

Daimon. Revista Internacional de Filosofía, en prensa, aceptado para publicación tras revisión por pares doble ciego.

ISSN: 1130-0507 (papel) y 1989-4651 (electrónico)

<http://dx.doi.org/10.6018/daimon.411461>

Licencia [Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 España](#) (texto legal). Se pueden copiar, usar, difundir, transmitir y exponer públicamente, siempre que: i) se cite la autoría y la fuente original de su publicación (revista, editorial y URL de la obra); ii) no se usen para fines comerciales; iii) se mencione la existencia y especificaciones de esta licencia de uso.



Sentido y alcances de la noción de “formas jurídicas” en Michel Foucault

Meaning and scope of the notion of ‘juridical forms’ in Michel Foucault

EDGARDO CASTRO¹

Resumen: Este trabajo se ocupa de mostrar la relevancia de la cuestión del derecho en la filosofía política de Michel Foucault. Argumentando contra el denominado “antijuridicismo” del autor, busca determinar el lugar que ocupan las formas jurídicas en su analítica del poder a partir de la relación entre la historia del derecho y la historia de la verdad. A tal fin, discute la distinción propuesta por François Ewald entre lo jurídico y lo legal y plantea la necesidad de complementar las perspectivas de los libros de Foucault con los textos editados póstumamente, en particular sus cursos en el Collège de France.

Palabras clave: Derecho, antijuridicismo, historia de la verdad, analítica del poder.

Abstract: This work aims to show the relevance of the question of law in Michel Foucault’s political philosophy. Arguing against the so-called ‘anti-juridicism’ of the author, we seek to determine the place that juridical forms occupy in his analysis of power based on the relationship between the history of law and the history of truth. To this end, we discuss the distinction proposed by François Ewald between the juridical and legal and we raise the need to complement the perspectives of Foucault’s books with some texts edited posthumously, particularly his courses at the Collège de France.

Key words: Law, anti-juridicism, history of truth, analytics of power.

La problemática del derecho en el pensamiento de Michel Foucault dio lugar a un intenso debate en la literatura secundaria, especialmente anglosajona, y también las biopolíticas postfoucaultianas, cuyo ejemplo más relevante son las críticas que le dirige Giorgio Agamben en *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*. En ambos casos, el cuestionamiento es lo que se ha denominado su “antijuridicismo”, que no sólo lo conduciría a subordinar por completo el

Recibido: 24/01/2020. Aceptado: 29/10/2020.

¹ Edgardo Castro: Doctor en Filosofía por la Universidad de Friburgo (Suiza), investigador principal del Conicet (INEO), miembro del Centro de Investigaciones Filosóficas (Buenos Aires) y profesor titular ordinario de Historia de la filosofía contemporánea (Unsam). Sus publicaciones se ocupan de la filosofía contemporánea francesa e italiana. Es uno de los principales traductores de la obra de Giorgio Agamben al español. Entre sus libros, cabe destacar *Pensar a Foucault* (1995), *Giorgio Agamben. Una arqueología de la potencia* (2008), *Lecturas foucaulteanas. Una historia conceptual de la biopolítica* (2011) y, publicado por Siglo Veintiuno Editores, *Introducción a Foucault* (2014) y *Diccionario Foucault* (2018).

derecho a otras formas de ejercicio del poder, como las disciplinas y la biopolítica, sino incluso a expulsarlo de la Modernidad.² Un recorrido sumario por los libros publicados en vida del autor parece justificar estas objeciones.

Las primeras referencias de cierta relevancia a la problemática del derecho se encuentran en *Histoire de la folie* y en *Naissance de la clinique*. Estas conciernen al hospital general como forma de ejercicio de la soberanía (Foucault 1999, 73), a la influencia de la noción jurídica de alienación en la ciencia médica y en la experiencia de la alienación social durante la época del gran encierro de los siglos XVII y XVIII (Foucault 1999, 172-174), a la relación entre soberanía y naturaleza (Foucault 1999, 658-659), y, en la segunda obra, a la legislación acerca de la enseñanza de la medicina y su ejercicio en la época de la Revolución francesa (por ejemplo, Foucault 1988, 82). En general, se trata de referencias que tienen un carácter disperso y secundario, dado que aparecen en relación con otros temas que constituyen el interés primario del autor.

En *Les Mots et les choses* (1966) y *L'Archéologie du savoir* (1969) la cuestión del derecho no ocupa ni siquiera ese lugar secundario. Para reencontrarse con ella, es necesario desplazarse hasta la aparición de *Surveiller et punir* (1975) y de *La Volonté de savoir* (1976). En *Surveiller et punir*, las discusiones sobre el derecho penal, a diferencia de cuanto sucede en las obras tempranas, se ubican en el centro de la escena. Además, y este aspecto merece ser puesto de relieve, casi al inicio de la obra nos encontramos con las primeras consideraciones metodológicas –insistimos, en los libros publicados en vida– en relación con el derecho. En efecto, luego de haber contrapuesto el espectáculo del suplicio a la sobriedad punitiva del empleo del tiempo en las instituciones de encierro, Foucault enumera cuatro reglas generales para su investigación. Tres de ellas involucran la cuestión del derecho: no estudiar las técnicas punitivas como una mera aplicación de las reglas del derecho, sino como prácticas específicas que responden a tácticas políticas; buscar si hay una matriz común, “epistemológico-jurídica”, a la historia del derecho y a la de las ciencias humanas; y, por último, analizar la inserción de los saberes científicos en la práctica penal como un efecto de la transformación de las relaciones de poder que embisten al cuerpo (Foucault 1975, 28).

En términos ciertamente muy sucintos, apenas una página, y que, por lo tanto, requieren ser desarrollados, nos encontramos con las tres grandes problemáticas en torno a las cuales

² Sobre el debate en la literatura secundaria acerca de la cuestión del derecho en Michel Foucault, cf. Hunt (1992) y Golder y Fitzpatrick (2009). Acerca de la posición del filósofo italiano, cf. Agamben (1995, 7).

puede organizarse -y, de hecho, se despliega- la problemática jurídica en el pensamiento de Michel Foucault: la relación derecho-analítica del poder, derecho-verdad y derecho-cuerpo.

