

CENERENTOLA
E LA ZUCCA
MARCO BRIGAGLIA SOBRE
EL PODER EN MICHEL
FOUCAULT

JOSÉ JUAN **MORESO**



Cenerentola e la zucca
Marco Brigaglia sobre el poder en Michel Foucault

Cenerentola e la zucca ("Cinderella and the pumpkin")
Marco Brigaglia on Power in Michel Foucault

JOSÉ JUAN MORESO

Professore ordinario, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Pompeu Fabra, Barcellona (Spagna).

E-mail: josejuan.moreso@upf.edu

ABSTRACT

Questo *paper* è un commento sull'ammirabile ricostruzione che Marco Brigaglia fa delle idee foucaultiane sul potere e sulle conseguenze di tali idee nella teoria del diritto. Intende mostrare tre punti controversi da dibattere: 1) che la concezione gerarchica del diritto, presente in quello che Brigaglia chiama la *teoria del diritto mainstream* (TDM), è il rovescio della concezione del diritto come una macchina amministrativo-burocratica, come un potere disciplinare 2) che nella TDM c'è posto per capire la dimensione governamentale del potere, per esempio nella concezione funzionalista del diritto di Bobbio e 3) che la proposta di *naturalizzazione* di Foucault e della teoria del diritto contiene qualche esagerazione che dovrebbe essere attenuata.

This paper is a comment on the impressive reconstruction that Marco Brigaglia makes of the Foucaultian ideas on power, and on the consequences of those ideas applied to legal theory. The comment intends to show three controversial elements for discussion: 1) the hierarchical view of Law, present in what Brigaglia calls *mainstream legal theory* (MLT), is the reverse of the view of Law as an administrative-bureaucratic machine, as disciplinary power, 2) in MLT there is room for understanding the governmental dimension of power, for instance in the functionalist view of Law of Bobbio and 3) the proposal of *naturalized* Foucault and *naturalized* legal theory contains some exaggeration which should be weakened.

KEYWORDS

Brigaglia, Foucault, potere disciplinare, potere governamentale, *naturalizzazione* della filosofia

Brigaglia, Foucault, disciplinary power, governmental power, naturalized philosophy

Cenerentola e la zucca

Marco Brigaglia sobre el poder en Michel Foucault

JOSÉ JUAN MORESO

1. *Introducción* – 2. *Las tesis de Brigault* – 3. *La arquitectura del poder disciplinario* – 4. *El poder gubernamental y el carro autopoiético* – 5. *Los límites del proyecto de naturalización de las ciencias sociales* – 6. *Para concluir: Cenerentola e la zucca.*

«Per servir-se de l'ànima,
que ha estat subtil el cos!»

Carles Riba, *Sobre un tema
de Vicente Aleixandre*¹

1. *Introducción*

Es un placer inmenso para mí participar en este debate sobre el libro de Marco Brigaglia². Y lo es al menos por las tres razones siguientes: en primer lugar, porque el libro contiene una reconstrucción de la concepción del poder en Foucault verdaderamente portentosa, llevada a cabo con una admirable parsimonia; en segundo lugar, porque respeto y aprecio en grado sumo, a la vez académicamente y personalmente, a Marco y, por último, porque me permite continuar un debate que en los últimos años tenemos acerca del proyecto de *naturalización* de la teoría jurídica que él y mi querido amigo Bruno Celano han iniciado³.

No es Foucault – como es sabido – el autor más querido, ni más leído, en la tradición analítica en la que mi trabajo se inscribe. Su modo de argumentar y de escribir, lleno de metáforas brillantes, de juegos de palabras, de razonamientos entimemáticos, no es el estilo al que estoy acostumbrado. Aunque, quiero aclararlo desde el comienzo, el libro de Brigaglia es un libro analítico de la mejor estirpe: identifica claramente las tesis que cree reconstruyen mejor las ideas de Foucault y las desarrolla con transparente perspicuidad. Hacer inteligible a Foucault no es, sin duda, el menor de los méritos de este libro. Dado que mi conocimiento de Foucault es muy fragmentario, como enseguida explicitaré, no estoy en condiciones de discutir directamente sus ideas, con lo que me conformaré con referirme a las ideas del Foucault de Brigaglia, a *Brigault*, podríamos decir.

Cuando era un estudiante de derecho, a fines de los setenta y comienzos de los ochenta del pasado siglo, Foucault ya era un autor muy influyente, y leí – como tantos otros estudiantes de derecho en el mundo – *Surveiller et punir*⁴ y, aunque sin gran provecho por lo que alcanzo a recordar, recuerdo haber leído también *Les mots et les choses*⁵.

Cuando escribí mi tesis doctoral (leída en 1988) sobre la teoría del derecho de Jeremy Bentham⁶, me encontré de nuevo con Foucault inevitablemente. Foucault tomó el proyecto de

¹ RIBA 1958, 334 s.

² BRIGAGLIA 2019.

³ BRIGAGLIA, CELANO 2017.

⁴ FOUCAULT 1975.

⁵ FOUCAULT 1966.

⁶ MORESO 1992.

Bentham de una prisión⁷, el famoso *Panóptico*⁸, en el que Foucault veía la prefiguración de la sociedad *disciplinaria* que se estaba forjando⁹. Y parece que no le faltaba razón si uno aprecia que, hacia el final del libro, Bentham afirma, de los internos de su proyecto de prisión, lo siguiente: «*Call them soldiers, call them monks, call them machines: so they were but happy ones, I should not care*»¹⁰. Me temo que ni Georges Orwell lo habría dicho mejor.

En este breve comentario procederé como sigue: en la sección segunda, trataré de delimitar las tesis de *Brigault* que deseo analizar. En la tercera, intentaré mostrar algunas relaciones entre el poder *disciplinario* y el derecho público tal y como es concebido en la teoría del derecho *mainstream* (TDM, como la llama el autor). En la sección cuarta analizaré algunas cuestiones referidas al poder *gubernamental*. En la sección quinta introduciré alguna duda sobre el propósito de Marco de *naturalización* de las ideas foucaultianas. Y en la sexta concluiré.

