

IX Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011.

# **Atrapado en una concepción negativa. Poder y derecho en Michel Foucault.**

Mauro Benete.

Cita:

Mauro Benete (2011). *Atrapado en una concepción negativa. Poder y derecho en Michel Foucault. IX Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-034/392>

*Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.*

## Atrapado en una concepción negativa. Poder y derecho en Michel Foucault

Benente Mauro\*

maurobenente@yahoo.com

Ya desde su debate con Noam Chomsky grabado para la televisión holandesa en noviembre de 1971, se advierte en Michel Foucault una refutación a determinado modo de concebir el funcionamiento del poder. Esta impugnación, que cobrará profundidad en cursos como *El poder psiquiátrico* y *Los anormales* y en libros como *Vigilar y castigar*, será en el primer volumen de *Historia de la sexualidad* y en el curso "*Hay que defender la sociedad*" que se configurará como un rechazo al "discurso jurídico político de la soberanía" o a la "representación jurídica del poder". La intención del presente trabajo es trazar un breve recorrido de esas impugnaciones, sistematizadas en la pluma de Gilles Deleuze como postulados, para luego sugerir que al momento de pensar el derecho y la ley, Foucault quedó preso de aquél discurso que pretendía impugnar. De algún modo, se propone que aquellos postulados que Foucault pretendía erradicar al momento de concebir el poder en las sociedades disciplinarias o de normalización fueron, en definitiva, empleados al momento de hacer –breves- referencias al discurso de la ley o el derecho. En particular, me interesará mostrar que Foucault quedó atrapado en una concepción puramente negativa de la ley y que ello impide observar la importancia de la ley en algunos procedimientos de regulación de las poblaciones como es el caso de la ley 26.618, que reformó la ley de matrimonio civil.

**Palabras clave:** Poder- Derecho- Disciplina- Biopolítica- Matrimonio

### I- Una nueva mirada sobre el poder

Es sabido que en *La voluntad de saber. Historia de la sexualidad I*, así como en "*Hay que defender la sociedad*", es posible hallar una importante e interesante sistematización sobre la necesidad de desprenderse del discurso *jurídico político de la soberanía*, de la *representación jurídica del poder*. No obstante, la necesidad de abandonar este modo de representación del poder, aunque sin estar etiquetado como *representación jurídica del poder*, puede rastrearse en cursos e intervenciones pretéritas de Michel Foucault.

Ya en el debate con Noam Chomsky grabado en noviembre de 1971 para la televisión holandesa y titulado "Naturaleza humana: justicia versus poder", Foucault reconocía la necesidad de renunciar a suponer que el poder estaba exclusivamente ubicado en instituciones estatales a la vez que mostraba que numerosas situaciones de dominación política se producían en espacios como la familia y la escuela (Foucault, 1971:1363-1364). Asimismo, de una lectura de los resúmenes de los cursos de 1971-1972 –*Teorías e instituciones penales*- y de 1972-1973 –*La sociedad punitiva*-, puede advertirse el desarrollo de algunos elementos centrales de las reflexiones de Foucault sobre el poder: a- el saber se

---

\* Abogado (UBA), Estudiante de Ciencia Política (UBA), Doctorando en Derecho (UBA), Becario de posgrado tipo I de Conicet, Investigador Adscripto del Instituto A.L. Gioja, auxiliar docente de "Teoría del Estado", "Elementos de Derecho Constitucional" y "Sociología del Derecho", todas en la Facultad de Derecho de la UBA.

encuentra ligado en su funcionamiento y existencia a relaciones de poder y éste no se ejerce sin la extracción de un determinado tipo de saber (Foucault, 1972:1257-1258); b- la transformación de la penalidad entre fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX debe entenderse como parte de “una historia de las relaciones entre el poder político y los cuerpos. La coacción sobre los cuerpos, su control, su sometimiento, la manera en que ese poder se ejerce directamente o indirectamente sobre ellos, el modo en el cual los pliega, los fija, los utiliza (Foucault, 1973a:1337).<sup>1</sup>

Por su lado, en el curso de 1973-1974, dedicado al *Poder Psiquiátrico*, Foucault proponía una serie de correcciones respecto de la *Historia de la Locura en la época clásica*. En primer lugar, Foucault sugería que en su tesis doctoral se había detenido en el análisis de las representaciones, de las percepciones sobre la locura, mientras que el objetivo del curso estaría dedicado al análisis de los dispositivos que habían funcionado como instancias de formación de una práctica discursiva (Foucault, 1973-1974:30). En segundo lugar, y en lo que aquí nos interesa, Foucault creía necesario desprenderse de algunas nociones utilizadas en *Historia de la locura*: a) *La noción de violencia*. En su trabajo doctoral, Foucault suponía que las reformas de Pinel no podían considerarse como humanistas porque hacían uso de la violencia, pero el problema, ahora, era la noción misma de violencia, ya que hacía suponer que por un lado existía un poder físico y, del otro, un poder no atravesado por la violencia, cuando, en definitiva, todo poder tenía como punto de aplicación al cuerpo. Asimismo, la noción de violencia parecía inducir a creer que el despliegue físico era opuesto a un racional ejercicio del poder, pero el poder ejercido en un asilo se basaba, en definitiva, en cálculos y estrategias definidas (Foucault, 1973-1974: 30-31); b) *La noción de institución*. Foucault había creído que el saber psiquiátrico se había formado a partir de la institucionalización de la psiquiatría, a partir de la constitución del asilo como institución, pero más interesantes que las regularidades institucionales, resultaban las redes de poder que se mostraban como constitutivas, simultáneamente, de los individuos y la colectividad; (Foucault, 1973-1974: 32). c) *La noción de familia*. Foucault había creído que con Philippe Pinel o con Jean Étienne Dominique Esquirol –quien fuera alumno de aquél- se había introducido el modelo familiar en el asilo, pero ahora era menester dejar de suponer que el asilo se había diseñado reproduciendo un modelo familiar o como expresión de un aparato de Estado puesto que “(n)i el aparato del Estado puede servir de fundamento<sup>2</sup> ni la familia puede hacer de modelo [en lo que ocurre]<sup>3</sup> en esas relaciones de poder que estamos en condiciones de señalar en el interior de la práctica psiquiátrica.” (Foucault, 1973-1974:33).