El abordaje de la cuestión del derecho en la obra de 1976, *La Volonté de savoir*, puede considerarse como una ampliación de las reglas formuladas en *Surveiller et punir*. Por un lado, Foucault se detiene más extensamente sobre el lugar que ocupa -o, mejor, no debe ocupar- el derecho en su analítica del poder. Así, la relación entre derecho y poder ya no sólo concierne al derecho penal y a las prácticas punitivas, sino a la analítica del poder en general y también a la teoría jurídica en general. Sobre todo, en relación con la noción de soberanía de la construcción jurídica de las monarquías occidentales. Por ello, Foucault sostiene que, en el ámbito de la teoría política, para deshacerse de su matriz jurídica todavía es necesario cortar la cabeza al rey (Foucault 1976, 116-117). Por otro lado, la relación entre derecho y cuerpo ya no se limita al ámbito de las disciplinas, al cuerpo de los individuos; con la introducción de la noción de biopolítica se extiende también al cuerpo de la población (Foucault 1976, 175 y ss.). En cuanto a la relación derecho-verdad, Foucault remite a una obra futura, jamás publicada, *El poder de la verdad*, sobre el derecho griego y romano de la época imperial (Foucault 1976, 79, nota 1).

En los siguientes volúmenes de la *Histoire de la sexualité* publicados en 1984, *L'Usage des plaisirs* y *Le Souci de soi*, como sucedía en sus obras de 1966 y 1969, la cuestión del derecho se encuentra prácticamente ausente.

Como ya señalamos, a la luz de cuanto acabamos de decir, parecen apropiadas las posiciones como las de Agamben y otros cuando hablan de un “antijuridicismo” o de una expulsión del derecho en los trabajos de Michel Foucault. En efecto, cuando éste aborda la relación entre analítica del poder y derecho, lo hace, precisamente, para relativizar el valor explicativo del modelo jurídico. Y cuando describe el funcionamiento de las disciplinas o la biopolítica, es decir, cuando está en cuestión la relación derecho-cuerpo, el derecho aparece subordinado a estas nuevas formas de ejercicio del poder.

En resumen, retomando una formulación propia del autor y frecuentemente citada, a partir del siglo XVIII, “hemos ingresado en una fase de regresión de lo jurídico” (Foucault 1976, 190).³ Podría argumentarse que es esto justamente lo que ha querido mostrar en *Surveiller et punir* y *La volonté de savoir*, ocupándose de las disciplinas y de la biopolítica.

François Ewald ha reaccionado contra una interpretación que deduciría de lo anteriormente expuesto la tesis según la cual, en esta fase que comienza hacia finales del siglo

³ Excepto que indiquemos lo contrario, las traducciones son nuestras.

XVIII, se trataría solo de una expansión de la norma, en base a la cual funcionan la disciplina y la biopolítica, en detrimento de la ley. En un artículo de 1990, “Norms, Discipline, and the Law”, Ewald sostiene, en efecto, que esta regresión de lo jurídico no implica una declinación de la ley como consecuencia del desarrollo del moderno biopoder (Ewald 1990, 138).

La argumentación de Ewald se funda en distinguir entre la ley y lo jurídico. Siguiendo su razonamiento, lo jurídico es una de las dimensiones de la ley, entendida en este caso como la expresión de la voluntad soberana; la noción de ley en el ámbito mismo del derecho, sin embargo, es mucho más amplia y variada. En este sentido, una regresión de lo jurídico, como consecuencia de la constitución del moderno biopoder, involucra sólo a una de sus dimensiones. Para Ewald, de hecho, el nuevo poder sobre la vida conlleva, más bien, una ampliación de las formas de expresión y de las funciones de la ley (Ewald 1990, 138). Desde esta perspectiva, sostiene que el pensamiento foucaultiano le plantea dos grandes interrogantes a la filosofía del derecho: la tarea de distinguir la ley de su expresión formal en lo jurídico y la de pensar las nociones de norma y normalidad en relación con esas expresiones no jurídicas de la ley (Ewald 1990, 139, 159), donde “la norma elimina dentro de la ley la función de las relaciones verticales de soberanía en favor de las relaciones más horizontales de bienestar y de seguridad sociales” (Ewald 1990, 155).

Sin negar el valor de la distinción y de la interpretación propuestas por Ewald, respecto de su argumentación es necesario distinguir entre el orden de lo conceptual y el de lo terminológico. En este último plano, se debe notar que la distinción propuesta no se refleja en el vocabulario de los escritos foucaultianos.

En su forma sustantivada, *le juridique*, y para expresar precisamente la idea de una regresión de lo jurídico, Foucault se sirve también del término “ley” como si fuesen sinónimos. En su curso de 1976, en efecto, habla de una transferencia “de la ley a la norma, de lo jurídico a lo biológico” (Foucault 1997, 71). Y, en su conferencia de 1982, “The Political Technology of Individuals”, sostiene literalmente: “el derecho, por definición, remite siempre a un sistema jurídico” (Foucault 1994, t. 4, 827).

Con el sentido en que lo utiliza Ewald en su forma sustantivada, la expresión “lo jurídico” aparece sobre todo en *La Volonté de savoir*, pero tampoco de manera consistente. En algunas páginas que preceden a las dedicadas a la introducción de los conceptos de biopoder y de biopolítica, y también a la mencionada referencia sobre la regresión de lo jurídico, Foucault afirma la incapacidad de los conceptos jurídico-institucionales para representar las formas modernas del poder. En este contexto, no distingue entre lo jurídico, por un lado, y lo legal,

por otro, sino que, al contrario, ubica a la ley, sin mayores precisiones al respecto, al mismo nivel de la noción de soberanía e incluyendo a ambas, la ley y la soberanía, bajo la denominación general de lo jurídico (Foucault 1976, 117-119). Afirma, en efecto:

“Tratemos de deshacernos de una representación jurídica y negativa del poder, renunciemos a pensarlo en términos de ley, de prohibición, de libertad y de soberanía” (Foucault 1976, 119).