2. Las tesis de Brigault

En mi opinión, en el libro de Brigaglia hay dos tesis básicas, una expresa, anunciada desde el primer capítulo del libro y que lo recorre de principio a fin y otra, más oculta, que sólo aparece en el libro de vez en cuando¹¹, pero que es confesada en la nota final¹².

La primera tesis sostiene, con argumentos muy convincentes, que en Foucault hay dos nociones de *pouvoir*. Según la primera, que denomina *ultra-radical* (y cuyo adjetivo, según nos cuenta, procede de Lukes)¹³, el poder es siempre conflictual, ubicuo – en el sentido de que impregna todas las relaciones sociales – y supone siempre sujeción, lo que hace imposible la libertad. En este sentido todas las relaciones sociales son relaciones de poder¹⁴. Según la segunda noción, denominada *pragmática*, el poder guarda relación con la mera influencia intencional de las acciones de otros, y no es de manera necesaria conflictual, aunque es ubicuo también, pero en el sentido de que se expresa mediante redes que procuran la influencia recíproca, hace posible la libertad como una autonomía limitada. En esta concepción, es posible el poder sin dominación ni sujeción¹⁵.

La primera noción no es muy iluminadora, al identificar cualquier relación social con una relación de poder, se convierte en una tesis casi tautológica y, en este sentido, muy poco explicativa. Pertenece, de acuerdo con Marco, a las obras de Foucault de mitad de los setenta del pasado siglo.

Sin embargo, en las obras posteriores, desarrollando ideas anteriores, Foucault va configurando su nueva idea, la concepción pragmática, que es interesante y, como veremos, explicativa de muchos fenómenos sociales.

La segunda tesis, algo más oculta en el libro, es la tesis de que las ideas de la concepción pragmática son compatibles con determinada visión *naturalizada* de las ciencias sociales, encarnada en las neurociencias aplicadas, por ejemplo, a la psicología social y a la economía del comportamiento.

El libro está dedicado a desarrollar y justificar la primera tesis, en especial a mostrar cómo la noción *pragmática* de *pouvoir* está bien articulada, es una noción fecunda que nos ayuda a

⁷ Por ejemplo, FOUCAULT 1977.

⁸ BENTHAM 1843.

⁹ Lo que también fue detectado críticamente, desde una perspectiva *conservadora*, unos años antes por HIMMELFARB 1968, cap. II, 1970.

¹⁰ BENTHAM 1843, 64.

¹¹ Por ejemplo, BRIGAGLIA 2019, 153 ss.

¹² BRIGAGLIA 2019, 336 s.

¹³ LUKES 2005, 97.

¹⁴ BRIGAGLIA 2019, 10.

¹⁵ BRIGAGLIA 2019, 11.

comprendernos mejor a nosotros mismos y también las dinámicas que se configuran en los grupos sociales a los que pertenecemos.

Para ello, en los capítulos 3 y 4 del libro se reconstruye la noción de las estructuras de poder (las redes y los dispositivos de poder) en Foucault y se trata de mostrarnos cómo, si bien la noción ultra-radical de poder era incompatible con la libertad, sobre todo con la noción clásica de libertad como una facultad incondicionada, originaria, la noción pragmática es compatible con una noción revisada de libertad, que Marco denomina *libertà-autorialità*¹⁶ y que comporta la idea de inventarse a uno mismo, reconociendo los vínculos y sujeciones que nos condicionan y que sólo podemos trascender reconociéndolos, reconciliándonos con ellos.

Estas reflexiones abren los capítulos centrales del libro (los capítulos 5 y 6) dedicados a exponer los tres tipos de poder que, en Foucault, es necesario distinguir con arreglo a la concepción pragmática. Para comprender adecuadamente las ideas aquí presentadas, es necesario referirse – como el autor hace¹⁷ – a las concepciones de los procesos cognitivos (vd. la justamente celebrada versión de Kahneman)¹⁸ que distinguen entre dos niveles de nuestros modos de conocer y decidir, el *Sistema 1* y el *Sistema 2*. Mientras que el primero es *automático*, porque funciona de manera inconsciente y no está sujeto a nuestro control voluntario, así sucede con habilidades como nadar o montar en bicicleta, una vez adquiridas, se activan automáticamente; el segundo es *controlado*, requiere de nuestra atención, de nuestro juicio y de nuestra evaluación y, por ello, sirve para corregir nuestro *Sistema 1* cuando este yerra o las circunstancias externas hacen necesario enmendar sus resultados.

Esta distinción nos permite distinguir y caracterizar las tres nociones de poder que presenta *Brigault*: el poder *normativo*, el poder *disciplinario* y el poder *gubernamental*.

El poder normativo responde al nivel del *Sistema 2* y según Brigaglia «se ejerce a través de la observancia de reglas, un proceso controlado, con una estructura relativa al raciocinio. En virtud de ello, como vimos, el poder normativo es tendencialmente transparente, el destinatario es normalmente consciente de su ejercicio¹⁹». Pensemos, por ejemplo, en las normas que guían el comportamiento de los jueces como aplicadores del derecho. Son el resultado de un ejercicio de poder normativo casi puro (también aquí hay entrenamiento, adquisición de hábitos y rutinas) puesto que, en este caso, los destinatarios no sólo deben seguir conscientemente las normas que aplican sino que deben justificar mediante el razonamiento que las han seguido.

