

# Biopolítica y poder punitivo. Una crítica epistemológica a la dogmática jurídica

Ignacio Gómez Perdiguero

Francisco Di Santo

## I

### *Nuestro problema con la ciencia jurídica:*

La pregunta ¿qué es el derecho?, es quizás, el punto de partida de la ciencia jurídica que se ha ocupado por la definición, coherencia-lógica y sistematicidad normativa de sus premisas. De esta manera, se interesó por las expresiones lingüísticas, su razonabilidad y la dimensión *idealista* con la que se ha construido el mundo jurídico. En el pensamiento teórico, y en el jurídico más que en ningún otro, aún tiene alguna vigencia la concepción platónica respecto de la relación entre el lenguaje y la realidad. Para este análisis filosófico, las cosas sólo tienen propiedades *esenciales* en la medida que los hombres hagan de ellas condiciones necesarias para su uso; decisión que, naturalmente, puede variar. Muchos sistemas *ius filosóficos* –el platonismo antiguo, el realismo escolástico, el fenomenalismo moderno- se han basado en la creencia de que cabe encontrar conceptos con carácter de verdad esencial o de necesidad, por un procedimiento intelectual o místico<sup>1</sup>. El principal problema de esta tradición está, a nuestro parecer, en el *mundo de las Ideas*.

La incipiente ciencia jurídica, de recepción platónica preocupada por el saber virtuoso, se tradujo en la edad moderna por la *iluminación*, basada en la razón y la ciencia; esto trae aparejado la construcción de un saber desproveído de conflicto y de poder. Uno de los paradigmas de la modernidad giró en torno al problema de la objetividad moral, constituyendo uno de los nodos más problemáticos de su filosofía; así lo demuestra el diálogo entre *Antígona* y *Creonte* en Sófocles, sometidos a dos mandatos morales que *tampoco pueden encontrar ningún principio de resolución, superación o síntesis*, porque son radicalmente irreconciliables. Afirmamos que los hombres viven su vida con valores morales en pugna y como le sucedió a *Hamlet* de Shakespeare que confesó al buen Horacio, de tener dentro de él un sistema antagonico de valores, es decir: “*Señor, en mi corazón había una suerte de lucha*”<sup>2</sup>. Esto demuestra que la postulación de la abstracción del conflicto y el poder en el orden del derecho es tan irrisoria como en el plano de la moral.

La preocupación por el mundo de las ideas, ha conducido a una investigación jurídica, que se suele denominar, “dogmática jurídica”. Esta modalidad se caracteriza por tener ideas racionales y técnicas de justificación de las soluciones que se presentan en la realidad. Una de las técnicas que

---

<sup>1</sup> NINO, Carlos Santiago, “*Introducción al análisis del derecho*”, ed., Astrea, Buenos Aires 2012, p. 12.

<sup>2</sup> RINESI, Eduardo, “*Política y tragedia. Hamlet, entre Maquiavelo y Hobbes*”. Ed., Colihue, Buenos Aires 2011, p.12, 72.

permiten a la dogmática hacer que el derecho positivo se adecue a determinados ideales –como si se tratara de una mera descripción de soluciones que el derecho encierra en forma latente- es el uso de ciertas propiedades racionales, que solucionan los casos que se presentan en la realidad.

### ***Un deber ser que no llega a ser: no es un derecho, es un disparate...***

Lo que caracteriza a la ciencia jurídica –y a la dogmática jurídica penal- consiste en el objeto de estudio, que es siempre el derecho positivo dado<sup>3</sup>. Su principal preocupación deviene del estudio de la ley, considerada no como un modo de ser, sino del deber ser<sup>4</sup>. La preocupación por el lenguaje y la sistematicidad del derecho fue por el movimiento del neo-empirismo humeano que se enrolló la filosofía analítica positivista –autores como Kelsen, Austin-, pero para el presente trabajo, nos preocuparemos de la filosofía analítica neo-kantiana de una corriente denominada “constructivismo ético” con exponentes anglosajones como Rawls, Dworkin- y, principalmente, nos dedicaremos a la dogmática penal de Carlos Nino.

La Ilustración sumado a las ideas contractualistas de la época, implicó la racionalización del pensamiento de los actuales juristas que sostienen la dogmática penal neo-kantiana. La Ilustración para Kant es emprender la empresa de llevar adelante la relación preexistente entre la voluntad, la autoridad y el uso de la razón<sup>5</sup>. Es decir, la modernidad responde a un hombre libre y racional. Con autonomía de pensamiento y juicios morales universales.