Ahora bien, en segundo lugar, respecto del plano conceptual de la distinción, debemos tener en cuenta que, en estas páginas apenas referidas, al igual que en las que se afirma el ingreso en una fase de regresión de lo jurídico, el foco de la argumentación está puesto en la relación entre el derecho (lo jurídico y las otras formas de la ley en su conjunto, si queremos retomar la distinción propuesta por François Ewald) y la representación del poder. Para Foucault, con la aparición del biopoder, el derecho ya no puede desempeñar el papel que había jugado en la época de la constitución de las teorías modernas de la soberanía, es decir, el de ser la grilla conceptual de la constitución y del funcionamiento del poder. Los nuevos mecanismos del poder, según sostiene, son “irreductibles” a su representación en términos de ley (Foucault 1976, 117); lo jurídico ha perdido, por ello, su capacidad para “codificar” el poder (Foucault 1976, 118).

Desde esta perspectiva, puede decirse que la posición de Ewald, distinguiendo entre lo jurídico y lo legal en el pensamiento foucaultiano, profundiza los términos de la cuestión, pero, al mismo tiempo, los desplaza. Si, para Foucault, se trata de pensar el poder en términos no jurídicos, Ewald busca más bien pensar la ley misma en términos no jurídicos.

Ciertamente, cabría preguntarse si la noción de soberanía es equivalente, como propone la formulación de Ewald, a la de relaciones exclusivamente verticales en el orden de lo jurídico, y si, por otro lado, es posible pensar la ley en términos exclusivamente horizontales. Consecuentemente, si la distinción propuesta entre lo jurídico y lo legal se resuelve, entonces, mediante la oposición entre la verticalidad y la horizontalidad en el orden de lo legal. Sin embargo, no es este el punto que aquí nos interesa, sino, antes bien, encarar las mencionadas objeciones sobre el antijurisdicismo foucaultiano a partir de la noción de “formas jurídicas”, cuyo sentido y alcances nos proponemos esclarecer. Si nos hemos detenido en el trabajo de Ewald es porque el foco de nuestro interés concierne al concepto de lo jurídico en Michel Foucault. En este sentido, mostraremos que la problematicidad del derecho en sus escritos no pasa, al menos primariamente, por la distinción y las relaciones entre lo jurídico y lo legal, sino entre las formas de lo jurídico y las formas de la verdad o, según otra terminología utilizada por nuestro autor, por las relaciones entre la jurisdicción y la veridicción. Desde esta

perspectiva, el denunciado antijuridicismo foucaultiano se convertiría, más bien, en la condición de posibilidad de una filosofía foucaultiana del derecho que, más allá de la posibilidad de pensar la ley en términos no jurídicos, requiere, sobre todo, hacerlo en su relación con el decir verdadero y, a partir de aquí, con la soberanía.

El poder de la verdad

Las breves indicaciones metodológicas expuestas al inicio de *Surveiller et punir*, el análisis de la reforma de la penalidad hacia finales del siglo XVIII en esta misma obra, las cuestiones de método en *La Volonté de savoir* y la nota a pie en la que se anuncia esa obra futura acerca del derecho griego y romano imperial constituyen, entonces, las referencias más relevantes acerca del derecho en los libros de Foucault publicados en vida. Como ya señalamos, esas breves indicaciones metodológicas esbozan las tres grandes problemáticas en torno a las cuales el derecho será objeto de interés para nuestro autor: la relación entre derecho y analítica del poder, entre derecho y cuerpo y entre derecho y verdad. Hacia esta última, apenas aludida en sus libros publicados en vida, apunta específicamente ese anunciado y nunca publicado libro. Esta ausencia se subsana, sin embargo, por el material reunido en la compilación *Dits et écrits*, que ya había aparecido en vida del autor, y el que ha sido editado póstumamente de sus cursos, entre otros, en el Collège de France. Si dirigimos nuestra atención en esta dirección, nos encontramos con un panorama diferente sobre la cuestión del derecho al que nos ofrecen sus libros. Se trata, como veremos enseguida, de un tema recurrente y de uno de los ejes que guían sus investigaciones.

Respecto de *Dits et écrits*, el texto más relevante resulta ser el de las cinco conferencias que Foucault dictó en mayo de 1973, en la Universidad Católica de Rio de Janeiro, tituladas “La Vérité et les formes juridiques” (Foucault 1994, t. 2, 538-646). Ellas constituyen una versión resumida y, al mismo tiempo, articulada de sus cursos en el Collège de France dictados entre 1970 y 1973. Luego de una primera conferencia de carácter metodológico, la segunda retoma los amplios desarrollos de las *Leçons sur la volonté de savoir* (el curso de 1970-1971) acerca de las prácticas judiciales en la Grecia arcaica y clásica; la tercera, los análisis de *Théories et institutions pénales* (curso de 1971-1972) sobre las prácticas judiciales en el Medioevo hasta la formación del Estado moderno; y la cuarta junto con la quinta, los conceptos centrales del curso *La Société punitive* (de 1972-1973) sobre la penalidad en los siglos XVIII y XIX. Por ello, en su conjunto, estas conferencias pueden ser vistas como una breve historia del derecho penal que ha sido, precisamente, el terreno de gran parte del trabajo durante los primeros años de Foucault en el Collège de France.

“El curso de este año [sostiene en el resumen del curso de 1972] debía servir como preliminar histórico al estudio de las instituciones penales (más en general de los controles sociales y de los sistemas punitivos) en la sociedad francesa del siglo XIX. Este estudio se inscribe dentro de un proyecto más amplio, esbozado el año anterior: seguir la formación de determinados tipos de saber a partir de las matrices jurídico-políticas que les han dado nacimiento y que les sirven de soporte” (Foucault 2015b, 231).

Según la tesis general de las conferencias de 1973 y de sus primeros cursos, Foucault busca mostrar de qué modo determinadas formas de verdad se originaron en las prácticas jurídicas y también, es necesario subrayarlo, les sirvieron como soporte, estableciendo entre ellas cierta circularidad (Foucault 1994, t. 2, 541). “La vérité et les formes juridiques” es, en definitiva, una historia de la verdad a partir de una historia del derecho penal.