Los otros dos tipos de poder, en cambio, responden más bien al nivel del *Sistema 1*. En palabras de Brigaglia:

«El poder disciplinario y el poder gubernamental son, por el contrario, formas comunes porque guardan relación con los procesos automáticos, que se producen sólo por debajo del umbral de la consciencia. Son, en virtud de ello, formas de poder estructuralmente opacas que tienden a operar en ausencia de consciencia de su ejercicio por parte del destinatario y que, en este sentido, desplazan la subjetividad. La principal diferencia en la micro-física de las dos formas de poder reside en que el poder disciplinario intenta *plasmarse* – hacer aprender – *nuevos* procesos automáticos, mientras el poder gubernamental guarda relación, orientándolos en cierta dirección, con procesos automáticos ya existentes»²⁰.

La actividad de desfilar en una formación militar es una especie de poder disciplinario, una vez aprendido por los soldados lo ejercen inconscientemente, no han de reflexionar sobre cómo hacerlo. Por otro lado, mi ejemplo preferido de poder gubernamental es aquel que he denominado el ejemplo

¹⁶ BRIGAGLIA 2019, 173.

¹⁷ BRIGAGLIA 2019, 207.

¹⁸ KAHNEMAN 2011.

¹⁹ BRIGAGLIA 2019, 291. La traducción es mía, como todas las demás que no aparecen en castellano en la bibliografía.

²⁰ BRIGAGLIA 2019, 291.

del carro *autopoietico*²¹: unos treinta años atrás en España, con la proliferación de las grandes superficies comerciales, cuando los clientes acudían a hacer su compra los sábados por la mañana, a menudo no hallaban ningún carro libre para poder hacer la compra. Las grandes superficies incrementaron el número de empleados con el cometido de recoger los carros abandonados y colocarlos en la entrada a disposición de los clientes, otros colocaron grandes carteles recordando a los clientes la obligación de devolver el carro a su lugar, incluso algunos amenazaron con castigar con pequeñas multas a los que no devolvieran el carro. Todos los mecanismos fallaron. Al final, la solución vino sin necesidad del ejercicio del poder normativo, con un ejercicio del poder gubernamental: para disponer de un carro era preciso poner una moneda de un precio menor (50 céntimos o un euro actuales) en una ranura del carro, moneda que automáticamente devuelve el carro sólo cuando se lo sitúa en el lugar adecuado, en el lugar de salida²².

El último capítulo, el capítulo 8, está dedicado a destacar algunos aspectos que la teoría jurídica contemporánea podría aprender de la obra de Foucault. Según Marco²³, la teoría del derecho contemporánea *mainstream* (TDM) opera con algunos presupuestos que dejan algunas lagunas y olvidan algunos aspectos relevantes. Estos presupuestos son: en primer lugar, una fijación en la jurisdicción con olvido casi absoluto de la administración; en segundo lugar, una atención focal al razonamiento y al lenguaje, con un énfasis obsesivo en la interpretación y la argumentación; y, por último, una estricta separación, y alejamiento, entre la teoría del derecho y la sociología del derecho. Por ello, la TDM sólo tiene en cuenta la dimensión *normativa* del poder, ignorando las dimensiones *disciplinaria* y *gubernativa*. Ello se traduce, según Brigaglia²⁴, en que la teoría del derecho tiene algunos *puntos ciegos*²⁵, en concreto, ignora que el derecho contemporáneo es en gran medida una máquina administrativa burocratizada y, por lo tanto, necesitada del poder disciplinario; y no presta casi ninguna atención al hecho de que, a menudo, el derecho contemporáneo dirige el comportamiento no mediante reglas de conducta y sanciones, sino modificando el contexto en donde nos movemos para hacer, por medio de pequeños cambios, que adoptemos cursos de acción, tal vez sin advertirlo, más favorables a determinados objetivos.

Es mi opinión que Brigaglia lleva mucha razón. Sin embargo, en la siguiente sección trataré de mostrar cómo un modo de comprender la noción de *Estado de derecho* y, en especial, el ideal de la *Rule of Law*, es en realidad el reverso teórico-jurídico de la máquina administrativa y burocrática. En la sección cuarta, más modestamente, trataré de mostrar que un autor como Norberto Bobbio, en el núcleo de la TDM, había anticipado con su habitual perspicacia algunas de las ideas cruciales del ejercicio gubernamental del poder y que algunas de esas ideas estaban ya en uno de los padres de la TDM, de la jurisprudencia analítica, Jeremy Bentham.

3. *La arquitectura del poder disciplinario*

Como recordaba en la introducción, Foucault atribuye a Jeremy Bentham la expresión más acabada de la imagen de una sociedad disciplinaria, encarnada en el *Panóptico*, que era el proyecto de una prisión, pero que su autor pensaba que podía extenderse a los hospitales, a las fábricas, a los

²¹ MORESO 2015.

²² La idea de la *autopoiesis* procede, si puedo permitirme usarla de este modo algo frívolo, de la sociología del derecho de Niklas Luhmann y Günter Teubner (vd. TEUBNER 1988).

²³ BRIGAGLIA 2019, 324.

²⁴ BRIGAGLIA 2019, 326-328.

²⁵ Una expresión que procede de CELANO 2012, un ensayo en la vecindad de éste, que trata de mostrar cómo *The Concept of Law* de H.L.A. HART 1961 es especialmente responsable de focalizarse en el derecho como un producto del poder normativo e ignorar los demás aspectos del poder.

albergues para pobres: una *arquitectura* del poder: «Morals reformed, health preserved, industry invigorated, instruction diffused, public burthens lightened, Economy seated, as it were upon a rock, the gordian knot of the Poor-Laws not cut but untied—all by a simple idea in Architecture!»²⁶.