A modo de resumen de estas dos series de correcciones que propone respecto de su *Historia de la locura* y precisando los objetivos del curso es que afirma que “el

---

<sup>1</sup> Elementos similares a lo expuesto en el resumen del curso pueden advertirse en Foucault (1973b: 1456-1491)

<sup>2</sup> En el manuscrito dice “No se puede utilizar la noción de aparato del Estado porque es demasiado amplia, demasiado abstracta para designar esos poderes inmediatos, minúsculos, capilares, que se ejercen sobre el cuerpo, el comportamiento, los gestos, el tiempo de los individuos. El aparato del Estado no explica esta microfísica del poder.”

<sup>3</sup> En la grabación.

problema que se plantea –si prescindimos de esas nociones y modelos, vale decir, si pasamos por alto el modelo familiar, la norma, si lo prefieren, del aparato del Estado, la noción de institución, la noción de violencia- es analizar esas relaciones de poder propias de la práctica psiquiátrica, en cuanto –y éste será el objeto del curso- son productoras de una serie de enunciados que se presentan como enunciados legítimos. Por lo tanto, en lugar de hablar de violencia, me gustaría más hablar de microfísica del poder; en vez de hablar de institución, me gustaría tratar de ver cuáles son las tácticas puestas en acción para esas prácticas que se enfrentan; en lugar de hablar de modelo familiar o de «aparato del Estado», querría intentar ver la estrategia de esas relaciones de poder y esos enfrentamientos que se despliegan en la práctica psiquiátrica” (Foucault, 1973-1974:33-34).

Si bien en el caso del *Poder Psiquiátrico* hay algunos indicios de la necesidad de desprenderse de aquello que luego se denominará *discurso jurídico político de la soberanía*, todavía no hay mayores referencias a la represión, ni mucho menos, una asociación entre ley y represión, ley y prohibición. El rechazo a la idea de poder como represión sí puede advertirse en el curso del año siguiente.

En 1975, en el curso sobre *Los anormales*, Foucault apostaba a mostrar el modo en que el denominado *poder normalizador* había emergido por fuera de las instituciones jurídicas y médicas a la vez que creaba un dominio específico de intervención que no eran los enfermos ni los delincuentes, sino los *anormales*. Foucault afirmó que sobre esta temática ya existían algunos trabajos, pero basados en –o reducidos a- una idea de poder como *represión*. Es así que luego de oponer el modelo del tratamiento de la peste –propio de la época clásica- al de la lepra –propio del Medioevo-, consideró que era “un error metodológico e histórico considerar que el poder es esencialmente un mecanismo negativo de represión” (Foucault, 1974-1975:57), para luego agregar que “al hacer de las grandes características que se atribuyen al poder una instancia de represión, una instancia superestructural, una instancia cuya función esencial es reproducir y, por consiguiente conservar unas relaciones de producción, no se hace otra cosa que constituir, a partir de modelos históricos a la vez superados y diferentes, una especie de daguerrotipo del poder, que se establece en realidad a partir de lo que se cree posible observar de él en una sociedad esclavista, una sociedad de castas, una sociedad feudal, una sociedad como la monarquía administrativa. Y tal vez sea desconocer la realidad de esas sociedades, pero poco importa; en todo caso es desconocer lo que hay de específico, lo que hay de novedoso, lo que pasó en el transcurso del siglo XVIII y la edad clásica, es decir, la introducción de un poder que, con respecto, a las fuerzas productivas, con respecto a las relaciones de producción, con respecto al sistema social preexistente, no desempeña un papel de control y reproducción sino, al contrario, un papel efectivamente positivo” (Foucault, 1974-1975:58-59).

Foucault afirma que el anormal del siglo XIX es descendiente del monstruo, el onanista y el individuo a corregir (Foucault, 1974-1975:65). Si bien hay extensos desarrollos sobre el monstruo y el onanista, el propio Foucault admite que no ha tenido tiempo para tratar la figura del individuo a corregir, del niño indócil (Foucault 1974-1975:269). No obstante esto, en el resumen del curso sí hay una breve referencia al incorregible. Allí se muestra que su emergencia es contemporánea a

la introducción de las técnicas de disciplina que se despliegan durante los siglos XVII y XVIII y que escapan a la normatividad propia de la soberanía de la ley. Es así que "(l)a *prohibición* constituía la medida judicial mediante la cual se descalificaba a un individuo, al menos parcialmente, como sujeto de derecho. Ese marco, jurídico y negativo, va a ser en parte cubierto y en parte reemplazado por un conjunto de técnicas y procedimientos con los que se emprenderá el enderezamiento de quienes se resisten a la domesticación y a la corrección de los incorregibles." (Foucault 1974-1975:298). Aquí, y seguramente con cierto anclaje en prácticas jurídicas propias de aquel contexto histórico y propio del derecho penal, el marco jurídico es asociado a una noción exclusivamente prohibitiva y negativa.