Ahora bien, no puede soslayarse que la tesis general de “La vérité et les formes juridiques” y eje articulador de sus primeros cursos en el Collège de France, la relación entre las prácticas jurídicas y la verdad, define también el horizonte general del pensamiento foucaultiano, mucho más allá del período en que se inscriben estas conferencias y estos cursos. En efecto, aunque con matices, años más tarde, en el curso de 1979 *Naissance de la biopolitique*, cuando Foucault ha dejado atrás la problemática del poder disciplinario, recapitula lo que ha querido hacer en sus libros a propósito de la locura, las instituciones penales, la sexualidad y, tema específico de ese curso, el liberalismo y el neoliberalismo, a partir, precisamente, de esa relación de la verdad con la historia del derecho (Foucault 2004b, 35-37). Según sus propias palabras, en cada uno de estos dominios ha buscado mostrar “la constitución de un determinado derecho a la verdad a partir de una situación de derecho” (Foucault 2004b, 37).

Esta relación entre el discurso de verdad y el discurso de justicia, entre veridicción y jurisdicción (*juris dictio*), encuentran su punto de anclaje en las *Leçons sur la volonté de savoir*, donde, en el marco de una interpretación de los sofistas y su lugar en la historia de la filosofía (Foucault 2011, 50), Foucault se orienta hacia el análisis de los discursos de justicia para mostrar

“[...] no lo que se pudo pensar o decir de la verdad, sino cómo encontró su lugar de emergencia, su función, su distribución y su forma obligadas en la sociedad griega” (Foucault 2011, 69).

Desde esta perspectiva, en cuanto concierne al discurso verdadero, una formulación de Georges Dumézil –a la que Foucault remite en este mismo curso y en el de 1981 en Lovaina,

Mal faire, dire vrai (Foucault 2011, 82; Foucault 2012a, 17), que constituye el momento en el que las relaciones entre jurisdicción y veridicción encuentran su expresión más acabada – puede servirnos de guía. En su *Servius et la fortune*, el célebre historiador de las religiones sostiene:

“[...] es una ilusión de civilizados creer que el respeto por la verdad, la noción misma de verdad hayan sido conquistas tardías del espíritu humano; por más lejos que nos remontemos en el comportamiento de nuestra especie, la palabra verdadera es una fuerza a la que pocas fuerzas pueden resistir. [...] Tempranamente, la verdad se les apareció a los hombres como una de las armas verbales más eficaces, uno de los gérmenes de potencia más prolíficos, uno de los más sólidos fundamentos de sus instituciones” (Dumézil 1943, 243-244).

En consonancia con la formulación de Dumézil, podemos hablar de verdad en el contexto de los escritos foucaultianos que aquí nos interesan, precisamente, cuando determinados enunciados, por la coerción (*contrainte*) o fuerza que ejercen, son o deben ser aceptados, con las consecuencias que de ello se siguen (Foucault 1971, 16). En las *Leçons sur la volonté de savoir* Foucault habla de una “historia de la verdad” (Foucault 2011, 36, 195, 199), expresión que retoma en las conferencias de Río, para referirse a las condiciones de las que depende esa fuerza de los enunciados verdaderos. Distingue, en efecto, entre una historia interna de la verdad y otra externa. Por un lado, una historia de la verdad en el orden de la ciencia, donde la fuerza de los enunciados proviene de su contenido y estos, a su vez, de las normas que rigen los procedimientos del conocimiento científico. Por otro lado, una historia externa, de esos “otros lugares” en los que también se forma la verdad, pero según reglas y prácticas diferentes (Foucault 1994, t. 2, 540-541). En esta otra historia, la fuerza de los enunciados emerge de las condiciones de la enunciación como, por ejemplo, la cualidad de quien habla (el profeta, el adivino) o la ritualidad en la que los enunciados se inscriben.

Esta idea de una doble historia de la verdad será retomada por nuestro autor en varias oportunidades, introduciendo precisiones y cambios, algunos de los cuales resultan relevantes para nuestros propósitos. Así, en *Le Pouvoir psychiatrique*, ella no está formulada mediante la oposición entre interna y externa, sino entre verdad-demostración y verdad-acontecimiento. Foucault sostiene, además, que, más allá de su prestigio y de la extensión que ha alcanzado, la verdad-demostración deriva de la verdad como acontecimiento (Foucault 2003, 236-238). Y en el curso *Naissance de la biopolitique*, cuando vuelve una vez más sobre esta doble historia de la verdad, prefiere hacerlo con el concepto de veridicción, que introduce en este curso y al que dedica sus últimas investigaciones. La veridicción es el juego de condiciones que establecen lo que debe ser tenido por verdadero o por falso, es decir, el conjunto de reglas que

les confieren a los enunciados la fuerza que los hace verdaderos. Desde esta perspectiva, más que de historia de la verdad, Foucault prefiere hablar de una historia de los sistemas o de los regímenes de veridicción (Foucault 2004b, 37).

Vale la pena señalar que esta doble historia de la verdad es correlativa de otros dos pares conceptuales que desempeñan una función central en el pensamiento de nuestro autor. Por un lado, la doble morfología de la voluntad de saber, la que vincula la verdad al conocimiento y la que la liga a la voluntad, representadas respectivamente por Aristóteles y Nietzsche (Foucault 2011, 3-6). Y, por otro, la doble vertiente de la filosofía crítica que distingue en *Mal faire, dire vrai*, la que se ocupa de las condiciones formales o transcendentales de la verdad y la que se interroga sobre las diferentes formas de la veridicción, es decir, sobre los juegos del decir verdadero. Situándose en esta última, Foucault define su propio trabajo como una “historia política de la veridicción” (Foucault 2012a, 9), entendiendo aquí por política el análisis de los efectos de poder de los enunciados verdaderos. Una historia de la verdad es, en este sentido, una historia –retomando aquí el título de esa obra jamás publicada– del poder de la verdad.

