quality of law means that it can serve as the constituent source of our sociality, of our being-together.” [La traducción es nuestra]. GOLDER, Ben y FITZPATRICK, Peter. *Foucault’s Law*, 110.

87 En un trabajo reciente hemos avanzado, junto con Silvana Vignale, en una distinción analítica respecto de los derechos y las libertades, VIGNALE, Silvana y ALVAREZ, Luciana. “Prácticas de libertad en la gubernamentalidad neoliberal: claves para pensar la desobediencia en los bordes del sujeto”. XI Coloquio Internacional Michel Foucault,

4. Conclusión

El camino que hemos trazado permitió hacer visible cómo la idea según la cual Foucault no se ocupó del derecho en las sociedades modernas, o despreció el rol significativo que supo desempeñar en la modernidad, adolece de serios equívocos. Algunos de ellos, pueden comprenderse y salvarse al prestar atención a la circulación y edición de los trabajos de Foucault, sobre todo aquellos comúnmente denominados genealógicos y de manera especial las conferencias de Río de Janeiro de 1973. Además, advertimos cierto menosprecio —por parte de los autores que sostuvieron esas convicciones— de la analítica del poder elaborada por Foucault, lo que los habría llevado a considerar aisladamente el problema del derecho, e interpretar algunas de las enunciaciones que el propio Foucault pudo haber proferido, fuera de su grilla de inteligibilidad. De la misma manera, y aun cuando autores como Golder y Fitzpatrick, lejos de la tesis de la expulsión formulada por Hunt y Wickham, reconozcan en el trabajo de Foucault la existencia del derecho como objeto de problematización, terminan compartiendo con Hunt y Wickham una falta de atención respecto de la analítica del poder foucaultiana, lo que los lleva a incurrir en otros problemas. Si bien para estos autores ya no se trata de desterrar al derecho del universo de inquietudes foucaultianas, la comprensión sobredimensionada de jurídico en sus trabajos termina por salir nuevamente de las coordenadas que define la grilla de inteligibilidad del poder, tornándose constitutivo de lo social.

Por otro lado, en las posiciones de Tadros, Valverde, Rose, Beck o Turkel, entre otros, pudimos advertir cómo para discutir la tesis de la expulsión, que se encuentra hoy en evidente retirada, pero que igualmente supo ocupar un lugar central, utilizan como punto de apoyo la analítica del poder foucaultiana. Cada uno de ellos a su modo, y aun sin llegar a configurar un desarrollo teórico de envergadura puesto que se trata de artículos —en su mayoría— breves, supo ubicar el derecho en el entramado de fuerzas y relaciones que componen lo social. En sus desarrollos, el derecho ocupa una posición relativa, ni ausente ni central. Se trata de uno de los elementos que estructuran un diagrama de fuerzas determinado, fuera del cual los derechos carecen de toda realidad y potencialidad. Este constituye un punto relevante en la medida en que a partir de aquí es posible seguir pensando las diversas modalidades de lo legal, lo que podría llevarnos a no identificar superficialmente, por ejemplo: “derechos de los gobernados” con derechos humanos. Si buscamos comprender en qué consisten hoy esos derechos de los gobernados, ello sólo es posible en el marco de unas relaciones de poder signadas por el gobierno, y más específicamente por una gubernamentalidad neoliberal como es el caso de algunas de nuestras formaciones sociales, en la que ellos pueden invocarse y hacerse valer, pero ese es objeto de otros trabajos, aun

en curso. Es decir, para un análisis de la importancia y la singularidad que los derechos pueden tener en nuestras sociedades, si partimos de los desarrollos de Foucault, parece relevante recuperar este tipo de trabajos que muestran cómo la puesta en funcionamiento de la analítica del poder brinda una serie de elementos indispensables.

