

## **Libertad y formas jurídicas**

### **Introducción**

En el presente trabajo me propongo reflexionar sobre la relación entre justicia y libertad, partiendo de los trabajos del filósofo francés Michel Foucault, sus análisis referentes a las sociedades disciplinarias, así como su concepción de relación de poder. La misma, según el autor, entretiene la sociedad, operando también como pivote de todas las relaciones sociales y jurídicas.

Para complementar el estudio apelaré a los trabajos de dos pensadores fundamentales de la Filosofía del Derecho. En primer lugar, el jurista y filósofo austríaco Hans Kelsen en su apartado sobre la libertad de su obra *Teoría pura del derecho*. Allí el autor profundiza su concepción de la libertad entorno a la cuestión jurídica. En segundo lugar, analizaremos la concepción de libertad en la obra del pensador inglés Thomas Hobbes.

Intentaré fundamentar la importancia social de considerar libres -así como responsable morales - a los sujetos.

### **Sociedades disciplinarias y libertad**

El traspaso de la sociedad penal a la disciplinaria es uno de los desarrollos axiales en el pensamiento foucaultiano (Cfr. Foucault, 1980: 43 - 51) Sociedad penal, donde lo prioritario era el castigo sobre el ciudadano que rompiera el pacto social, sobre el criminal; siendo este, como Rousseau indicaba, quien había roto ese pacto<sup>1</sup>. El crimen y la ruptura del pacto eran nociones sinónimas. Sobre el concepto de

---

<sup>1</sup> Para ampliar remito a los capítulos V – VI de El Contrato Social de J. J. Rousseau.

penalidad y ley penal se basaba todo el sistema social, y la ley penal representaba lo que es útil para la sociedad y definía como reprimible lo nocivo (Cfr. Foucault, 1980: 93). El crimen se instaura como una perturbación, una incomodidad para el conjunto de la sociedad. La ley penal operaba como reparación de la perturbación, del daño causado a la sociedad. Quien rompa el pacto debe pagar por el daño realizado, la ley debe no solo reparar el mal, sino impedir que se cometan otros males similares.

En el Siglo XIX, creación de varias instituciones mediante, entre ellas la policía, se comienza a operar al nivel del control, controlar la peligrosidad de los individuos. Como nos comenta el pensador francés, la función de la justicia no es la de castigar las infracciones sino de corregir sus virtualidades (Cfr. Foucault, 1980: 42).

El pensador francés define el surgimiento de la sociedad disciplinaria como la entrada en la edad de la “ortopedia social” (Cfr. Foucault, 1980: 43). Aquí, el punto más relevante, su idea dominante es el denominado panoptismo. El Panóptico de J. Bentham<sup>2</sup> llevado a una aplicación social, a un proceso de constitución de sociedad en torno al control, a través del diseño benthamiano.

La principal característica de este sistema era que “todo lo que el individuo hacía estaba expuesto a la mirada de un vigilante” (Foucault, 1980: 94). No podía ver y por ende no sabía cuándo era o no controlado; podría serlo constantemente. No existe punto de relajación para el individuo observado. Se vigila sin interrupción a partir de la, supuesta, observación plena.

---

<sup>2</sup> Jeremy Bentham (1748 - 1832) fue un filósofo, jurista, economista, escritor y reformador social inglés considerado como el padre del utilitarismo moderno. Bentham pensó un modelo de cárcel en la cual se vigilará todo desde un punto, sin poder ser visto. Suficiente con una mirada que vigile, y cada uno, sintiéndola pesar sobre sí, terminaría por interiorizarla hasta el punto de vigilarse a sí mismo.

Quien ejerce este control tiene la posibilidad del ejercicio del poder sobre quien es vigilado. Puede, como nos explica Foucault, constituir saber sobre quienes observa, organizando este saber alrededor de la norma, a partir de la cual se dictamina lo que es normal y lo que no, lo que es aceptable para la sociedad y aquello que es indebido, qué se debe hacer y qué no.