Las formas jurídicas

Ahora bien, a diferencia de cuanto sucede con las nociones de verdad y de veridicción, no encontramos un desarrollo equivalente acerca del sentido y alcance de la noción de “formas jurídicas” u otras, poco frecuentes como “situación de derecho” (Foucault 2004b, 10) o “mecanismos de jurisdicción” (Foucault 2004b, 36). Si nos remitimos a las mencionadas conferencias en Río de Janeiro y a los cursos de las que estas conferencias constituyen una recapitulación, bajo la denominación de formas jurídicas nos encontramos fundamentalmente con tres prácticas: la puesta a prueba (*épreuve*), la indagación de los hechos (*enquête*) y el examen (el control continuo sobre la vida de los individuos). La primera y la segunda aparecen vinculadas a dos contextos históricos diferentes y separados en el tiempo: por un lado, la Grecia arcaica y clásica y, por otro, el Medioevo. La tercera práctica remite a los siglos XVIII y XIX, a la Modernidad. Una cuarta práctica jurídica en el orden de la penalidad, que trasciende el horizonte de las conferencias de Río y de los cursos de los años 1970-1973 y que también, quizás por esta razón, ha sido mayormente dejada de lado en la literatura sobre la problemática que aquí nos ocupa, la encontramos en el curso de 1979 *Naissance de la biopolitique*. En relación con el análisis de las diferentes formas del neoliberalismo, Foucault se ocupa en este curso de lo que podría denominarse una penalidad ambiental. Ahora bien, para poder entender

la modalidad según la cual Foucault se sirve de la historia del derecho, resulta necesario detenerse en cada una de estas prácticas.

En la clase del 27 de enero de 1971 del curso *Leçons sur la volonté de savoir*, a modo de introducción para las siguientes lecciones, Foucault lleva a cabo una caracterización general de lo que llama el estado inicial y el estado terminal del establecimiento de la verdad en los procedimientos judiciales griegos.

De acuerdo con los testimonios provenientes de las colonias griegas de Alejandría, pero también de Demóstenes, ese estado terminal se asemeja en a nuestros procedimientos penales: requerimiento de testigos que juran decir la verdad acerca de un determinado hecho, registros escritos sobre la forma y contenido de su testimonio, referencia a una ley escrita y decisión de un juez o jueces sobre la verdad de lo sucedido y la correspondiente pena. Para ejemplificar el estado inicial, Foucault remite al conflicto entre Menelao y Antíloco, narrado por Homero en la *Iliada*, donde, en ocasión de una carrera en honor de Patroclo, Menelao acusa a Antíloco de haberse adelantado tramposamente. Aquí, es el propio Menelao, uno de los contendientes, quien emite la sentencia bajo la forma de un desafío: lo reta a Antíloco a jurar por los dioses y someterse a su venganza. La verdad no es, entonces, algo que sea objeto de verificación o que esté de un lado o del otro; ella aparece, más bien, como un tercer personaje que será desafiado por el contendiente al que se lo imprecia de jurar y exponerse ante los dioses que, arbitrariamente, sin estar sometidos a ninguna ley, pueden o no ejercer su venganza (Foucault 2011, 70-73).

Entre esta forma inicial de la puesta a prueba y la forma terminal de la indagación de los hechos –*épreuve* y *enquête*–, el análisis foucaultiano se concentra en las transformaciones que han llevado de uno a otro, ocupándose, en primer lugar, de las prácticas judiciales que tanto Hesíodo como las Leyes de Gortina denominan *dikazein* y *krinein* (Foucault 2011, 97-98). En la primera, nos encontramos con la presencia de testigos, con la figura de un juez y con la referencia a una ley (*themis*), que no obstante sigue funcionando según el mecanismo de la puesta a prueba. En efecto, los contendientes y los testigos juran por los dioses, no por la verdad de los hechos, y la función del juez consiste en garantizar la validez del procedimiento de acuerdo con las costumbres, incluidas las leyes de los antepasados, pero su sentencia no concierne a la verdad de lo sucedido, sino a la victoria de uno de los contendientes. Así, por ejemplo, aquel que presenta un mayor número de testigos o testigos de mayor jerarquía gana el pleito. Al *dikazein*, que Hesíodo descalifica, se opone el *krinein*. En esta práctica, la función del juez es, bajo juramento, dictar una sentencia de acuerdo con lo justo (*dikaion*) y con el orden de las cosas (*nomos*). De este modo, según Foucault, aparece la figura del discurso justo

y verdadero (Foucault 2011, 91-94), que requiere de una multiplicidad de saberes: acerca de los ciclos de la naturaleza, de la medida, de las técnicas agrícolas, de la cosmología, etc. (Foucault 2011, 107). Para nuestro autor, una serie de circunstancias históricas entre los siglos VII y VI, entre las que nuestro autor destaca la crisis agraria, el ascenso político-social del campesinado y del artesanado y, especialmente, la institución de la moneda y de un saber de la medida (*mesure*) han acompañado y, al mismo tiempo, requerido estas transformaciones de las prácticas judiciales (Foucault 2011, 120-123).

Desde esta perspectiva, de manera recurrente a lo largo de sus cursos, Foucault lee el *Edipo rey* de Sófocles (Foucault 2011, 177 y ss.; Foucault 1994, t. II, 542, 553 y ss.; Foucault 2012a, 33 y ss.; Foucault 2021b, 5 y ss.) como un capítulo de la historia del derecho, como una “dramatización del derecho griego” (Foucault 1994, t. II, 571) donde se ponen en juego los diferentes procedimientos para la purificación y búsqueda del culpable del crimen: la consulta oracular, el juramento expurgatorio, la indagación entre quienes dicen conocer lo sucedido y la indagación de los hechos por parte del propio Edipo (Foucault 2011, 245-248).

La tercera conferencia de “La vérité et les formes juridiques” y las lecciones del 2 de febrero al 8 de marzo de 1972, de *Théories et institutions pénales*, pueden ser vistas como una historia de la reaparición del procedimiento de indagación de los hechos (*enquête*) en las prácticas judiciales del Medioevo. El punto de partida se asemeja a la puesta a prueba en el derecho arcaico griego, pero aquí está representado por las prácticas penales del derecho germánico y por las del mundo feudal. En el primer caso, tenía lugar una especie de duelo o guerra entre individuos o grupos, que se resolvía o con la victoria de una de las partes o con un acuerdo entre ellas, recurriendo a la figura de un juez, no para establecer la verdad, sino el precio del rescate. En el mundo feudal, ambos contendientes eran sometidos a determinados desafíos, como los juramentos y las ordalías, o podían probar su inocencia mediante demostraciones de fuerza, como el número o la calidad de los testigos que juraban a su favor.