En febrero de 1975, mientras se desarrollaba el curso sobre *Los anormales*, con la publicación de *Vigilar y castigar*, y resumiendo mucho de lo que se podía ir recopilando en sus cursos, apostaba a dejar de pensar el poder en términos de privilegio, posesión, prohibición, algo que luego atribuirá a la *representación jurídica del poder*. Allí proponía ubicar el sistema punitivo desarrollado durante el último siglo y medio dentro de una *economía política del cuerpo*, en donde el cuerpo se situaría dentro de un campo político que lo hacía, a la vez, cuerpo productivo y cuerpo sometido. Ahora bien, ese sometimiento no debía ubicarse en el nivel de la ideología ni en el de la violencia, sino en el de una microfísica del poder, admitiendo que el poder "se ejerce más que se posee, que no es el «privilegio» adquirido o conservado de la clase dominante, sino el efecto conjunto de sus posiciones estratégicas —efecto que manifiesta y a veces acompaña la posición de aquellos que son dominados. Ese poder, por otra parte, no se aplica pura y simplemente como una obligación o como una prohibición, a aquellos que «no lo tienen»; él los inviste, pasa por ellos y a través de ellos; él se apoya en ellos, así como ellos mismos, en su lucha contra él, se apoyan a su vez sobre las aprehensiones [*prises*] que él ejerce sobre ellos" (Foucault, 1975:31-32). En varios de los pasajes de *Vigilar y castigar* puede advertirse una estrecha asociación entre ley y represión, ley y castigo, ley y penalidad, algo que es sumamente entendible porque se encontraba analizando, mayormente, cuerpos legales propios del derecho penal. No obstante en el capítulo dedicado a los *medios del buen encauzamiento*, Foucault muestra que el éxito del poder disciplinario se debe al empleo de instrumentos simples como la vigilancia jerárquica, la sanción normalizadora y el examen. Respecto de la sanción normalizadora, y a modo de resumen del desarrollo que se realiza sobre la temática se lee que "el arte de castigar, en el régimen del poder disciplinario, no tiende ni a la expiación ni tampoco exactamente a la represión. Él pone en funcionamiento cinco operaciones bien distintas: referir los actos, los rendimientos, las conductas singulares a un conjunto que es a la vez campo de comparación, espacio de diferenciación y principio de una regla que seguir" (Foucault, 1975:185). Es así que "(l)os dispositivos disciplinarios han secretado «una penalidad de la norma», que es irreductible en sus principios y su funcionamiento a la penalidad tradicional de la ley. El pequeño tribunal que parece sesionar permanentemente en los edificios de la disciplina, y que a veces toma la forma teatral del gran aparato judicial, no debe engañar: no prolonga, excepto por algunas continuidades formales, los mecanismos de la justicia criminal hasta la trama de la existencia

cotidiana, o al menos eso no es lo esencial; las disciplinas han fabricado — apoyándose en toda una serie de procedimientos, por lo demás muy antiguos— un nuevo funcionamiento punitivo, y es éste el que poco a poco ha revestido el gran aparato exterior que parecía reproducir modesta o irónicamente.” (Foucault, 1975:185).

De algún modo, aquí también parece correcta esta reducción de lo jurídico, del aparato judicial, de lo legal a una idea de expiación o represión. No obstante esto parece apropiado si lo limitamos a las reflexiones y análisis sobre la legislación en materia penal y la justicia penal, que es aquello a lo cual Foucault refiere en *Vigilar y castigar* y en el resumen del curso sobre *Los anormales*. No obstante, pareciera que en *La voluntad de saber* y en “*Hay que defender la sociedad*”, esta mirada sobre lo legal ya no queda acotada a la esfera penal.

## **II- La impugnación de la *representación jurídica del poder* y la reducción de la ley a mera prohibición**

Gran parte de estas impugnaciones que venía desarrollando respecto de cierto modo de concebir el poder, en “*Hay que defender la sociedad*” y en *La voluntad de saber*, fueron etiquetadas como la impugnación al discurso jurídico político de la soberanía y la representación jurídica del poder. En el curso correspondiente al período 1975-1976, pero dictado íntegramente en 1976, Foucault recordaba que desde la Edad Media, el personaje central del discurso jurídico había sido el Rey: sea que se intentara legitimar o contrarrestar su accionar, siempre se aludía al poder real. No obstante, y trazando una mirada retrospectiva sobre su propia obra, Foucault aseveraba que en los años anteriores había intentado realizar el camino inverso y mostrar el modo en que el derecho —no reducido únicamente a las leyes sino también a decretos, reglamentos, etc.— “vehiculiza y pone en acción relaciones que no son de soberanía sino de dominación. Y por dominación no me refiero al hecho de macizo de *una* dominación global de uno sobre los otros o de un grupo sobre otro, sino a las múltiples formas de dominación que pueden ejercerse dentro de la sociedad: en consecuencia, no al rey en su posición central, sino a los súbditos en sus relaciones recíprocas; no a la soberanía en su edificio único, sino a los múltiples sometimientos que se producen y funcionan dentro del cuerpo social” (Foucault, 1975-1976:36).

Para analizar las cosas de este modo, siempre de acuerdo con Foucault, es menester adoptar algunas precauciones metodológicas:

a- No se trata de estudiar las formas regladas del poder en su centro, sino de captar el poder en aquellos espacios donde se vuelve capilar, en sus instituciones más locales y localizadas, intentado captar y estudiar al poder en su ejercicio, en su puesta en funcionamiento (Foucault, 1975-1976:25);

b- No tomar el poder en el plano de la intención o la decisión, no estudiarlo en el centro, en lo alto del poder soberano. De algún modo, de lo que se trata, en lugar de enfocarse hacia algo así como un centro del poder, el objetivo debe ser estudiar “los cuerpos periféricos y múltiples, esos cuerpos constituidos, por los efectos de poder, como sujetos” (Foucault, 1975-1976:26);

c- No suponer que el poder se reparte entre quienes lo poseen con exclusividad y quienes no lo tienen y lo sufren, sino que debe pensarse, como que nunca está localizado sino que circula, que funciona en cadena: “El poder se ejerce en red y,

en esa red, los individuos no sólo circulan, sino que están siempre en posición de sufrir y también de ejercer ese poder” (Foucault, 1975-1976:26). Del mismo modo, tampoco hay que suponer al individuo como un átomo primitivo al que se le aplica el poder ya que “el individuo no es quien está enfrente del poder; él es del poder, creo, uno de sus efectos primeros” (Foucault, 1975:1976:27);