Nos encontramos en una sociedad, la actual, en donde el control es casi total, como vemos en el caso del intento de magnicidio sobre la figura de Cristina Fernández de Kirchner, la justicia puede a través de las instituciones pertinentes, reconstruir el minuto a minuto el quehacer de las personas. Todo está grabado, todo controlado. Qué hicieron, qué dejaron de hacer, a qué hora subieron al subte, o fueron a una casa de comida rápida. Todo filmado, se ve la secuencia a cual película hollywoodense, ya que el 75% de la Ciudad de Buenos Aires está controlada por cámaras<sup>3</sup>.

El control del vigilante está en todos lados, nos vigilan y como ciudadanos lo sabemos. Ya no es la mirada divina ante la cual obramos correctamente por temor al castigo, ya no es el Dios que lo ve todo. Ahora las cámaras están expuestas, las centrales de monitoreo se encuentran exhibidas públicamente, como en el centro porteño, donde podemos notar múltiples monitores siendo controlados por otro tanto de oficiales de la policía local.

Como también podemos observar el efecto del panoptismo en una ruta, con las cámaras, los radares e inclusive con los patrulleros estacionados al costado de la misma, los cuales nos llevan a disminuir la velocidad sin saber si dentro del patrullero

---

<sup>3</sup> Según GCBA en <https://www.buenosaires.gob.ar/compromisos/75-de-la-ciudad-videovigilada>

hay o no un oficial vigilando. El mero hecho del control, del sabernos controlados, nos lleva a cumplir la norma, o por lo menos aparentar su cumplimiento.

Entre el panoptismo, la norma, la sanción y las redes de poder es dónde se juega nuestra libertad. Este punto es lo que intentamos analizar en el presente trabajo. ¿Tenemos una libertad acotada debido a los controles, o ese control es la condición de posibilidad de la libertad?

Otro interesante punto de análisis que surge de la obra de Michel Foucault, es la relación entre la justicia y las relaciones de poder como mecanismo de gestación de la verdad (jurídica en este caso). Recordemos que, como nos marca Edgardo Castro, Foucault “busca mostrar de qué modo determinadas formas de verdad se originaron en las prácticas jurídicas” (Castro, 2022:15). El ejercicio del poder es una relación, un ejercicio de unos sobre otros, no existiendo algo como “el poder” que se instale o se conquiste. “(El poder) no existe más que en acto [...] no es del orden del consentimiento” (Foucault, 2015: 333). El ejercicio del mismo “conduce conductas” nos indica el pensador francés (Foucault, 2015: 334).

Ante lo dicho, la función de inclusión disciplinante y de regulación de las normas, genera determinado tipo de sujeto; notamos el carácter, para Foucault, productivo de la norma. “Ser sujeto es estar expuesto a la acción de una norma como sujeto de saber” (Paponi, 1996: 81), estas normas producen efectos que dictaminan la normalidad, anormalidad, disciplina, lo corpóreo, etc.

En este contexto es donde se juega, en la concepción de Foucault, la libertad.

El pensador francés comenta que

la relación de poder y la insumisión de la libertad no pueden, pues, ser separadas. El problema central del poder no es el de la “servidumbre voluntaria” (¿cómo podemos desear ser esclavos?): en el corazón de la relación de poder, “provocándola” sin cesar, están la renuencia del querer y la intransitividad de la libertad (2015: 335).

### **Levitan, libre albedrío y responsabilidad moral**

Hobbes, por su parte, en el capítulo XIV del *Leviathan* nos plantea la relación entre la libertad y el derecho de la naturaleza. Nos marca que por libertad

se entiende, de acuerdo con el significado propio de la palabra, la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere; pero no pueden impedirle que use el poder que le resta, de acuerdo con lo que su juicio y razón le dicten (Hobbes, 2013:91).

Ante lo cual, entra el juego el concepto hobbesiano de *lex naturalis* o ley de la naturaleza que contribuye a preservar, ante todo, nuestras vidas con la finalidad de abandonar el estado pre social, o aquella “guerra de todos contra todos” pre contractual.