Un retribucionista neo-contractualista seguidor de Kant, es el filósofo H. Hart, que justifica la pena en base a los principios de libertad y de igualdad. El “principio de igualdad” requiere que cuando alguien vive en sociedad sin violar el derecho se halle en una situación diferente a la de quien lo hace violando el derecho y, por ende, de esto se desprende la necesidad de retribuir al violador del derecho el mal que ha causado. El “principio de libertad”, por su parte, implica que quien elige violar el derecho ya cuenta con la pena en su cálculo, de modo que al elegir la violación del derecho ya está eligiendo la pena. El problema de los dogmáticos penalistas neo-contractualistas es obvio: su teoría puede leerse únicamente a la luz de una sociedad “justa”, en que la pena alcanzase a todos los violadores del derecho y en que todos dispusiesen del mismo espacio social; pero en sociedades reales, en que esto no sucede –y mucho menos aún en Latinoamérica- la pena retributiva queda deslegitimada. Es la misma objeción que le formulo Jean Paul Marat al contractualismo rousseauiano<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> LASCANO, Carlos Julio. “*Derecho Penal, Parte General*”, Ed., Advocatus, Córdoba, 2005, p 54 .

<sup>4</sup> LASCANO, Carlos Julio, ob., cit., p., 55.

<sup>5</sup> FOUCAULT, Michel, “*¿Qué es la Ilustración?*”, ed. La Piqueta, España, p. 87.

<sup>6</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio, “*En Busca de las Penas Perdidas*”, ed., Ediar, Buenos Aires, 1998, p 86.

En esta misma línea trabaja la dogmática penal Carlos Nino que, concibe la teoría de “la consensualidad de la pena” incorporando lo más ventajoso del utilitarismo y del retribucionismo<sup>7</sup>.

La ciencia jurídica neo-kantiana, en la que Nino se enrola, trae consigo el reconocimiento de una objetividad moral que permita la justificación de las normas jurídicas, basadas principalmente, en una serie de principios morales normativos que pueden justificarse racionalmente, con un marcado corte liberal<sup>8</sup>. Desde esta perspectiva, y partiendo de una acentuada corriente neo-contractualista, Nino se propone la empresa de encontrar principios que permitan una justificación de la pena, para ello, en coherencia con las bases de la dogmática penal, emite juicios de valor con pretensión de científicidad abstraído de la realidad práctica del poder punitivo.

La estrategia de Nino es presentar la *justificación de la pena* con el fundamento utilitarista de la protección social, y el principio de distribución –retribucionista- para dar respaldo y criterio de repartición de beneficios de bienes y cargas sociales. La imposición de un deber o carga a un individuo es en beneficio de un tercero, si *prima facie* fue dado con el consentimiento del primero, en forma libre y consiente. Pero Jean Paul Marat ya lo sostuvo, es difícil dar el consentimiento libre y consiente en sociedades injustas. Más aun, en las prácticas del poder punitivo con un Soberano *racista* y selectivo.

## II

### ***Hacia la desconstrucción de un saber***

La objetividad moral de un sistema jurídico-penal de las acciones correctas<sup>9</sup> que deben seguir los hombres, es un presupuesto kantiano irreconciliable con multiplicidad de factores sociales, económicos, culturales que se presentan en la historicidad propia de nuestras sociedades. El problema es que los principios que los neo-kantianos sostienen, pueden pensarse en sociedades justas, dado el modo de diseñar normativamente las instituciones liberales.

---

<sup>7</sup> NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal*. Pág. 224 y siguientes.

<sup>8</sup> NINO, Carlos Santiago, “*Ética y Derechos Humanos*”, ed., Astrea, Buenos Aires 2012, p. 93.

<sup>9</sup> Esta pretensión de establecer “lo bueno”, “lo correcto” en un sistema jurídico, arrastra consigo –como lo muestra la construcción en la dogmática penal actual- un desconocimiento de la genealogía de esa palabra. La procedencia de “lo bueno” generalmente se la considera como acciones “no egoístas”. Pero la genealogía muestra que fueron aquellas acciones alabadas como buenas, de acuerdo con el hábito. Es decir, han sido alabadas siempre como buenas, fueron sentidas también como buenas –como si fueran en sí algo bueno. Antes bien, fueron “los buenos” los mismos, es decir, los nobles, los poderosos, los hombres de posición superior y elevados sentimientos quienes se sintieron y se valoraron a sí mismos y a su obrar como buenos, o sea como algo de primer rango, en contraposición a todo lo bajo, abyecto, vulgar y plebeyo. En el derecho se llega tan lejos que deberíamos concebir también el origen histórico del lenguaje como una exteriorización de poder de los que dominan: dicen “esto es esto y aquello”. Hoy el prejuicio que considera que “moral” es “no egoísta” son conceptos equivalentes si se domina ya con la violencia de una idea fija y de una enfermedad mental. Véase: NIETZSCHE, Friedrich, “*La Genealogía de la Moral*”, ed., del Libertador., Buenos Aires 2011, p., 12.