d- No realizar una deducción del poder que parta del centro y se prolongue hacia abajo, sino efectuar un análisis ascendente del poder, es decir, partiendo de sus mecanismos capilares -que tienen su propia historia y técnicas- analizando cómo “fueron y son aún investidos, colonizados, utilizados, modificados, transformados, desplazados, extendidos, etcétera, por unos mecanismos cada vez más generales y unas formas de dominación global” (Foucault, 1975-1976:27). A modo de ejemplo, es menester analizar el modo en que los mecanismos de exclusión de la locura y los mecanismos de vigilancia de la sexualidad infantil aportaron ganancia económica, utilidad política y, en algún momento, fueron colonizados por mecanismos globales y, finalmente, por todo el sistema estatal (Foucault, 1975-1976:29);

e- El ejercicio del poder debe acompañarse de producciones de saber, que no deben considerarse ideológicas puesto que cuando el poder se ejerce en sus mecanismos más capilares lo hace junto con “la formación, la organización y la puesta en circulación de un saber o, más bien, de aparatos de saber que no son acompañamientos o edificios ideológicos.” (Foucault, 1975-1976:30).

A modo de resumen de estas precauciones metodológicas, Foucault sostuvo que “más que orientar la investigación sobre el poder por el lado del edificio jurídico de la soberanía, por el lado de los aparatos de Estado, por el lado de las ideologías que lo acompañan, creo que hay que orientar el análisis del poder el lado de la dominación (y de no la soberanía), por el lado de los operadores materiales, de las formas de sometimiento, de las conexiones y utilidades de los sistemas locales de ese sometimiento y por el lado, finalmente, de los dispositivos de saber (...) Hay que estudiar el poder fuera del modelo del Leviatán, fuera del campo delimitado por la soberanía jurídica y la institución del Estado; se trata de analizarlo a partir de las técnicas y tácticas de dominación” (Foucault, 1975-1976:30).

En numerosas oportunidades, Foucault mostró que durante la Edad Media, en momentos en los cuales las monarquías comenzaron a centralizarse y debieron hacer frente a los poderes feudales intermedios, el poder sí se ejerció de modo centralizado y a través del derecho (Foucault, 1974-1975:50-59; 1975-1976:31-32; 1976a:114-116; 1978-1979:9-10). No obstante, este funcionamiento de poder fue desplazado por tecnologías anatomopolíticas y biopolíticas, y es por ello que el discurso jurídico político de la soberanía ya no resulta útil como matriz de análisis.

En la misma línea, en *La voluntad de saber* Foucault apostaba a avanzar no hacia una nueva teoría del poder sino hacia una *analítica del poder*, que únicamente podría constituirse si se abandonaba la representación *jurídico-discursiva* del poder, caracterizada por: a- una relación negativa, según la cual la relación entre sexo y poder siempre sería negativa, se produciría en términos de rechazo, exclusión, barrera; b- la instancia de la regla, según la cual “(e)l poder sería eso que, al sexo, dicta su ley. Quiero decir, ahora, que el sexo se encuentra colocado por él bajo un régimen binario: lícito e ilícito, permitido y prohibido” (Foucault,

1976a:110); c- el ciclo de lo prohibido, que estipula que no tocarás, que no consumirás ni sentirás placer, no hablarás del sexo y que éste solamente existirá en las sombras o en el ámbito de lo secreto. “Sobre el sexo el poder sólo aplicaría una ley de prohibición. Su objetivo: que el sexo renuncie a sí mismo. Su instrumento: la amenaza de un castigo que no es otro que su supresión” (Foucault, 1976a:110-111); d- la lógica de la censura, que indica que la prohibición adquiere tres formas: afirmar que no está permitido, impedir que se hable de él, negar su existencia; e- la unidad del dispositivo, según el cual el poder se ejercería del mismo modo en todos los niveles, tanto en decisiones globales cuanto en sus intervenciones capilares, en todos los aparatos o instituciones, actuaría de manera uniforme y masivo. Aunque a diferente escala, en todos estos ámbitos existiría una forma similar del poder: “Esta forma es el derecho, con el juego de lo lícito y lo ilícito, de la transgresión y del castigo” (Foucault, 1976a:111-112).<sup>4</sup>

Vemos aquí pues, que cuando Foucault sostiene que el poder sería aquello que al sexo dicta su ley, al momento de caracterizar esta ley, y la referencia ya no es únicamente a la ley penal, los caracteres están reducidas a: lícito/ilícito y prohibido/permitido. Es cierto que en varios pasajes de *La voluntad de saber*, la prohibición está asociada a la ley, pero la ley referida es una ley penal. No obstante pareciera ser que en la referencia aquí citada, Foucault refiere a toda ley y de hecho, en numerosos pasajes de la obra, Foucault se refiere sin mayores aclaraciones a la ley. Del mismo modo, en su referencia a la unidad del dispositivo la de ejercicio que se presenta como similar en todos ellos es la forma del derecho, que Foucault reduce, nuevamente, a lícito/ilícito y transgresión/castigo. En la misma línea, cuando Foucault resume todas sus críticas hacia la *representación jurídica del poder* sostiene que estamos ante una mirada demasiado pobre sobre el poder: En primer lugar porque se trataría de un funcionamiento del poder demasiado limitado en sus recursos y estrategias; en segundo lugar porque se trataría de un funcionamiento que solamente podría impedir y sería incapaz de producir comportamientos; por último, y aquí aparece nuevamente su reducción de la ley a una mera prohibición, “porque es un poder cuyo modelo sería esencialmente jurídico, centrado en el sólo enunciado de la ley y el sólo funcionamiento de lo prohibido” (Foucault, 1976a:113).