Una disciplina alcanzada por un poder anónimo, un vigilante al que los internos en estas instituciones no pueden ver, y que mediante dicha vigilancia los disciplina, hasta que funcionen como mecanismos, como *máquinas* dice Bentham en el lugar anteriormente citado. Y esto es lo que sucede en buena medida en determinadas instituciones, sobre todo en situaciones extremas: en el ejército durante una guerra, por ejemplo. Pensemos en cómo, en especial en Italia y en España, hemos interiorizado y aprendido determinadas pautas de comportamiento durante el confinamiento en el que nos ha recluso la pandemia del coronavirus. Al principio nos costaba, al menos a mí, no dar la mano o una palmada en la espalda a los amigos que encontrábamos en el supermercado, después de estas semanas lo que nos va a costar es volver a dar la mano, ahora ya mantenemos esta especie de “distancia de rescate”²⁷ de manera automática.

En una ocasión, el gran filósofo Georg Henrik von Wright, cuya obra está en el trasfondo de la TDM, escribió: «Las dos figuras de este siglo que han influenciado más profundamente en la ciencia social son – cabe poca duda al respecto – Hans Kelsen y Max Weber»²⁸. Pues bien, a pesar de las diferencias entre el enfoque sociológico de Weber y el jurídico de Kelsen²⁹, deseo sugerir que representaban dos caras de la misma moneda, las dos muy atentas a la organización burocrática de los Estados contemporáneos.

Como es sabido, Max Weber sostuvo que la legitimidad – entendida como creencia compartida en que las autoridades están justificadas – que corresponde a los Estados modernos es de carácter *racional* y se encarna, como magistralmente retrató, en la administración burocrática³⁰. Una organización que persigue sus fines con una estructura jerárquica, integrada por personas reclutadas con el criterio del mérito, que son entrenadas escrupulosamente para llevar a cabo su labor y de este modo hacen *probable* alcanzar los objetivos. Muchas veces el mismo Weber pone el ejemplo de la administración militar de los ejércitos. Weber es consciente de que esta forma de poder no es sólo un poder normativo, aunque también lo es, sino que se trata de un poder disciplinario. Tal vez por eso afirma que los instrumentos que usa son las normas y las *técnicas*³¹. De este modo, pensaba Weber, la estructura administrativo-jerárquica podía servir a uno de sus principios fundantes: la *eficiencia*.

Kelsen compartía mucho de esta visión de los Estados contemporáneos de Weber³², pero su concepción del ordenamiento jurídico, su teoría *pura* del derecho³³, prescindía de estas consideraciones para – como es sabido – concebir el derecho como un orden *ideal* de contenidos objetivos referidos a la conducta humana. Un orden jerárquicamente organizado, de modo que la validez que, para Kelsen, era lo mismo que su existencia, de una norma en dicho orden dependía de haber sido estatuida de acuerdo con una norma superior en la cadena de validez, de haber sido válidamente autorizada. De este modo, la administración puede funcionar de un modo casi-automático, como un mecanismo, como el *Sistema 1*. Ahora bien, si dichas pautas son adecuadas a la legislación, que es la expresión del autogobierno democrático, entonces es también una *garantía* para los ciudadanos, la garantía de la *Rule of Law*. Las acciones y las actividades de los empleados públicos, de los funcionarios, devienen previsibles, predecibles para los administrados.

²⁶ BENTHAM 1843, 39.

²⁷ Dicha expresión procede del título de la inquietante novela de SCHWEBLIN 2015.

²⁸ VON WRIGHT 1985, 263.

²⁹ Alguien interesado en las diferencias y, también, las semejanzas puede leer el trabajo de BOBBIO 1981, tan perspicuo como siempre.

³⁰ WEBER 1964, 170-182, 738-763.

³¹ WEBER 1964, 174.

³² También para las diferencias que eran, más bien, de carácter metodológico vd. KELSEN 1922.

³³ La versión más acabada en KELSEN 1960. Tal vez en quien es más clara esta concepción sea en el amigo y colega de Kelsen Adolf J. Merkl (vd. por ejemplo MERKL 1927).

Y de estas características del derecho moderno procede mi sugerencia: la *eficiencia* de la máquina administrativa y burocrática es una cara de la moneda, la otra cara es la *responsabilidad* que comporta la sujeción de la administración a la legalidad. Toda la doctrina del derecho público que precede a Kelsen y de la que siempre consideró que la *teoría pura* era deudora (C. F. von Gerber, P. Laband, Georg Jellinek) estaba encaminada a generar esta concepción del Estado de derecho, que hacía *responsable* a la administración y a sus miembros.

Según creo, estas ideas son también TDM y, si bien no están habitualmente presentadas en estos términos, es esta noción del poder la que anida tras estas construcciones teóricas. Es cierto, sin embargo, y sobre ello llama la atención Brigaglia que en estas estructuras se producen desviaciones que generan islas de poder desnudo, no controlado³⁴. Brigaglia, con razón, se refiere a las fuerzas de seguridad – en especial, los servicios secretos – y a los ejércitos. Ya decía Groucho Marx que la justicia militar es a la justicia lo mismo que la música militar es a la música. El único elemento de control en la TDM es la sujeción de todos los poderes del Estado a la jurisdicción. Es una medida, en algunos casos, muy *frágil*, pero creo que tal y como se ha ido ampliando la esfera de la jurisdicción sobre los servicios secretos, sobre los actos *políticos*, que una doctrina ya superada consideraba no controlables, etc., nuestras libertades están más resguardadas.

Tal vez el desafío mayor del futuro, ya del presente, venga como consecuencia de la globalización y de la sociedad *digital*. Las capacidades de control han crecido exponencialmente, y los instrumentos para someter a *responsabilidad* a los que las ejercen son todavía demasiado frágiles. El reto del futuro, en este ámbito, tal vez sea la elaboración de los principios que deben regir lo que viene denominándose *Global Administrative Law*³⁵.

Entonces, en suma, mi sugerencia se traduce en la idea de que, si bien los mecanismos del poder disciplinario están ausentes de la TDM, en realidad la doctrina de la *Rule of Law*, en gran medida, presupone la visión del derecho contemporáneo como el resultado de una gran maquinaria administrativo-burocrática. Y tal doctrina está en el *núcleo* de la TDM.