Entre los siglos XII y XIII, según el análisis de Foucault (1994, t. II, 585-586), estas prácticas tienden a desaparecer y su lugar es ocupado por una nueva forma de indagación de los hechos, diferente de la que había visto la luz en el mundo griego. También aquí nuestro autor enumera una serie de transformaciones socio-políticas que se encuentran a la base de estos cambios: el surgimiento de formas institucionales que darán origen a la estatalidad (como la aparición de una justicia por encima de la partes y de la figura del procurador, que ejerce la acción pública como representante del soberano) y la emergencia de una noción estrictamente jurídica de infracción. Estos cambios hicieron necesaria una nueva forma de penalidad que se inspiró en la práctica administrativa de la *inquisitio*, del Imperio carolingio, y de la *visitatio*,

proveniente el mundo eclesiástico. Según el modelo de estas prácticas, quien ejerce la función de justicia debe investigar los hechos acaecidos mediante testimonios y pruebas, identificar los autores y, finalmente, obtener su confesión.

Es necesario subrayar que Foucault insiste en la importancia que tuvieron, en todos estos procesos, los diferentes intentos de reactivación del derecho romano contra las prácticas del derecho germánico y, sobre todo, en la relevancia que finalmente adquiere con el fortalecimiento del poder del rey. Para nuestro autor, en efecto, el derecho romano

“habría dado a los monarcas un instrumento técnico, un útil institucional y también una justificación teórica para la organización de una potencia pública que pueda intervenir en materia judicial y perseguir en su propio nombre las infracciones a la ley” (Foucault 2015b, 132)

A diferencia de las prácticas jurídicas a las que nos hemos referido hasta aquí, Foucault ha dedicado al examen, entendido como control permanente de los individuos en términos de normalidad y anormalidad, además de la cuarta de las conferencias de Río y el curso *La Société punitive* de 1972-1973, uno de sus libros publicados en vida: *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975). La prisión, en efecto, como forma general de la penalidad moderna, constituye uno de los ejes de este amplio material de análisis. Su nacimiento se sitúa en la conjunción entre dos elementos, en principio, contrapuestos. Por un lado, la conceptualización jurídica de la noción de infracción en la reforma penal de finales del siglo XVIII y comienzo del XIX, que busca despojarla de todo contenido moral. Por otro, la formación, por afuera del campo jurídico, de las nociones de peligrosidad y, en particular, de individuo peligroso, que se orientan hacia un campo cada vez más amplio y trasciende los actos hasta alcanzar lo que los hace posible. Surge, de este modo, no sólo la necesidad de establecer una pena para los delitos tipificados por la ley; sino también la de prevenirlos a nivel de su virtualidad mediante el control de la vida de los individuos.

Foucault explica el nacimiento de la cárcel, que no figuraba como forma general de la penalidad en la mente de los reformadores, a partir de la configuración de lo que define, refiriéndose en particular al siglo XIX europeo, como una sociedad disciplinaria y panóptica, que persigue ese control permanente de los individuos mediante formas de conocimiento y mecanismos de poder que tienen por objeto al individuo como individuo. El examen no sólo constituye una de las técnicas características de estas sociedades, sino una verdadera función social que atraviesa todas sus instituciones. El interés de Foucault, de hecho, no se limita a la institución carcelaria: se extiende también, entre otras instancias, a lo que denomina el complejo científico-jurídico (Foucault 1975, 24), donde el examen ha desplazado a la puesta a

prueba y a la investigación de los hechos o, más bien, se vuelve una forma de puesta a prueba permanente o de investigación a priori, es decir, antes de que los hechos sucedan (Foucault 2013, 200).

Por último, en relación con las formas jurídicas de la penalidad, es necesario tener en cuenta los desarrollos de *Naissance de la biopolitique*, en el marco del análisis del neoliberalismo estadounidense. Aquí, Foucault retoma la expresión *enforcement of law* para referirse al conjunto de instrumentos mediante los cuales se busca dar realidad social a las prohibiciones establecidas por ley. A partir de este concepto, considera que debemos hablar de una penalidad ambiental en la medida en que este *enforcement of law* tiene lugar mediante una acción sobre el juego de las ganancias o pérdidas posibles de las conductas delictivas (Foucault 2004b, 264). Ya no se trata, entonces, de una acción disciplinaria sobre los individuos en el orden de su normalidad o anormalidad, como sucede en las sociedades disciplinarias, sino de una acción sobre las reglas del juego, para decirlo de algún modo, del mercado del delito, ante las cuales los individuos reaccionan según estimen que les resulte beneficioso o perjudicial llevar adelante una determinada acción.

El recorrido por las prácticas jurídicas a las que remite nuestro autor, hace posible esbozar una caracterización general de sus referencias a la historia del derecho en relación con la historia de la verdad. La primera característica al respecto es que, en este contexto, debemos tomar la expresión “prácticas jurídicas” con un sentido, por un lado, restringido y, por otro, ampliado. Restringidamente, pues, en todos los casos enumerados se trata específicamente de prácticas penales. Pero también en un sentido doblemente ampliado. En primer lugar, porque no sólo se busca establecer la verdad acerca de un determinado crimen sino también, como en el caso del examen y de la penalidad ambiental, acerca de las virtualidades o conveniencias de llevarlo a cabo. Consecuentemente, no sólo está en juego el castigo por el crimen cometido sino la posibilidad de preverlo y evitarlo, es decir, de actuar al nivel de las virtualidades de la penalidad, incorporando a la dimensión estrictamente jurídica, la de la ley y sus instituciones, una dimensión extra-jurídica (Foucault 1994, t. III, 278), la de la norma. Y, en segundo lugar, porque, como observa el propio autor retomando un concepto de Louis Gernet a propósito de la Grecia arcaica, se incluye también a las formas del pre-derecho (Foucault 2011, 74) cuando no había, propiamente hablando, instituciones de justicia. Desde esta perspectiva, la noción de prácticas jurídicas no se superpone con la de instituciones de justicia; incluye lo pre-jurídico y lo extrajurídico.