En el mismo orden de ideas, en una entrevista realizada el mismo año que la publicación de *La voluntad de saber*, criticando el modo de aproximarse al poder reduciéndolo a una mera represión, nuevamente, Foucault redujo la ley a una mera prohibición en la medida en que cuando “se define los efectos del poder por la represión, se brinda una concepción puramente jurídica de este mismo poder; se identifica a una ley que dice no; él tendría sobre todo la potencia de prohibir” (Foucault, 1976c:150). En la misma línea, en *Las mallas del poder*, una conferencia que Foucault pronunció en la Universidad de Bahía (Brasil) también en 1976, otra vez aparece una asociación entre ley y prohibición en la medida en

---

<sup>4</sup> Es a partir de éstas reflexiones y de las contenidas en *Vigilar y castigar* que Gilles Deleuze sistematizó las impugnaciones y las propuestas sobre el modo de pensar el poder en términos de: *postulado de la propiedad, postulado de la localización, postulado de la subordinación, postulado de la esencia o del atributo, postulado de la modalidad, postulado de la legalidad* (Deleuze, 1986:32-38).

que indica que “de esta concepción jurídica del poder, de esta concepción del poder a partir de la ley y de la soberanía, a partir de la regla y de la prohibición, hay que ahora desembarazarse si queremos proceder a un análisis ya no de la representación del poder, sino del funcionamiento real del poder” (Foucault, 1976b:1005).

Esta mirada que reduce a la ley y a lo legal a una mera prohibición, parece detectarse con mayor potencia en aquel pasaje en que el propio Foucault casi logra advertir esta reducción. Al inicio de “La apuesta” nuestro autor afirma que en numerosas oportunidades ha insistido en que en los últimos siglos, las sociedades occidentales habían mostrado un juego de poder que esencialmente era no represivo. “Ahora bien, de una manera obstinadamente confusa, yo he hablado, como si se trataran de nociones equivalentes, unas veces de *represión*,<sup>5</sup> otras veces de la *ley*, de la prohibición o de la censura. He ignorado –tozudez o negligencia- todo aquello que puede distinguir sus implicaciones teóricas o prácticas. Y concibo que con derecho se me pueda afirmar: refiriéndose sin cesar a las tecnologías positivas de poder, usted trata de ganar en los dos tableros; usted confunde vuestro adversario bajo la figura del que es el más débil, y, discutiendo la sola represión, usted quiere abusivamente hacer creer que se ha desembarazado del problema de la ley; y sin embargo usted conserva del principio del poder-ley la consecuencia práctica esencial, a saber, que no se puede escapar al poder; que está siempre ya allí y que constituye el mismo aquello que se intenta oponerle. De la idea de un poder represión, y para criticarlo, usted ha retenido el elemento teórico más frágil; de la idea de poder-ley, usted ha retenido, pero para conservarlo a su propio uso, la consecuencia política más esterilizante” (Foucault, 1976a:108).

Como puede advertirse, Foucault se auto acusa de tomar una parte de la *representación jurídica* del poder, la parte relativa a la represión, para destruirla; empero se guarda una de las partes de esta *representación*, aquella referida a la omnipresencia de la ley, para así mantener una idea omnipresente del poder. Ahora bien, con aquello que Foucault no rompe, y no lo hace porque parece participar de ello, es con la idea de la ley reducida a la represión, a la prohibición. En el V capítulo de la *Voluntad de saber*, Foucault expone el modo en que a lo largo del siglo XVIII se ha desplegado un bio-poder, un poder sobre la vida. Este poder sobre la vida, se ha desarrollado a partir del siglo XVIII bajo dos polos complementarios “Uno de los polos, al parecer el primero en ser formado, ha estado centrado en el cuerpo como máquina: su entrenamiento [*dressage*], el incremento de sus aptitudes, la extorsión de sus fuerzas, el crecimiento paralelo de su utilidad y su docilidad, su integración a sistemas de control eficaces y económicos, todo ello ha sido asegurado por procedimientos de poder que caracterizan las *disciplinas: anátomo-política del cuerpo humano*. El segundo, que se formó un poco más tarde, hacia mediados del siglo XVIII, fue centrado sobre el cuerpo-especie, sobre el cuerpo atravesado por la mecánica de lo viviente y sirviendo de soporte a los procesos biológicos: la proliferación, los nacimientos y la

---

<sup>5</sup> Vale aclarar que aquí la noción de represión no está empleada en el sentido psicoanalítico de reprimir porque el verbo utilizado es *répression* y no *refouler*.

mortalidad, el nivel de salud, la duración de la vida, la longevidad con todas las condiciones que pueden hacerlas variar; todo ello lo toma cargo toda una serie de intervenciones y de *controles reguladores: una biopolítica de la población*. Las disciplinas del cuerpo y las regulaciones de la población constituyen los dos polos alrededor de los cuales se desarrolló la organización del poder sobre la vida. El establecimiento en el curso de la edad clásica de esta gran tecnología de doble faz – anatómica y biológica, individualizante y especificante, vuelta hacia las prestaciones del cuerpo y considerando los procesos de la vida- caracteriza un poder cuya más alta función a partir de ahora no es más de matar sino de sitiar la vida de un lado a otro” (Foucault, 1976a:183).

No es momento para desarrollar los alcances de la temática biopolítica en la obra de Foucault, sino que el punto a indagar es si esta reducción de la ley a una mera prohibición que Foucault parece suponer en algunos de los pasajes relativos a la impugnación de la *representación jurídica del poder* resulta útil para analizar el gobierno o la regulación de las poblaciones. Tanto en *La voluntad de saber* cuanto en *“Hay que defender la sociedad”* Foucault se encarga de mostrar el modo en que la sexualidad –y de ahí su importancia- se había configurado como una bisagra que permitía articular la tecnología disciplinaria con la tecnología biopolítica, ya que permitía unir una faz de control individual del cuerpo y una regulación sobre la población (Foucault, 1975-1976:224;1976a:191-193). De algún modo la regulación del matrimonio puede tenerse como un caso, como un ejemplo de este proceso de regulación de poblaciones y a la luz de la sanción de la ley 26.618, que en Argentina modificó la ley de matrimonio civil, la pregunta es si una concepción de la ley reducida a su mera prohibición resulta atractiva y adecuada para analizar el proceso.