Sin embargo, en sociedades injustas y fuertemente estratificadas como las actuales, estos discursos dan lugar a una práctica discrecional y masiva de regulación de sectores humanos, de conductas, y de selección por el poder punitivo, toda vez que son incapaces de captar la realidad de funcionamiento de los sistemas penales como tecnología masificadora y en conexión con toda una serie de problemas económicos y políticos, basadas en la racialización como estrategia de poder.

Con la intención de suplir las enormes dificultades de la ciencia jurídica moderna encontramos en la obra de Michel Foucault una literatura compleja que nos permite pensar al mismo tiempo filosófica y fácticamente. En tanto crítica a un discurso anclado en la búsqueda de la legitimidad del poder (como el que plantea la dogmática); y en cuanto propuesta de conceptos que permiten captar los poderosos efectos del derecho penal en nuestras sociedades. Es por ello, que proponemos hacer uso de su analítica del poder para desentrañar el contenido dejado de lado y captar la dimensión de poder real que opera en el sistema penal.

En cuanto crítica, desde la perspectiva de Foucault, el sistema del derecho y del campo judicial se presentan como el vehículo permanente de relaciones de dominación, de técnicas de sometimiento polimorfos. Es así como, propone no ver al derecho por el lado de una legitimidad a establecer, sino por el de los mecanismos de sometimiento que pone en acción. De esta manera se desenfoca el análisis dogmático de las formas regladas y legítimas del poder en su centro, para pasar a captarlo en sus extremos. Es decir, se busca leer el poder punitivo en su instancia material de sometimiento. Es, al fin y al cabo, realizar exactamente lo contrario a lo que realizan los juristas; lo que se evidencia cuando su problema consiste en saber cómo puede formarse una voluntad o un cuerpo único, animados por un alma que sería la soberana<sup>10</sup>.

El trabajo inverso, que desde la literatura foucaultiana se realiza, adquiere relevancia en el orden de que la mecánica de poder captada a partir del método propuesto, supone una apretada cuadrícula de coerciones materiales que definen una nueva matriz de poder con procedimientos particulares y tecnologías novedosas, que confronta a la mecánica de poder raquíticamente descripta por la dogmática jurídica.

Desde esta perspectiva, la filosofía jurídica de Nino, desconoce que los sistemas penales se caracterizan por estar compuestos de agencias que funcionan autónomamente una de otras, ejerciendo un poder de selección de individuos en sus distintas instancias. Así, el poder punitivo en su faz práctica no se ejerce sobre los que están presos, sino sobre los que están sueltos, dado que es poder de vigilancia; opera de manera performativa y configuradora de la vida social.

---

<sup>10</sup> FOUCAULT, Michel, “*Defender la sociedad. Curso en el College de France (1976-1977)*”, Ed., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000, p 36 y 37.

La teoría dogmática del derecho, que no conoce más que al individuo y a la sociedad que se constituye en torno al contrato voluntario e implícito, realizando las operaciones intelectuales que en este trabajo se describen; no puede conocer que el poder punitivo no hace mella en ese contrato, sino que está diseñado para impactar de lleno un nuevo cuerpo, que Foucault conceptualiza bajo la noción de *población*<sup>11</sup>. Esta configuración *biopolítica* del poder punitivo tiene que ver con la población. Es así como la naturaleza del sistema penal, como fenómeno colectivo se vuelve captable en el nivel mismo de las masas.

Un refinamiento teórico aún mayor, nos permite inscribir las lógicas del poder punitivo en el concepto foucaulteano de gobierno o gubernamentalidad, que permite entender las relaciones de poder ya no como tecnologías de dominación, sino a partir de la regulación de la conducta de los sujetos por medio de tecnologías específicas que intervienen sobre el campo posible de sus acciones<sup>12</sup>. En este sentido, las tecnologías de gobierno pueden distinguirse de las tecnologías de dominación porque no buscan determinar la conducta de los individuos, sino dirigirla de un modo eficaz, desde que presuponen la capacidad de acción de aquellos que deben ser gobernados<sup>13</sup>.