4. *El poder gubernamental y el carro autopoiético*

Esta sección sólo pretende mostrar que la TDM no ha ignorado totalmente las formas del poder *gubernamental*, aunque es verdad que, a menudo – como veremos – la TDM se ha limitado a mostrar que la teoría del derecho debería cambiar, debería estar más atenta a la sociología, algo que casi nunca después se traduce en contribuciones relevantes o se incluye en la agenda central de la TDM.

Sin embargo, el propio Brigaglia trae como ejemplo la contribución de la denominada *Choice Architecture* y el uso de los denominados *nudges*, mecanismos que cambian el contexto de elección sin hacer ningún curso de comportamiento ni obligatorio ni prohibido, sino *empujando*, favoreciendo determinados cursos de acción³⁶. Como el caso del carro *autopoiético*. La contribución más relevante en este ámbito³⁷ resulta de la colaboración de un destacado autor, Premio Nobel de Economía en 2017, de la *Behavioral Economics*, Richard Thaler, y un teórico del derecho como Cass Sunstein. Aunque Sunstein es un teórico original, siempre abierto a nuevas ideas y corrientes, difícilmente puede ser excluido de la TDM.

Jeremy Bentham, por otra parte, en muchos de los trabajos de la última parte de su vida había mostrado su descomunal capacidad para captar los detalles del diseño institucional, identificar los obstáculos y proponer soluciones imaginativas para disminuir su impacto³⁸. En un reciente

³⁴ BRIGAGLIA 2019, 334 s.

³⁵ Vd. por ejemplo DELLA CANANEA 2019.

³⁶ BRIGAGLIA 2019, 285 s.

³⁷ THALER, SUNSTEIN 2008.

³⁸ BENTHAM 1983, BENTHAM 1989, BENTHAM 1990, BENTHAM 1993, BENTHAM 1999.

trabajo, con especial atención a Bentham, Jon Elster lo dice así: «Como resultado de su formación jurídica y de su conocimiento de la política británica, Bentham era enormemente sensible a los detalles institucionales, aparentemente menores, pero a menudo cruciales»³⁹. Destacan, en especial, sus recomendaciones para que las cámaras legislativas funcionen de manera transparente, con una deliberación encaminada al bien común, evitando los sesgos de los intereses particulares.

Sin embargo, tal vez sea Norberto Bobbio⁴⁰, un autor indiscutible del *canon* de la TDM, quien en los años setenta, en sus trabajos reclamando que la teoría *estructural* del derecho debía ser complementada con una teoría *funcional* del derecho, el más consciente de la necesidad de disponer en la teoría jurídica de una conceptualización adecuada de los mecanismos del poder gubernamental. Bobbio, como es sabido, destaca el hecho de que se puede influir en la conducta de otros tanto amenazándoles con una sanción cuanto prometiéndoles un premio. Y, también, facilitando o bien obstaculizando determinados cursos de acción. En sus propias palabras:

«Intendo parlare della tecnica della “facilitazione” cui corrisponde, dalla parte dello scoraggiamento, la tecnica dell’“ostacolamento”. Per tecnica della facilitazione intendo l’insieme di quegli espedienti coi quali un gruppo sociale organizzato esercita un determinato tipo di controllo sui comportamenti dei suoi membri (in questo caso si tratta del controllo consistente nel promuoverne l’attività nella direzione voluta), non già assegnando una ricompensa all’azione desiderata, dopo che essa è stata compiuta, ma facendo in modo che il suo compimento sia reso più facile o meno difficile. [...] Alla tecnica della facilitazione corrisponde, in negativo, come si diceva poc’anzi, la tecnica dell’ostacolamento: si può scoraggiare un’azione non desiderata tanto minacciando una pena qualora l’azione venga compiuta quanto rendendo l’azione stessa più penosa»⁴¹.

Bobbio pensaba que para llevar a cabo esta tarea la teoría del derecho precisaba de la sociología jurídica, aunque es verdad que dicha propuesta siempre ha sido en la TDM una promesa casi incumplida.

Termino esta sección con unas palabras, en la misma dirección de Bobbio, escritas por el gran jurista y filósofo del derecho argentino Genaro Carrió. Escritas en su contribución a un encuentro en Bellagio (en 1965, no tan mítico como el de 1961 sobre el positivismo jurídico), promovido por H.L.A. Hart, Alessandro Passerin d’Entrèves y Norberto Bobbio, para discutir sobre la noción de deber jurídico a partir de un ensayo de Hart precisamente⁴². También Carrió forma parte del *canon* de la TDM y el tema de Bellagio era del *canon*, a su vez. Pero Carrió advertía, refiriéndose precisamente a lo que la noción tradicional de *deber* desconocía e impedía considerar:

«La *teoría general del derecho* tiene que revisar con urgencia su aparato conceptual y también sus pretensiones. En vez de encerrarse en un recinto hermético de pre-conceptos (o de prejuicios) los teóricos generales del derecho deben descender al ruedo donde los juristas, con mayor o menor destreza y fortuna lidian a diario con los más bravíos problemas de nuestra sociedad. Se impone efectuar una *nueva* tarea de clarificación que sin abandonar la orientación analítica pero usando métodos más refinados, nos muestre cómo los juristas, aguijoneados por las preocupaciones y necesidades del presente, han ido introduciendo modificaciones importantes, aunque no suficientemente percibidas, en su aparato conceptual»⁴³.

³⁹ ELSTER 2013, 189, vd. también MORESO 2019.

⁴⁰ BOBBIO 2007.

⁴¹ BOBBIO 2007, 46 s.

⁴² HART 1966. LOSANO 2018, 304-312 sostiene que este encuentro en Bellagio y el trabajo de Carrió influyeron en la revisión de Bobbio de su teoría estructural del derecho y en la consciencia de complementarla con una teoría funcionalista del derecho.