### **III- Gubernamentalidad y derecho**

#### *III.a Gubernamentalidad*

El curso correspondiente al período 1977-1978, titulado *Seguridad, territorio, población*, comenzó con el estudio de los denominados dispositivos de seguridad, caracterizados, entre muchas otras cosas, por tener como blanco ya no el territorio, ya no los individuos particulares, sino el gobierno de las poblaciones. De algún modo, los desarrollos sobre los dispositivos de seguridad hicieron a Foucault preguntarse por la emergencia de la población como problema político, como elemento a regular, como sustrato pues a gobernar. Es así que para avanzar sobre la noción de gobierno introduce el concepto de *gubernamentalidad* que en la clase del 1 de febrero de 1978, es definido de acuerdo con tres ejes: “Por gubernamentalidad, entiendo el conjunto constituido por las instituciones, los procedimientos, análisis y reflexiones, los cálculos y las tácticas que permiten ejercer esta forma bien específica, aunque compleja, de poder, que tiene como blanco principal la población, por forma principal de saber, la economía política, por instrumento técnico esencial los dispositivos de seguridad. En segundo lugar, por «gubernamentalidad», entiendo la tendencia, la línea de fuerza que, en todo Occidente, no ha cesado de conducir, y desde hace mucho tiempo, hacia la preeminencia de ese tipo de poder que se puede denominar el «gobierno» sobre todos los otros: soberanía, disciplina; que indujo, por una parte, el desarrollo de toda una serie de aparatos específicos de gobierno y, por otra parte, el desarrollo

de toda una serie de saberes. Finalmente, por gubernamentalidad, creo que habría que entender el proceso o, más bien, el resultado del proceso por el cual el Estado de justicia de la Edad Media, convertido en los siglos XV y XVI en Estado administrativo, se encontró poco a poco «gubernamentalizado» (Foucault, 1978:655).

En lo que aquí nos interesa, pues, podemos afirmar que la *gubernamentalidad*, es un ejercicio de poder que tiene como blanco principal la población y por técnica los dispositivos de seguridad. Antes de llegar a la noción de gubernamentalidad, Foucault se había encargado de comparar los dispositivos de soberanía, los dispositivos disciplinarios y los dispositivos de seguridad a partir de tres ejemplos de los siglos XVII y XVIII: el problema de la ciudad, que le permite destacar la atención prestada por los dispositivos de seguridad a la relación entre la población y el medio que habita; el modo de tratar lo aleatorio o el acontecimiento, que con el ejemplo de la escasez de granos, Foucault liga el asunto de la población con la economía política; el problema de la viruela, que permite a Foucault distinguir la normación disciplinaria de la normalización propia de los dispositivos de seguridad.

Tomemos, pues, el ejemplo de la escasez de granos para analizar el modo en que Foucault parece continuar preso de una concepción de lo legal limitada, únicamente, a una faz prohibitiva.

### *III.b Escasez de granos*

Foucault adopta el ejemplo de la escasez de granos para analizar la relación del gobierno con el acontecimiento. Muestra que el gobierno francés el siglo XVII adoptaba un sistema que denomina “a la vez de jurídico y disciplinario, un sistema de legalidad y un sistema de reglamentos cuya función esencial es de impedir la escasez” (Foucault, 1977-1978:48). Esta función esencial del sistema jurídico de impedir, se confirma con los ejemplos que se incluyen: “(s)istema jurídico y disciplinario que, en concreto, adopta las formas clásicas ya conocidas: limitación de precios y sobre todo del derecho de acopio: prohibición de almacenar y por lo tanto necesidad de vender de inmediato; limitación de la exportación: prohibición de enviar granos al extranjero (...) Por lo tanto toda una serie de restricciones a los precios, el acopio, la exportación y el cultivo (Foucault, 1977-1978:48-49). De algún modo, el objetivo de estas medidas no es otro que mantener bajo el precio de los granos, que los productores obtengan la menor ganancia posible y que los consumidores puedan alimentarse de modo barato para así, conservar bajos los salarios. A este modelo jurídico disciplinario, Foucault opone aquél desarrollado en Inglaterra hacia fines del siglo XVII, y luego en Francia hacia fines del siglo XVIII, al que define como un ejemplo de dispositivo de seguridad. En primer lugar no se tomará a la escasez como un mal, sino como un fenómeno natural que no es bueno ni malo. En lo que refiere a las medidas a adoptar, la primera de ellas no es otra que favorecer el alza de los precios del grano, incluso por medios artificiales como el incentivo de exportación mediante el otorgamiento de primas y la derogación de límites a la exportación, la limitación de importaciones a partir de la aplicación de aranceles, la derogación de la prohibición de acopio, etc. En algún sentido, puede afirmarse que el acontecimiento de la escasez “se disociará en dos niveles. En efecto, podemos decir que gracias a esas medidas o, mejor, gracias al

collar de hierro jurídico disciplinario en que estaba encerrado el comercio de granos, la escasez, como dice Abeille, se convierte en una quimera. Se muestra que, por una parte, no puede existir y que, cuando existía, lejos de ser una realidad, una realidad en cierto modo natural, no era otra cosa que el resultado aberrante de una serie de medidas artificiales y también aberrantes. En lo sucesivo, entonces, se acabó la escasez” (Foucault, 1977-1978:62).

De algún modo, Foucault presenta al dispositivo de seguridad como muy diferente, sino opuesto, al dispositivo jurídico disciplinario. Ahora bien, si observamos las medidas propias de los dispositivos de seguridad, puede observarse que el incentivo de las exportaciones así como la aplicación de aranceles para las importaciones son medidas jurídicas, son decisiones llevadas a la práctica a través de herramientas legales. Así como el derecho funcionaba prohibiendo, también puede funcionar regulando.