La segunda característica, en relación con este sentido a la vez restringido y amplio de la noción de prácticas jurídicas, es que siempre está en juego el ejercicio de alguna forma de

soberanía. Incluso en el estadio prejurídico y también cuando la dimensión propiamente jurídica debe conjugarse con el elemento extrajurídico de la norma. En el primer caso, el de la puesta a prueba en la Grecia arcaica, se recurre, en efecto, a una “soberanía ilimitada y salvaje” (Foucault 2011, 75), personificada por los dioses griegos, siempre arbitrarios y a veces despiadados. En el segundo caso, porque los mecanismos disciplinarios y los de la soberanía, más allá de su heterogeneidad, funcionan apoyándose recíprocamente (Foucault 1997, 34-35). En este sentido, Foucault habla incluso de una soberanía disciplinarizada (Foucault 2003, 116). Y, si bien lo hace en relación con la institución familiar, esta formulación puede extrapolarse para referirse a todas aquellas instancias en las que, como el caso de la familia, los engranajes de la soberanía y los de las disciplinas, de la ley y de la norma, pueden funcionar porque lo hacen entrelazadamente.

La tercera característica del abordaje foucaultiano de la historia del derecho es que el interés de nuestro autor, en la descripción de cada una de las prácticas estudiadas, hace foco en las transformaciones de estas prácticas. Por un lado, Foucault las explica a partir de determinados cambios sociales (el ascenso de los campesinos y del artesanado en Grecia, la disolución del mundo feudal, el advenimiento del capitalismo) y, por otro, en relación con la constitución de nuevas formas de soberanía política (la polis griega, el Estado territorial, el Estado poblacional).

La cuarta característica y hacia la que apuntan las anteriores, concierne al punto que aquí nos interesa de manera más específica, la relación derecho-verdad. En todas estas prácticas penales o, más precisamente, en el pasaje de una forma a otra se constituye, retomando la citada expresión de *Surveiller et punir*, una determinada matriz epistemológico-jurídica que, por un lado, hace posible esas transformaciones y, por otro, el surgimiento de determinados saberes, sin que la relación entre estas dos instancias, que Foucault por su parte no desarrolla mayormente, sea de simple linealidad. Así ocurre con la investigación de los hechos en el mundo griego y el desarrollo de la matemática y la física antiguas (Foucault 2015b, 232), con la investigación en el mundo tardo medieval y renacentista y las ciencias empíricas (Foucault 2015b, 214) y con el examen moderno y las ciencias humanas (Foucault 1994, t. II, 595; Foucault 2015b, 232).

Sin poder detenernos sobre el tema, pues excede los límites que nos propusimos en este trabajo, no podemos dejar de mencionar respecto de la relación entre derecho y verdad que, a partir de los análisis sobre las formas modernas de la gubernamentalidad, esta relación sufre una inflexión que trasciende el ámbito de las formas jurídicas de la penalidad y, al mismo tiempo, la reformula. Esta inflexión concierne a la necesidad de expresar en términos jurídicos

los límites de la acción de gobernar a partir de las formas de veridicción de los saberes modernos, particularmente el económico. De este modo, el derecho no sólo constituye un límite externo al gobierno como forma de ejercicio de la soberanía política (función que han desempeñado los denominados derechos naturales o los derechos del hombre), sino que sirve también para fijarle límites internos, es decir, a partir de las formas de veridicción del propio saber gubernamental que hace posible ese ejercicio de la soberanía política (Foucault 2004b, 23, 45). En este contexto, nos encontramos con una formulación del propio Foucault que completa la referida al ingreso en una fase de regresión de lo jurídico. En efecto, en *Naissance de la biopolitique*, a propósito del establecimiento de esos límites internos al ejercicio de la acción de gobernar, sostiene:

“No es pues una desaparición del derecho lo que evocaba la última vez hablando de una autolimitación de la razón gubernamental, sino del problema planteado por la limitación jurídica que impone fijar los problemas de la verdad al ejercicio del poder político” (Foucault 2004b, 40).

Conclusiones

Como ya hemos señalado, siguiendo las breves indicaciones metodológicas de *Surveiller et punir*, la cuestión del derecho en los trabajos de Michel Foucault se despliega según tres ejes fundamentales: derecho-poder, derecho-cuerpo y derecho-verdad. Las dos primeras se encuentran desarrolladas, aunque no siempre desde la misma perspectiva, tanto en sus libros publicados en vida, sobre todo en *Surveiller et punir* y *La Volonté de savoir*, como en sus cursos de en el Collège de France, en especial en los que corresponden a sus primeros años de trabajo allí. El tercer eje, en cambio, es abordado más extensamente en estos cursos y en el dictado en 1981 en la Universidad de Lovaina, *Mal faire, dire vrai*.

Si bien las formas jurídicas de la penalidad no agotan el contenido conceptual de lo que debemos entender por derecho en relación con cada uno de estos ejes, son ellas, con el alcance que hemos descrito precedentemente, las que se encuentran mayormente en el foco de los análisis foucaultianos. Y son estas formas las que nos permiten comprender el modo en que se despliegan estos tres ejes y se entrelazan entre sí. Al respecto, tres conclusiones nos resultan particularmente relevantes.

En primer lugar, respecto del eje derecho-poder. Siguiendo los análisis foucaultianos de las formas jurídicas de la penalidad, vemos por qué, como ya habíamos señalado, la perspectiva que nos ofrecían sus libros y la que nos brinda el material contenido en *Dits et écrits* y en sus cursos no deben considerarse como contradictorias, como si se tratase simplemente de la alternativa entre la exclusión del derecho (el denunciado antijuridicismo

foucaultiano) o su inclusión. En efecto, si, por un lado, Foucault excluye que la teoría jurídica pueda servir como grilla de inteligibilidad para su analítica del poder, por otro lado, no deja de recurrir a la historia de las formas jurídicas para desarrollarla. Por ello, si bien su analítica del poder no parte de una determinada teoría del derecho, ni persigue formularla, esta exclusión de la teoría jurídica se vuelve uno de los puntos de partida de una analítica del poder en la que, precisamente, se aborda en términos históricos las formas de decir lo justo en las prácticas penales. Exclusión de la teoría jurídica, por un lado; inclusión de las prácticas jurídico-penales, por otro. De este modo, si, para Foucault, el poder es irreductible a su representación jurídica, las prácticas jurídico-penales no dejan de ser un analizador (*analyseur*) del poder (Foucault 2013, 14).