⁴³ CARRIÓ 1986, 196, vd. CARRIÓ 1966.

5. Los límites del proyecto de naturalización de las ciencias sociales

Las dos últimas secciones han sido dedicadas a tratar de mostrar que hay algo de luz en los *blind spots* de la TDM y que, en ella, hay un lugar – aunque reducido e incipiente – para tomar en consideración las formas de dominación que entrelazan el poder disciplinario y el poder gubernativo. No es, en este sentido, una crítica al balance de Marco, sino la oferta de un complemento.

Esta sección, en cambio, pretende abordar una cuestión más relevante. Está referida a lo que denominé, en la sección segunda, la tesis *oculta*, la tesis según la cual es preciso *naturalizar* la teoría del derecho para dar cuenta cabal de los mecanismos sociales que la mirada de Foucault nos hace ver.

Esta tesis conlleva el propósito de *naturalización* de las ciencias sociales, que acostumbra a descansar en una posición naturalista en filosofía. Veamos todo ello con algo más de calma.

En la filosofía contemporánea se suelen distinguir dos elementos, independientes entre sí, en el *naturalismo* en filosofía⁴⁴, el componente *ontológico* y el componente *metodológico*:

«El componente ontológico guarda relación con los contenidos de la realidad, sostiene que en la realidad no hay lugar para clases de entidades “sobrenaturales” u otras entidades “misteriosas” (“spooky”). Por el contrario, el componente metodológico guarda relación con los modos de investigar la realidad, y pretende algún tipo de autoridad general para el método científico»⁴⁵.

El naturalismo ontológico, entonces, sostiene que:

«todas las entidades espaciotemporales han de ser idénticas a, o metafísicamente constituidas por entidades físicas. Muchos naturalistas ontológicos adoptan, de este modo, una actitud fisicalista hacia lo mental, lo biológico y otros objetos de las disciplinas especiales. Mantienen que no hay nada más que combinaciones de entidades físicas en los reinos de lo mental, lo biológico y lo social»⁴⁶.

Ello supone la aceptación de la doctrina de la *clausura causal*, con arreglo a la cual todos los efectos físicos tienen únicamente causas físicas.

Esta doctrina deja fuera el modo de concebir las entidades matemáticas, la modalidad (los mundos posibles) y la moralidad habitual en muchas doctrinas filosóficas. Discutir el componente ontológico del naturalismo nos llevaría a las más intrincadas cuestiones de la metafísica: cómo unas entidades existen *en virtud de* otras (*grounding*)⁴⁷ o si determinadas doctrinas anti-realistas de las matemáticas o de la moralidad son aceptables⁴⁸.

Creo que no es preciso que nos embarquemos, al menos aquí, en esta tarea tan ardua. Por un lado, tengo para mí que estas cuestiones, que son tan antiguas como la filosofía, seguirán siendo controvertidas después de los avances de las neurociencias y de la inteligencia artificial, son cuestiones *persistentes*. Por otro lado, para naturalizar a Foucault, tal vez sea suficiente con el componente metodológico del naturalismo. En realidad, como trataré de mostrar, ni siquiera tanto es necesario.

El componente metodológico del naturalismo acerca la tarea filosófica a la científica, considera que la filosofía ha de proporcionar, si alguno, un conocimiento *a posteriori*, sometido al tribunal de la experiencia. Dicho de un modo tan amplio resulta difícil escapar del naturalismo. Sin embargo, si el

⁴⁴ Vd. PAPINEAU 2020, al que seguiré aquí.

⁴⁵ PAPINEAU 2020.

⁴⁶ PAPINEAU 2020.

⁴⁷ Vd. SCHAFFER 2009, ROSEN 2010, FINE 2012 y BLISS, TROGDON 2016.

⁴⁸ Por ejemplo, para las matemáticas y la moralidad respectivamente FIELD 2016, BLACKBURN 1993.

naturalismo aplicado a las ciencias sociales supone que debemos esperar a disponer de concepciones plausibles para conocer los mecanismos causales que unen nuestros circuitos neuronales con nuestras acciones, entonces es más cuestionable. Esta posición, que no estoy seguro si Brigaglia mantendría, me parece prematura y no estoy nada seguro de que esté algún día disponible. Un teórico social como Jon Elster, que funda su metodología en concepciones *folk* de la racionalidad como la teoría de la elección racional y las teorías de juegos, lo dice de este modo:

«Aunque los procesos cerebrales son causas próximas del comportamiento, no son el tipo de causas que consideraré aquí. Mi razón para excluirlas es parcialmente mi falta de competencia en este área y parcialmente mi impresión de que estos enfoques son prematuros. [...] No tengo objeción en principio a un giro naturalista en las ciencias sociales. Una objeción a ello sería oscurantista. Sin embargo, mi impresión amateur es que hay demasiadas interacciones entre partes del genoma y entre partes del cerebro, lo que hace difícil o imposible establecer conexiones robustas entre subconjuntos de ellas por un lado y el comportamiento por el otro»⁴⁹.

Mis intuiciones están con Elster. Sea como fuere, para tomar en cuenta las lecciones del Foucault de Marco, de *Brigault*, tal vez no sea necesario tanto. Es obvio que podemos aprender de la economía del comportamiento y de la psicología social, en su versión *folk*, muchas cosas que iluminan y aclaran las ideas de Foucault.