### *III.c La reforma a la ley de matrimonio*

En el mes de julio de 2010, el Congreso Nacional transformó en ley dos proyectos tendientes a regular jurídicamente, a través de la figura del matrimonio, un determinado elemento de la realidad: las parejas homosexuales.

El primer régimen jurídico del matrimonio sancionado por el Estado Argentino, es decir el primer cuerpo legal que se diseñó luego de los procesos constitucionales de 1853 y 1860, fue incluido dentro del Código Civil. A propuesta del Diputado José María Cabral, el 6 de junio de 1863 y mediante la ley 36, el Congreso de la Nación facultó al Poder Ejecutivo para crear una comisión para la redacción de los proyectos de códigos civil, penal, minería y las órdenes del ejército. Mediante el decreto del 20 de octubre de 1864, el Poder Ejecutivo nombró a Dalmacio Vélez Sársfield para encargarse de la redacción del proyecto. A libro cerrado, la Cámara de Diputados votó el proyecto el 22 de septiembre de 1869 y, también a libro cerrado, la Cámara de Senadores lo aprobó en la sesión del 25 de septiembre. Cuatro días más tarde, el Presidente Domingo Sarmiento lo promulgó con el 340 como número de ley (Llambías, 1991:186-196). No obstante, recién con la sanción de la ley 2393, sancionada el 12 de noviembre de 1888 durante la presidencia de Miguel Ángel Juárez Celman, Argentina tendría su primera ley de matrimonio civil. En lo que aquí nos interesa, el artículo 14 disponía que “(e)s indispensable para la existencia del matrimonio el consentimiento de los contrayentes, expresado ante el oficial público encargado del Registro Civil. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles, aun cuando las partes tuviesen buena fe.” En la primera normativa sobre matrimonio civil, pues, no había ninguna especificación respecto del sexo de los contrayentes. Casi un siglo más tarde, en junio de 1987, y con la gran reforma que implicó la introducción del divorcio vincular,<sup>6</sup> se incluyó en el código civil el requisito de la diferencia del sexo entre los contrayentes. Es así que el artículo 172 del código había quedado redactado en estos términos: "Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre

---

<sup>6</sup> En el caso “Sejean J.B., c. Zaks de Sejean”, resuelto el 26 de noviembre de 1986, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había declarado la inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393 que establecía la indisolubilidad del matrimonio. (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1986).

consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente."

A pesar de la normativa vigente, a partir del año 2009 pueden detectarse nueve causas judiciales en las cuales se hizo lugar a solicitudes de matrimonio entre personas del mismo sexo. Ocho de estas causas se sustanciaron en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La primera de ellas, tal vez la más conocida, fue la caratulada "Freyre, Alejandro y otro c. GCBA sobre amparo", resuelta el 10 de noviembre de 2009. A ella le siguieron: "Arias, Diego de Jesús y otro c. GCBA sobre amparo"; "Baez, Alberto Daniel y otro c. GCBA sobre amparo"; "Fernández, Alberto Darío y otro c. GCBA sobre amparo"; Bernath, Damián Ariel y otros c. GCBA sobre amparo"; "Luna, Alejandro Luis y otros c. GCBA sobre amparo", "Castillo, Norma Edith otros c. GCBA sobre amparo"; "Canevaro, Martín y otros c. GCBA sobre amparo". La causa restante tramitó en el Tribunal Oral Criminal nº2 de la Ciudad de La Plata: "Dessio Verónica y Pérez Carolina Paola s/amparo".

Finalmente, con la sanción de la ley 26618 el 15 de julio de 2010 –y su promulgación seis días después- el artículo 172 del código civil quedó redactado del siguiente modo: "Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente."<sup>7</sup>

Es de destacar que este tipo de regulación jurídica del matrimonio que no distingue entre igualdad o diferencia de sexo –o que sí distingue, pero no impone efectos jurídicos diferenciales- también existe en países como: Países Bajos (desde 2001), Bélgica (desde 2003), España (desde 2005), Canadá (desde 2005), Sudáfrica (desde 2006), Noruega (desde 2009), Suecia (desde 2009), Portugal (desde 2010), Islandia (desde 2010). También se presenta en seis de los Estados Unidos: Massachusetts (desde 2004), Connecticut (desde 2008), Iowa (desde 2009), Vermont (desde 2009), New Hampshire (desde 2010), Washington D.C. (desde 2010). Asimismo, es de destacar que numerosos países cuentan con algún otro tipo de regulación jurídica para las parejas del mismo sexo: Alemania, Andorra, Australia, Austria, Colombia, Dinamarca, Ecuador, Eslovenia, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Israel, Luxemburgo, Uruguay, Nueva Zelanda, Reino Unido, República Checa, Suiza. Asimismo, a nivel provincial o estadual, también pueden citarse algunos casos de regulación legal de la unión entre parejas del mismo sexo: California, Columbia, New Jersey y Oregon en Estados Unidos; Ciudad de México y Coahuila en México; Rio Grande do Sul en Brasil y; Ciudad

---

<sup>7</sup> Vale aclarar que además del 172, se han reformado otros 42 artículos. En general se trata de ajustes terminológicos suscitados a partir de la reforma del citado artículo, pero también se produjeron algunas reformas que contemplan de modo específico la situación de las parejas del mismo sexo.

Autónoma de Buenos Aires, ciudades de Río Cuarto y Villa Carlos Paz y Provincia de Río Negro en Argentina (Figari, 2010).