En segundo lugar, el alcance de esta función analizadora del poder explica la centralidad que ocupa en sus investigaciones el derecho penal. En efecto, ella no debe ser vista, a nuestro de ver, negativamente, es decir, como un mero descuido respecto de otras ramas del derecho o como la consecuencia de un antijuridicismo, sino a partir del interés de nuestro autor por el cuerpo o, mejor, por la relación, desde su punto de vista constitutiva, entre poder y cuerpo. Las formas jurídicas de la penalidad resultan, en efecto, uno de esos lugares privilegiados de análisis donde se hace visible, según la fórmula utilizada por el autor en *Surveiller et punir* (Foucault 1975, 30), la economía política del cuerpo.

En tercer lugar, esta relevancia del alcance y de las funciones de las formas jurídicas de la penalidad en la analítica foucaultiana del poder resulta todavía mayor cuando se tiene en cuenta que, en el análisis de las formas jurídicas, no sólo aparece en primer plano la relación derecho-cuerpo sino, sobre todo, derecho-verdad o, mejor, a la luz de sus trabajos sobre la gubernamentalidad moderna, jurisdicción-veridicción. Es decir, donde no sólo está en juego la verdad del poder, sino el poder de la verdad, según el título de ese libro jamás publicado.

De este modo, el material reunido en *Dits et écrits* y el correspondiente a los cursos en el Collège de France invierte la perspectiva que nos ofrecía, a primera vista, el recorrido sumario por los libros publicados en vida del autor. Entre analítica del poder e historia del derecho existe una relación constitutiva. El propio Foucault, de hecho, aunque sin explayarse mayormente al respecto, ha definido su genealogía a partir del acoplamiento entre historia del derecho e historia de la verdad (Foucault 2004b, 36-37). El eje de esta relación constitutiva no pasa, como vimos, por la cuestión de la soberanía, sino de la verdad.

No se trata, insistimos, de dos perspectivas simplemente opuestas: por un lado, la que nos ofrecen sus libros y, por otro, la que proviene de la recopilación *Dits et écrits* y de sus cursos. La articulación entre estas perspectivas resulta ser, más bien, la clave de la problemática

del derecho en los trabajos de Michel Foucault. En definitiva, parafraseando una expresión del propio autor (Foucault 1994, t. II, 633-634), puede decirse que, si bien no nos encontramos en Foucault con una filosofía ligada a una teoría del derecho, sí, en cambio, con una filosofía permeable al derecho, al punto de hacer de las formas jurídicas, por su entrelazamiento con el decir verdadero, una de las piezas centrales de su filosofía política.

Bibliografía

- Agamben, G. (1995), *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino: Einaudi.
- Dumézil, G. (1943), *Servius et la fortune. Essai sur la fonction sociale de Louange et du Blâme et sur les éléments indo-européens du cens romain*, Paris : Gallimard.
- Ewald, F. (1990), “Norms, Discipline, and the Law”, *Representations*, 30, pp. 138-161.
- Foucault, M. (1966), *Les Mots et les choses*, Paris : Gallimard.
- Foucault, M. (1969), *L'Archéologie du savoir*, Paris : Gallimard.
- Foucault, M. (1971), *L'Ordre du discours*, Paris : Gallimard.
- Foucault, M. (1975), *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris : Gallimard.
- Foucault, M. (1976), *La Volonté de savoir. Histoire de la sexualité 1*, Paris : Gallimard.
- Foucault, M. (1984a), *L'Usage des plaisirs. Histoire de la sexualité 2*, Paris : Gallimard.
- Foucault, M. (1984b), *Le Souci de soi. Histoire de la sexualité 3*, Paris : Gallimard.
- Foucault, M. (1988), *La Naissance de la clinique*, Paris : PUF.
- Foucault, M. (1994), *Dits et écrits*, 4 Vols., Paris : Gallimard.
- Foucault, M. (1997), “*Il faut défendre la société*”. *Cours au collège de France. 1976*, Paris : Gallimard-Seuil.
- Foucault, M. (1999), *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris : Gallimard.
- Foucault, M. (2003), *Le Pouvoir psychiatrique. Cours au Collège de France. 1973-1974*, Paris : Gallimard-Seuil.
- Foucault, M. (2004a), *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France. 1977-1978*, Paris : Gallimard-Seuil.
- Foucault, M. (2004b), *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris : Gallimard-Seuil.
- Foucault, M. (2011), *Leçons sur la volonté de savoir : Cours au Collège de France (1970/71)*, Paris : EHESS-Seuil-Gallimard.
- Foucault, M. (2012a), *Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice. Cours de Louvain 1981*, Lovaina-Chicago : Presses Universitaires de Louvain-University of Chicago Press.

- Foucault, M. (2012b), *Du gouvernement des vivants. Cours au Collège de France. 1979-1980*, Paris: EHESS-Seuil-Gallimard.
- Foucault, M. (2013), *La société punitive. Cours au Collège de France. 1972-1973*, Paris : EHESS-Seuil-Gallimard.
- Foucault, M. (2015a), *Qu'est-ce que la critique ? Suivi de La culture de soi*, Paris : Vrin.
- Foucault, M. (2015b), *Théories et institutions pénales. Cours au Collège de France. 1971-1972*, Paris : EHESS-Seuil-Gallimard.
- Foucault, M. (2018a), *Les Aveux de la chair. Histoire de la sexualité 4*, Paris : Gallimard.
- Foucault, M. (2018b), *La sexualité : Cours donné à l'université de Clermont-Ferrand (1964) ; suivi de Le discours de la sexualité : cours donné à l'université de Vincennes (1969)*, Paris : Seuil.
- Golder, B. y Fitzpatrick, P. (2009), *Foucault's law*, New York: Routledge.
- Hunt, A. (1992), "Foucault's Expulsion of Law. Toward a Retrieval", *Law & Social Inquiry*, Vol. 17, No. 1, pp. 1-38.