A partir de la observación del comportamiento individual y colectivo es posible aprender mucho sobre cómo operamos los seres humanos. Tal vez acompañados del instrumento poderoso de los *Gedankenexperiments*, de los *experimentos mentales*⁵⁰, que valen en ciencia y en filosofía (pensemos en Galileo mostrando que la concepción tradicional, que venía de Aristóteles, según la cual los cuerpos caen a tierra a una velocidad proporcional a su masa era una idea que, bien analizada, comportaba una contradicción)⁵¹. Con estos mimbres, Aristóteles nos hizo comprender, por ejemplo, el mecanismo de la *akrasia* o *debilidad de la voluntad*⁵², y Tocqueville nos enseñó muchísimas cosas sobre la sociedad de los Estados Unidos, cuando estaba naciendo⁵³, cosas que todavía iluminan cuestiones del presente.

O, para terminar, pensemos en la distinción entre el *Sistema 1* y el *Sistema 2*. En el estado actual, dicha distinción pertenece todavía a nuestra teoría *folk*, si bien – hasta donde alcanzo a comprender – reforzada por la activación de determinadas zonas de nuestro cerebro cuando llevamos a cabo comportamientos de manera automática y otras zonas distintas cuando llevamos a cabo comportamientos de manera reflexiva. Pero estamos lejos de establecer los precisos mecanismos causales que se corresponden con ello. Es más, en esta literatura se suele poner muchas veces por ejemplo los famosos casos del *trolley*, que han dado lugar a una *trolleyología*. Así un viandante observa cómo un trolley sin frenos atropellará a cinco personas si sigue su curso, pero él puede desviarlo, cambiando las agujas, y entonces matará sólo a una persona que está en el otro ramal. ¿Es moralmente correcto hacerlo? Y sus numerosas variaciones, un caso como el anterior, pero el modo de evitar que mate a cinco para el viandante que está ahora sobre un puente es empujar a una persona robusta que está delante de él, de manera que al caer a la vía detendrá el trolley. Pues bien, en esta literatura se supone habitualmente ⁵⁴ que el sistema automático conlleva respuestas usualmente deontológicas, pero el sistema controlado siempre conlleva respuestas consecuencialistas. Esta es una asunción controvertible, sin embargo. Una asunción que depende de

⁴⁹ ELSTER 2010, 2.

⁵⁰ PAPINEAU 2020.

⁵¹ Vd. PAPINEAU 2020.

⁵² *Ethica Nichomachea* VII 1-10.

⁵³ TOCQUEVILLE 1835.

⁵⁴ HAIDT 2001, GREENE 2014, por ejemplo.

cómo reconstruyamos los presupuestos conceptuales que subyacen a nuestras prácticas. De hecho, es una asunción controvertida. Por ejemplo, John Mikhail, que defiende un enfoque de la ética que supone que, al igual que tenemos un sentido innato de la gramaticalidad, tenemos un sentido innato de la moralidad, la *universal moral grammar*, argumenta de modo que la corrección moral de las acciones no procede de un cálculo consecuencialista⁵⁵. Por ejemplo, en el caso del puente es incorrecto moralmente empujar a la persona sobre la vía, porque esta gramática moral universal tiene entre sus principios algo como la doctrina del doble efecto. O, una de las autoras que más ha desarrollado la trolleyología, Judith Jarvis Thomson defiende ahora que tampoco en el primer caso es moralmente correcto cambiar la aguja (sólo, en el caso que se pueda, sería correcto desviarse a la vía donde únicamente hay una persona para el conductor del trolley)⁵⁶. El razonamiento que usa Thomson para llegar a esta conclusión es complejo, pero no es consecuencialista. Lo que quiero poner de manifiesto es que la activación de determinadas zonas del cerebro en estos casos por sí sola no dirime la cuestión, para ello necesitamos embarcarnos en un análisis, conceptual y normativo, que trate de dar sentido a nuestras prácticas.

Todo ello me lleva a la conclusión de que podemos aprender mucho de las neurociencias aplicadas al comportamiento, pero por sí solas no son la última palabra. Para que las ciencias sociales sean más sensibles a los mecanismos causales que anidan en nuestras prácticas sociales no es preciso, según creo, *naturalizar* de este modo radical el método científico que las guía.

6. *Para concluir: Cenerentola e la zucca*

No me cabe ninguna duda de que un mejor conocimiento de los mecanismos sociales que subyacen a nuestras prácticas jurídicas y sociales nos hará más consciente de las posibilidades y de los límites que las circundan. En este sentido, comprender que nuestras carrozas son sólo *calabazas* es crucial. Sin embargo, en dichas prácticas también anidan entrelazados nuestros ideales encaminados a construir una sociedad bien ordenada, una sociedad más justa. Y, por ello, precisamos de los anhelos y, tal vez, de la fortuna, que condujeron a la *Cenicienta* a convertirse en princesa.

Es una lección que podemos aprender de la grandiosa contribución de Foucault a la comprensión de los mecanismos sociales que tejen nuestras vidas. Una lección, sin embargo, que nunca habría sido tan clara y accesible para nosotros, los teóricos del derecho, sin la exquisita reconstrucción de Marco. Para mí, al menos, Foucault será siempre, desde la lectura de este libro, *Brigault*.

⁵⁵ MIKHAIL 2011.

⁵⁶ THOMSON 2008.