En consecuencia, la buena política penal no apunta de ningún modo a la extinción del crimen, sino a un equilibrio entre curvas de oferta del crimen y demanda negativa. Lo cual equivale a plantear como pregunta esencial de la política penal: No ¿Cómo castigar los crimines?, y ni siquiera ¿Cuáles son las acciones que es preciso considerar como crímenes?, sino: ¿Cuántos delitos deben permitirse? Y en segundo lugar ¿Cuántos delincuentes deben quedar impunes? Eso es la cuestión de la penalidad<sup>14</sup>.

Ilustrativamente, Wacquant muestra cómo en 1989, por primera vez en la historia de Estados Unidos, la población penitenciaria negra se vuelve mayoría en las cárceles. Esto se explica, según el autor, como resultado de la política de expulsión del mercado laboral, que hace que una parte de la población resulte económicamente innecesaria, subempleada o mal paga, por lo cual el trabajo se le impone como una obligación ciudadana<sup>15</sup>.

De esta manera, los problemas de la aplicación de un sistema jurídico en una dimensión deóntica como la kantiana trae sus consecuencias: “*Fiat iustitia et pereat mundus*” (hágase justicia aunque perezca el mundo). La dogmática penal ha estado construyendo un saber jurídico –en un

---

<sup>11</sup> FOUCAULT, Michel , ob., cit., p., 222

<sup>12</sup> GARCÍA ROMANUTTI, Hernán , “*El derecho entre dominación y Resistencia*”. Disponible en <http://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/mod/resource/view.php?id=31733>

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio, “*La palabra de los muertos*”, ed., Ediar, Buenos Aires, 2011, p 518.

<sup>14</sup> FOUCAULT, Michel, “*Nacimiento de la Biopolítica. Cursos en el College de France (1978-1979)*”, ed. Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 298.

<sup>15</sup> WACQUANT, Loïc, “*Las Cárceles de la miseria*” Ed. Manantial, Buenos Aires, 2004, p 88 y sig.

idealismo de objetividad moral- que llevo a una aplicación punitiva –retribucionista- de la práctica, estigmatizando en las sociedades desiguales a los sectores más vulnerables.

### III

#### La pena es racial e irracional...

Ahora bien, para que sea posible entender la eficacia del poder punitivo en las lógicas del biopoder, resulta importante introducirnos al concepto de *racismo*, como clave de entendimiento del espacio que ocupa el poder penal como configurador de la población.

Si bien es cierto que a lo largo de casi toda la historia el racismo existió, la particularidad de los sistemas punitivos se da en el orden de la inscripción de este racismo en los mecanismos propios del Estado. El racismo, se constituyó como medio para introducir un corte en el ámbito de la vida que el poder tomó a su cargo: el corte entre lo que debe vivir y lo que debe morir; una manera de desfasar, dentro de la población, a unos grupos con respecto a otros<sup>16</sup>.

Es así que, como resultado del funcionamiento del sistema penal, criminalizados, victimizados y policizados se seleccionan de los mismos sectores sociales. Aunque no haya ninguna mente maléfica organizando esto, lo cierto es que resulta funcional para que los pobres se maten entre ellos, y de este modo se neutralicen, pues, mientras se entretienen en matarse no pueden coaligarse, dialogar ni tomar consciencia de su situación, neutralizándose toda posibilidad de participación política coherente<sup>17</sup>.

La potencia del concepto de *racismo* en Foucault, permite describir una operatoria funcional compatible con el ejercicio del biopoder, en la cual subyace la idea de un enfrentamiento de tipo biológico, consistente en la eliminación de las especies inferiores de la población a favor de aumentar la fuerza y el vigor en otros sustratos. Nos dice el autor, que el imperativo de la muerte, sólo es admisible en tanto eliminación del peligro biológico y al fortalecimiento de la especie.

Sin embargo, entendemos que en los contextos latinoamericanos, por su historicidad propia, es necesario poner el énfasis en el hecho que el *racismo* se constituye como condición gracias a la cual se puede ejercer el derecho de matar; y ajustar a nuestro presente el contenido biologicista que Foucault le imprime. Con los ajustes que deben realizarse, coincidimos con Castro-Gomez en tanto, la analítica de Foucault es euro-céntrica, pero es posible articularla con enfoques de la colonialidad permitiendo un abordaje de problemáticas locales enriqueciendo los marcos conceptuales de análisis.

---

<sup>16</sup> FOUCAULT, Michel. “*Defender la sociedad. Curso en el College de France (1976-1977)*”, Ed., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000, p 230.

<sup>17</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio. “*La palabra de los muertos*”, ed., Ediar, Buenos Aires, 2011, p

Indica el profesor Zaffaroni, que es dable hallar en el discurso criminalizante de las agencias punitivas y los medios de comunicación, una permanente metáfora biologicista. La criminología mediática asume expresamente el discurso escatológico de manera gráfica, donde el sistema penal funciona como una cloaca donde canalizar la suciedad<sup>18</sup>. La metáfora funciona en el sentido que a través del sistema penal es posible purificar, limpiar, o eliminar los gérmenes patógenos del cuerpo social, la escoria social.