La transferencia de nuestro derecho natural, entiéndase este *jus naturale* como “la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir de su propia vida” (Hobbes, 2013: 95), es el pacto base que funda la sociedad, nos despojamos de nuestro derecho natural transfiriéndolo a la persona del soberano. A priori, en este proceso se nos jugaría parte importante de nuestra libertad. Pero, por el contrario, el pensador inglés nos muestra que es la única forma racional de tener una libertad efectiva, limitándonos las libertades, el pacto permite desarrollarnos. Es cierto -nos dice Hobbes- que fuera de la sociedad civil cada individuo tiene una libertad completa, pero no puede gozar de

ella (Cfr. Hobbes, 2000). La paradoja de Hobbes nos marca que solo con este recorte, este acotamiento a nuestra libertad que es la transferencia del derecho natural al soberano, podemos nosotros disfrutar del máximo grado de libertad posible, protegiéndonos de nuestra propia muerte.

Es una visión, la hobbesiana, por demás interesante, ya que pensamos que el mundo normativo, las leyes y órdenes jurídicos que, a simple vista, parecen limitarnos la libertad, en realidad operan como condición de posibilidad de la misma; ya que, sin ellos, guerra de todos contra todos mediante, no podríamos tener asegurada nuestra propia existencia. Si bien no es fuente del presente trabajo, en la segunda parte del capítulo XXI del *Leviathan*, Hobbes va a abordar la libertad, pero entendida como transferencia de los individuos al estado, quedando ellos con una libertad acotada a una independencia orientada principalmente al mundo privado.

Por su parte, bajo su intento de cientificar el Derecho, de objetivarlo, Kelsen piensa también el problema de la libertad en torno al sistema jurídico. Como él dice, su análisis lo lleva “a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad” (Kelsen, 2021: 27). El pensador austriaco analiza la clásica definición, donde libertad es no estar sometido al principio de causalidad, al no estar sometido a leyes causales el hombre o su voluntad es libre. Ante esto, se puede ser responsable de los actos que comete, por lo que puede ser sancionado o recompensado.

El hombre es libre, sólo en la “medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación” (Ibidem). Es una libertad atribuida en el orden social, al ser punto final de una imputación se busca la regulación de las conductas humanas.

El libre albedrío se juega al momento de la elección del acto, en el momento final, en él se juega toda nuestra libertad, podemos hacer X o Y, podemos no hacer nada, es nuestra decisión, ante lo cual podemos ser imputados.

En Foucault, el concepto de libertad es por demás complejo, pero sí sabemos, desde su debate con Noam Chomsky, que la libertad en sí conlleva sobre el sujeto un historial, una “grilla” de nuestros determinismos históricos y psicológicos, la cual se aplicará a cualquier acción que queramos llevar a cabo (Cfr. Chomsky Y Foucault, 2007:33). Ante el control profundo de la sociedad disciplinaria, no tenemos más que libertades que se juegan, constituidas en el devenir de la historia pero que optan, como indica Kelsen, como punto final de imputación, allí se juega la libertad ante el sistema jurídico y los sistemas de control. En términos kelsenianos, la libertad del ser humano se juega en cada elección, ante la cual nos exponemos a imputación.

Para el filósofo francés, la libertad existe, aunque limitada no solo por el devenir constitutivo del sujeto, sino también por el control que el panoptismo ejerce sobre él. Ese tipo de poder se vierte sobre el individuo bajo la forma de vigilancia, control, castigo o recompensa, en función de ciertas normas, no en función de acotar la libertad de los sujetos, los cuales están sujetos.

Por su parte, el pensador norteamericano Daniel Dennett nos comenta que cuando deseamos el libre albedrío, deseamos, en realidad, el poder de decidir nuestros actos y de decidirlos con sabiduría, a la luz de expectativas y deseos. No queremos que nadie nos controle sino ser agentes capaces de tomar la iniciativa y la responsabilidad de nuestros actos y proyectos. He procurado demostrar que todo ello nos pertenece porque es el producto natural de nuestros dones biológicos, ampliados y reforzados por nuestra iniciación en la sociedad (Dennett, 1992: 192).