Referencias bibliográficas

- BENTHAM J. 1843. *Panopticon: or the Inspection House*, en ID., *The Works of Jeremy Bentham*, vol. IV, Edinburgh, William Tait, 31 ss.
- BENTHAM J. 1983. *Constitutional Code. Vol 1. The Collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford, Oxford University Press.
- BENTHAM J. 1989. *First Principles Preparatory to Constitutional Code. The Collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford, Oxford University Press.
- BENTHAM J. 1990. *Securities against Misrule and other Constitutional Writings for Tripoli and Greece. The Collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford, Oxford University Press.
- BENTHAM J. 1993. *Official Aptitude Maximized; Expense Minimized. The Collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford, Oxford University Press.
- BENTHAM J. 1999. *Political Tactics. The Collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford, Oxford University Press.
- BLACKBURN S. 1993. *Essays in Quasi-Realism*, Oxford, Oxford University Press.
- BLISS R., TROGDON K. 2016. *Metaphysical Grounding*, en «The Stanford Encyclopedia of Philosophy», 2016. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/grounding/> (consultado el 25 mayo 2020).
- BOBBIO N. 1981. *Max Weber e Hans Kelsen*, en «Sociologia del diritto», 8, 135 ss.
- BOBBIO N. 2007. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- BRIGAGLIA M. 2019. *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- BRIGAGLIA M., CELANO B. 2017. *Rivoluzione cognitivista e teoria del diritto: un programa di ricerca*, en «Diritto & Questioni pubbliche», 17 (2), 523 ss.
- CARRIÓ G.R. 1966. *Sul concetto di obbligo giuridico*, en «Rivista di filosofia», 57 (2), 141 ss.
- CARRIÓ G.R. 1986. *Sobre el concepto de deber jurídico*, en ID., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 171 ss.
- CELANO B. 2012. *Hart's Blind Spot. Il tassello mancante in The Concept of Law*, en «Rivista italiana di filosofia del diritto», 2, 405 ss.
- DELLA CANANEA G. 2019. *The Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law*, en CHITI E., MARELLA B.G. (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*, Frankfurt, Springer, 89 ss.
- ELSTER J. 2010. *One Social Science or Many? (extended version)*, en *World Social Science Report Knowledge Divides Background*, en INTERNATIONAL SOCIAL SCIENCES COUNCIL (ed), *World Social Science Report 2010: Knowledge Divides*, 199 ss. Disponible en: <http://www.worldsocialscience.org/documents/one-social-science-or-many.pdf> (consultado el 25 mayo 2020).
- ELSTER J. 2013. *Securities against Misrule: Juries, Assemblies, Elections*, Cambridge, Cambridge University Press.
- FIELD H. 2016. *Science without Numbers*, Oxford, Oxford University Press.
- FINE K. 2012. *Guide to Ground*, en CORREIA F., SCHNIEDER B. (eds.), *Metaphysical Grounding: Understanding the Structure of Reality*, Cambridge, Cambridge University Press, 37 ss.
- FOUCAULT M. 1966. *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard.
- FOUCAULT M. 1975. *Surveiller et punir*. Paris, Gallimard.
- FOUCAULT M. 1977. *L'oeil du pouvoir*, en BENTHAM J., *Le Panoptique*, Paris, Belfond, 9 ss.

- GREENE J.D. 2014. *Beyond Point-and-Shoot Morality: Why Cognitive (Neuro)science Matters for Ethics*, en «Ethics», 124(4), 695 ss.
- HAIDT J. 2001. *The Emotional Dog and its Rational Tail: a Social Intuitionist Approach to Moral Judgment*, en «Psychological Review», 108(4), 814 ss.
- HART H.L.A. 1961. *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- HART H.L.A. 1966. *Il concetto di obbligo*, en «Rivista di filosofia». 57 (2), 125 ss.
- HIMMELFARB G. 1968. *The Haunted House of Jeremy Bentham*, en ID., *Victorian Minds*, New York, Knopf.
- HIMMELFARB G. 1970. *Bentham's Utopia: The National Charity Company*, en «The Journal of British Studies», 10, 80 ss.
- KAHNEMAN D. 2011. *Thinking, Fast and Slow*, London, Penguin.
- KELSEN H. 1922. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, Mohr.
- KELSEN H. 1960. *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke.
- LOSANO M.G. 2018. *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, Roma, Carocci.
- LUKES S. 2005. *Power. A Radical View*, Basingstoke, Palgrave.
- MERKL A.J. 1927. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin, Springer.
- MIKHAIL J. 2011. *Elements of Moral Cognition: Rawls' Linguistic Analogy and the Cognitive Science of Moral and Legal Judgment*, Cambridge, Cambridge University Press.
- MORESO J.J. 1992. *La teoría del derecho de Bentham*, Barcelona, P.P.U.
- MORESO J.J. 2015. *Schauer on Coercion, Acceptance, and Schizophrenia*, en «Ratio Juris», 29, 215 ss.
- MORESO J.J. 2019. *Spanish Emancipation: Bentham on Law and Politics in the Spanish World*, en «Journal of Comparative Law», 14 (2), 161 ss.
- PAPINEAU D. 2020. *Naturalism*, en ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, summer 2020 edition. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/naturalism/> (consultado el 30 mayo 2020).
- RIBA C. 1958. *Poemes per a un nou llibre sense títol*, en ID. *Obres Completes. I. Poesia*. Barcelona, Edicions 62, 1984.
- ROSEN G. 2010. *Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction*, en HALE R., HOFFMAN A. (eds.), *Modality: Metaphysics, Logic, and Epistemology*, Oxford, Oxford University Press, 109 ss.
- SCHAFFER J. 2009. *On What Grounds What*, en CHALMERS E.J., MANLEY D., WASSERMAN R. (eds.), *Metametaphysics: New Essays on the Foundations of Ontology*, Oxford, Oxford University Press, 347 ss.
- SCHWEBLIN S. 2015. *Distancia de rescate*, Barcelona, Random House.
- TEUBNER G. (ed.) 1988. *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, De Gruyter.
- THALER R.H., SUNSTEIN C.R. 2008. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University Press.
- THOMSON J.J. 2008. *Turning the Trolley*, en «Philosophy & Public Affairs», 36 (4), 359 ss.
- TOCQUEVILLE A. 1835. *De la Démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 1981.
- VON WRIGHT G.H. 1985. *Is and Ought*, en BULYGIN E., GARDIES J.-L., NIINILUOTO I. (eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Dordrecht, Reidel, 263 ss.
- WEBER M. 1964 [1922]. *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica (ed. or. *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, trad. esp. Medina Echevarría J., Roura Farella J., Ímaz E., García Máñez E. y Ferrater Mora J.)