Esta relectura, que es posible hacerla gracias a los estudios poscoloniales, implica pensar junto con Castro-Gómez, que Foucault no dice que exista un solo tipo de racismo, aunque bien es cierto que existe un límite en el concepto originario por el hecho de no-considerar un pensamiento no europeo<sup>19</sup>.

## IV

### A modo de cierre

Para concluir, se intentó trabajar en dos dimensiones distintas: la primera, desde una perspectiva filosófica, fue una crítica a la ciencia jurídica preocupada por la coherencia-lógica y las apuestas al mundo de las ideas (del “deber ser”), desproveído de sus análisis el conflicto y el poder. Esas mismas críticas las reiteramos a la dogmática jurídica penal –principalmente a la neokantiana– por la preocupación de la construcción de un “saber” sin tener en cuenta, la incidencia del poder punitivo a lo largo de la historia. Para ello utilizamos las críticas que Foucault realiza a lo largo de su obra *defender la sociedad*, al discurso de la soberanía.

La segunda dimensión más próxima al plano de la sociología, consistió en introducir algunos conceptos desde Foucault, significando las prácticas actuales de los sistemas penales por medio del biopoder, y su objetivo máxime, la producción de un racismo en sectores vulnerables de las sociedades.

En síntesis, desde la concepción de *biopolítica*, *gobierno* y *racismo*, pretendimos dar cuenta, sin eufemismos, de una dimensión de poder real que subyace a los sistemas punitivos evidenciando como el discurso jurídico penal se mantiene aislado, en una tradición neo-kantiana, prescindiendo de las consecuencias sociales y generando un saber que en reiteradas ocasiones alimenta al poder punitivo.

Con la propuesta de llevar adelante un entrecruzamiento epistemológico de tradiciones radicalmente distintas, buscamos construir una perspectiva crítica que apele a dar cuenta y solución de los problemas de segregación y muerte que los sistemas punitivos presentan en su realidad

---

<sup>18</sup> ZAFFARONI RAUL EUGENIO, ob., cit., p., 375

<sup>19</sup> GIGENA, ANDREA. “*Lecturas poscoloniales y decoloniales de la analítica foucaultiana para el análisis en contextos de herencia colonial*” Revista Confluence Vol. 3. N° 2.

operativa, encontrando aquí una línea divisoria insalvable: o se está contra la cultura punitiva o se contribuye a ella.

### **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA**

- FOUCAULT, Michel, “*¿Qué es la Ilustración?*”, ed. La Piqueta, España.
- FOUCAULT, Michel, “*Nacimiento de la Biopolítica. Cursos en el College de France (1978-1979)*”, ed. Fondo de Cultura Económica, 2007
- FOUCAULT, Michel. “*Defender la sociedad. Curso en el College de France (1976-1977)*”, Ed., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000.
- GARCÍA ROMANUTTI, Hernán , “*El derecho entre dominación y Resistencia*”. Disponible en <http://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/mod/resource/view.php?id=31733>
- GIGENA, ANDREA. “*Lecturas poscoloniales y decoloniales de la analítica foucaultiana para el análisis en contextos de herencia colonial*” Revista Confluence Vol. 3. N° 2.
- LASCANO, Carlos Julio. “*Derecho Penal, Parte General*”, Ed., Advocatus, Córdoba, 2005.
- NIETZSCHE, Friedrich, “*La Genealogía de la Moral*”, ed., del Libertador., Buenos Aires 2011,.
- NINO, Carlos Santiago, “*Los límites de la responsabilidad pena* “. Ed. Astrea, Buenos Aires.
- NINO, Carlos Santiago, “*Ética y Derechos Humanos*”, ed., Astrea, Buenos Aires 2012.
- NINO, Carlos Santiago, “*Introducción al análisis del derecho*”, ed., Astrea, Buenos Aires 2012.
- RINESI, Eduardo, “*Política y tragedia. Hamlet, entre Maquiavelo y Hobbes*”. Ed., Colihue, Buenos Aires 2011.
- WACQUANT, Loïc, “*Las Cárceles de la miseria*” Ed. Manantial, Buenos Aires, 2004.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, “*En Busca de las Penas Pérdidas*”, ed., Ediar, Buenos Aires, 1998.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio. “*La palabra de los muertos*”, ed., Ediar, Buenos Aires, 2011.