5. Bibliografía

- BAXTER, Hugh. "Review: Bringing Foucault into Law and Law into Foucault". En *Stanford Law Review*, Vol. 48, No. 2, 1996, 449-479.
- BECK, Antony. "Foucault and Law: the Collapse of Law's Empire". En *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 16, No. 3. Oxford University Press, Oxford, 1996, 489-502.
- BURCHELL, Graham; GORDON, Colin; MILLER, Peter. (Eds.) *The Foucault Effect: Studies on Governmentality with Two Lectures By and an Interview with Michel Foucault*. University Chicago Press, Chicago, 1991.
- CANAVESE, Mariana. "El espacio público entre la asfixia y la resistencia: usos de Foucault durante la dictadura argentina". En *Polis. Revista Latinoamericana*. N° 31, 2012.
- CANAVESE, Mariana. *Los usos de Foucault en la Argentina. Recepción y circulación desde los años cincuenta hasta nuestros días*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.
- DÍAZ MARSÁ, Marco. *Ley y ser. Derecho y ontología crítica en Foucault (1978-1984)*. Escolar y Mayo, Madrid, 2016.
- EWALD, François. *L'État Providence*. Bernard Grasset, Paris, 1986.
- EWALD, François. "Norms, Discipline and the Law". En *Representations*, 30, 1990.
- EWALD, François. "Michel Foucault et le norme". En GIARD, Luce. *Michel Foucault. Lire l'oeuvre*. Jérôme Million, Grenoble, 1992, pp. 201-221.
- FOUCAULT, Michel. "Preface á la transgression" En *Hommage á Georges Bataille, Critique*, 1963.
- FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad I, La voluntad de saber*. Trad. Ulises Guinazú. Siglo XXI, Buenos Aires, 1977.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Pontifica Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1978.
- FOUCAULT, Michel. "On Governmentality", *Ideology & Consciousness*, 7, 1979.
- FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Trad. Enrique Lynch. Gedisa, México, 1980.
- FOUCAULT, Michel. "Two Lectures". En GORDON, Colin. *Power/Knowledge. Selected Interviews and Other Writings, 1972-1977*. Trad. Colin Gordon; Leo Marshall; John Mepham; Kate Soper. Pantheon Books, New York, 1980.

- FOUCAULT, Michel. "Omnes et singulatim: towards a criticism of political reason". En MCMURRIN, Sterling (Ed.). *The Tanner Lectures on Human Values*, Vol. 2. University of Utah Press, Utah, 1981.
- FOUCAULT, Michel. "La verité et les forms juridiques". En FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits*. Gallimard, Paris, 1994, 538-646.
- FOUCAULT, Michel. "Truth and Juridical Forms." En *Power*, FAUBION, James D. The New Press, New York, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France 1975-1976*. Trad. Horacio Pons. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Trad. Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Security, Territory, Population. Lectures at the Collège de France, 1977-78*. Trad. Graham Burchell. Palgrave Macmillan, Estados Unidos, 2007.
- FOUCAULT, Michel. *Securité, territoire, population. Cours au collège de France 1977-1978*. Gallimard, Paris, 2004.
- GOLDER, Ben y FITZPATRICK, Peter. *Foucault's Law*. Routledge, New York, 2009.
- HARCOURT, Bernard. "Situation du cours". En FOUCAULT, Michel. *Théories et institutions pénales. Cours au Collège de France. 1971-1972*. Gallimard, Paris, 2015.
- HUNT, Alan. "Foucault's Expulsion of Law: Toward a Retrieval". En *Law & Social Inquiry*, Vol. 17, No. 1, 1992.
- HUNT, Alan y WICKHAM, Gary. *Foucault and Law. Toward a Sociology of Law and Governance*. Pluto Press, London and Boulder, 1994.
- HUNT, Alan. "Encounters with juridical assemblages: reflections on Foucault, law and the juridical". En GOLDER, Ben. *Re-reading Foucault: On Law, Power and Rights*. Routledge, New York, 2013, 64-84.
- IVISON, Duncan. "The Disciplinary Moment: Foucault, Law and the Reinscription of Rights". En MOSS, Jeremy (Ed.) *The Later Foucault Politics and Philosophy*. SAGE, Inglaterra, 1998, 129-148.
- LE BLANC, Guillaume. *Canguilhem et les normes*. PUF, París, 1998.
- LEGRAND, Stéphane. *Les normes chez Foucault*. PUF, Paris, 2007.

- MACHEREY, Pierre. *Canguilhem a Foucault*. La Fabrique Éditions, Paris, 2009.
- MARÍ, Enrique. “Mi, Pierre Riviere... y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales”. En: LEGENDRE, Pierre y otros. *El discurso jurídico*. Hachette, Buenos Aires, 1982.
- ROSE, Nikolas y VALVERDE, Mariana. “Governed by Law?”. En *Social & Legal Studies*. SAGE Publications, London, Thousand Oaks, CA and New Delhi, Vol. 7(4), 1998.
- SIMON, Jonathan. “In Another Kind of Wood: Michel Foucault and Sociolegal Studies.” En *Law & Social Inquiry*, Vol. 17, No. 1, 49-55.
- TADROS, Victor. “Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault”. En *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 18, No. 1, 1998, pp. 75-103.
- TURKEL, Gerald. “Michel Foucault: Law, Power, and Knowledge”. En *Journal of Law and Society*, Vol. 17, No. 2, 1990, pp. 170-193.
- VALVERDE, Mariana. “Specters of Foucault in Law and Society Scholarship”. En *Annual Review of Law and Society Science*, 2010.