Volviendo a las modificaciones establecidas por la ley 26.618, se advierte que de acuerdo con lo que surge del informe del dictamen de las Comisiones de Legislación General y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, con la sanción de la ley se tenía la intención de promover el reconocimiento tanto de derechos contemplados a nivel constitucional, cuanto “de realidades que, instituidas sobre los principios que sustentan esos derechos, son parte de nuestra sociedad” (Informe, 2010:8). Del mismo modo que la escasez de granos era tomada como una realidad, la situación de las parejas homosexuales también es concebida como un elemento de la realidad. Asimismo, de la misma manera a que al acontecimiento de la escasez de granos se lo regula, al acontecimiento de las parejas del mismo sexo también se lo regula, en este caso a través de la figura legal, de la institución jurídica del matrimonio. Es así que en el citado informe se afirma que con el proyecto “se reconoce a las personas la libertad de elegir con quién asumir los compromisos de la convivencia en pareja, regulada en la institución jurídica y laica del Matrimonio” (Informe, 2010:8) <sup>8</sup>

En el mismo orden de ideas, es decir, bajo este vector de tomar al acontecimiento como un elemento de la realidad para luego regularlo, puede citarse la exposición de motivos del proyecto de ley 121/000018 mediante el cual el gobierno español propuso consagrar legalmente el matrimonio entre personas del mismo sexo. Allí se lee que “(l)a regulación del matrimonio en el Derecho Civil contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales. Su origen radica en el Código Civil francés de 1804, del que innegablemente trae causa el español de 1889” (Proyecto 121/000018, 2005:2). Ahora bien, como la realidad social no es la misma que en 1889, es que resulta necesario modificar la regulación legal. Es así que “en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889” (Proyecto 121/000018 2005:2). Finalmente, y siempre dentro de la lógica de asumir la realidad como tal para así regularla, se lee que “desde esta perspectiva amplia, la regulación del matrimonio que ahora se instaura trata de dar

---

<sup>8</sup> Este pasaje está tomado de los fundamentos del proyecto 0574-D-2010, presentado por Vilma Ibarra, y co-firmado por Nora Iturraspe, Margarita Stolbizer, María Storani, Paula Cecilia Merchan, Martín Sabbatella, Agustín Rossi, Liliana Parada, Sergio Basteiro y Jorge Rivas. Vale aclarar que el proyecto 0574-D-2010 tuvo como antecedentes otros dos proyectos presentados también por Vilma Ibarra: 1854-D-2008 y 3218-S-07.

En el citado informe, párrafos más adelante, también se insiste en la concepción del matrimonio como una forma de regulación en la medida en que se sostiene que “(e)l matrimonio como institución así construida es, como toda institución, una creación histórico-social, no fija, y como tal ha sido regulada por el Estado. Pero dicha regulación no puede desconocer los principios que la avalan, debiéndose garantizar a las instituciones de la sociedad su diversidad fundante.” (Dictamen, 2010:9)

satisfacción a una realidad palpable, asumida por la sociedad española y que se presenta necesitada de un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja” (Proyecto 121/000018 2005:2). Por la temática, es decir, por una materia que atañe a la regulación de la población, así como por este vector que marca una dirección de reconocer una realidad que no es buena ni mala pero que es menester regular, pareciera que estamos en presencia de un dispositivo de seguridad. Ahora bien, pareciera también que estamos ante un dispositivo de seguridad, pero instrumentado a partir de la ley, regulado a partir de herramientas jurídicas. Pareciera pues, y a diferencia de lo que por momentos se desprende de la obra de Foucault, es necesario desprenderse de una idea meramente prohibitiva de la ley, meramente negativa de lo legal. O si se quiere, pero esto merecería un tratamiento más detallado, asumir que lo negativo de la ley es que no procede solamente a partir de la negación.

#### IV- Referencias

Corte Suprema de Justicia de la Nación (1986). “Sejean J.B., c. Zaks de Sejean”. Buenos Aires: Fallos 308:2268.

Deleuze, G. (1986). Un nouveau cartographe en *Foucault*. Paris: Les Éditions de Minuit, 2004.

Dictamen de las Comisiones de Legislación General y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia (2010). Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Orden del Día nº 197.

Figari, Carlos (2010). Per scientiam ad justitiam. Matrimonio igualitario en Argentina. *Mediações. Revista de Ciências Sociais*. v. 15, nº.1, 2010, pp. 125-145.

Foucault, M. (1971). De la nature humaine: justice contre pouvoir. *Dits et Écrits I* (nº132, pp. 1339-1380). Paris: Gallimard, 2001.

(1972). Théories et institutions pénales. *Dits et Écrits I* (nº115, pp.1257-1261) Paris: Gallimard, 2001.

(1973a). Le société punitive. *Dits et Écrits I* (nº131, pp.1324-1338). Paris: Gallimard, 2001.

(1973b). Le vérité et les formes juridiques. *Dits et Écrits I* (nº 139, pp.1406-1514). Paris: Gallimard, 2001.

(1973-1974). *El poder psiquiátrico* (trad. de Horacio Pons). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

(1974-1975). *Los anormales* (trad. de Horacio Pons). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

(1975). *Surveiller et punir*. Paris: Gallimard, 1975.

(1975-1976). «*Il faut défendre le société*». Paris: Gallimard-Seuil, 1997.

(1976a). *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*. Paris: Gallimard, 1976.

(1976b). Les mailles du pouvoir. *Dits et Écrits II* (nº297, pp. 1001-1020). Paris: Gallimard, 2001.

(1976c). Entretien avec Michel Foucault (réalisé par A. Fontana y P. Pasquino). *Dits et Écrits II* (nº 192, pp. 140-160). Paris: Gallimard, 2001.

(1977-1978). *Seguridad, Territorio, Población* (trad. de H. Pons). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

(1978). Sécurité, territoire et population. *Dits et Écrits II* (nº 255, pp. 719-723). Paris: Gallimard, 2001,.

(1978-1979). *Naissance de la biopolitique*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004.

(1979). Naissance de la biopolitique. *Dits et Écrits II* (nº274, pp. 818-825). Paris: Gallimard, 2001.

Llambías, J. J. (1991). *Tratado de derecho civil. Parte general* (14ª edición actualizada por Patricio Raffo Benegas). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991.

Proyecto 121/000018 (2005). Boletín Oficial de las Cortes Generales, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, nº 18-1.