Debemos desear el libre albedrío y ser responsables de nuestros actos, esto devendrá en poder normalizar la sociedad. Siendo responsables morales de nuestros actos, y por ende imputables, podemos organizar una sociedad que permita libertades constructivas, en pos de no caer en un estado de naturaleza al estilo Hobbes.

### **A modo de conclusión**

El orden y la normatividad, con sus correspondientes controles, sanciones y recompensas limitan las libertades del individuo, para que, irónicamente, podamos gozar de la libertad. Esto es lo que nos hará responsables ante las leyes, para poder constituirnos socialmente, para no caer en la guerra de todos contra todos.

Somos libres al elegir, actuar, inclusive ante el panóptico. Uno puede obrar de una forma penada, ejecutar un acto antijurídico a sabiendas de afrontar el castigo que debería suceder, aunque no es obligatorio que este suceda. La cuestión es, ante todo lo expuesto, ante el peso de panoptismo, ante el poder ser imputados por nuestras elecciones, inclusive todo esto como consecuencia del contrato social bajo el cual otorgamos nuestra libertad natural bajo los lentes hobbesianos, hasta qué punto obramos con libertad plena u obramos bajo constantes condicionamientos normalizadores.

Si bien los análisis foucaultianos sobre la verdad jurídica son plausibles, considero también que las críticas a los regímenes de verdad a partir de las relaciones de poder, los cuales parecieran en muchos casos conducirnos a situaciones aporéticas, son por demás interesantes. Mencionando principalmente la crítica del pensador norteamericano Noam Chomsky en referencia a una “exageración” en el análisis de los regímenes de poder por parte del pensador francés, en donde no

habría nada por fuera de ellas, como principal ejemplo (Cfr. Noam Chomsky - Sobre El Relativismo Moral Y Michel Foucault, 2020).

El sujeto debe ser libre, o presumir libertad (así como tener responsabilidad moral) en cualquier modelo o sistema jurídico, si queremos que éste funcione con eficiencia y eficacia en pos de una mejor organización social. Las normas nos ayudan acortando algunas libertades, pero posibilitando el desarrollo de otras, quizás estas otras sean las más relevantes para la vida humana.

## **Bibliografía**

Castro, E. (2022, agosto). Sentido y alcances de la noción de «formas jurídicas» en Michel Foucault. *Daimon*, 86, 7-20.

Chomsky, N., Y Foucault, M. (2007). *La naturaleza humana: justicia versus poder: Un debate*. 2 reimp. Katz: Buenos Aires.

Dennett, D. C. (1992). *La libertad de acción: Un análisis de la exigencia de libre albedrío*. 1st ed. Gedisa: Barcelona.

Foucault, M. (1980). *La verdad y las formas jurídicas*. 1st ed. Gedisa: Barcelona.

Foucault, M. (2015). *La ética del pensamiento: para una crítica de lo que somos*. J. A. Yagüez, Trans.; 1st ed. Waldhuter Editores: Ciudad de Buenos Aires.

Hobbes, T. (2013). *Leviatán*. 1st ed. Centro Editor de Cultura: Buenos Aires.

(2000) De Cive. 1 ed. Alianza Editorial S.A.: Madrid.

Kelsen, H. (2021). *Teoría pura del derecho*. 3a ed. 14a reimp. Eudeba: Buenos Aires.

Paponi, M. S. (1996). *Michael Foucault: Historia, problematización del presente*. 1st ed. Biblos: Buenos Aires.

## **Videografía**

Noam Chomsky - sobre el relativismo moral y Michel Foucault. (2020, March 18).

[Video]. YouTube. Retrieved September 11, 2022, from

<https://www.youtube.com/watch?v=2xagVDRYCoU>