



Interacciones entre el poder jurídico y el poder disciplinario en perspectiva foucaulteana

Interactions between legal power and disciplinary power in a Foucauldian perspective

Paula Aguadero Ruiz

Graduada en Humanidades, M. U. en Filosofía

Profesora de Educación Secundaria

Resumen

El objetivo principal de este trabajo es comprender, desde la óptica foucaulteana, las relaciones de poder jurídico, esto es, el propio del Derecho, con el poder disciplinario. De este modo podremos observar que el Derecho puede neutralizar o legitimar ese poder punitivo. Así, el Derecho es una caja de poder que permite olvidar la problemática tradicional característica del poder soberano.

A lo largo de este trabajo, además de analizar las relaciones con el poder disciplinario, se tratará de relacionar el poder jurídico con el Derecho Social, el Derecho del Trabajo y el Derecho de Extranjería.

Palabras clave: filosofía francesa; poder punitivo; poder legal; Derecho; dominación.

Abstract

The main objective of this work is to understand, from the foucaulteana point of view, the relations of legal power, that is, the power of law, with disciplinary power. In this way we can see that the law can neutralize or legitimize that punitive power.



Thus, the Law is a power box that allows us to forget the traditional problematic characteristic of sovereign power.

Throughout this work, in addition to analyzing relations with the disciplinary power, it will try to relate the legal power to Social Law, Labor Law and Immigration Law.

Keywords: French philosophy; punitive power; legal power; Law; domination.

Introducción

Michel Foucault (1926-1984) es uno de los pensadores franceses más influyentes del siglo XX. Sus análisis acerca de los mecanismos disciplinarios revolucionaron el pensamiento de la época, algo que continúa en la actualidad. Son varios acontecimientos a lo largo de su corta vida los que marcan sus ideas, por ejemplo, el internamiento en un psiquiátrico por sus intentos de suicidio o su época como activista en mayo del 68. Fue entonces cuando se interesó por el funcionamiento de las prisiones y el momento en el que decide escribir *Vigilar y Castigar*, obra publicada en 1975.

Sin lugar a dudas, puede considerarse a Foucault como el máximo exponente del análisis crítico. El análisis crítico foucaulteano consiste en establecer las conexiones que existen entre el saber y el poder, de qué modo se sostiene un sistema y este es aceptable a ojos de la sociedad, con la función de (de)construir la política de la verdad, encontrando la relación específica entre poder y verdad (Foucault, 1995).

El objetivo de este trabajo es comprender, bajo el pensamiento del francés, las interacciones del Derecho con los sistemas normalizadores no institucionalizados y las relaciones de poder existentes entre los individuos y algunos grupos



sociales. De este modo, se observará que el sistema legal puede reaccionar legitimando el poder punitivo o neutralizándolo.

El Derecho aquí será considerado en su singularidad, es decir, no se hará desde la óptica de un principio fundador ni se dirigirá a una forma o a un estado fundamental. Se opondrá el principio de la génesis, —una causa principal con una descendencia ramificada—, con el de genealogía, —múltiples determinantes por los que aparece una singularidad—. De este modo, se tratará de mostrar cómo el Derecho, del mismo modo que la disciplina de la que deriva (tanto de manera de oposición como de legitimidad), no sigue un proceso lineal ni racional.

Para este trabajo se seguirá un método que se aparta de una problemática central propia de la filosofía del Derecho; esto es, la legitimidad del poder soberano y la de sus normas. Aquí se entenderá la soberanía como una de tantas formas de dominación, es decir, se estudiará el Derecho como una prolongación de la norma disciplinaria.

La problemática del Derecho es propia del pensamiento foucaulteano: no hay una mención explícita hacia él en ninguno de sus textos, pero hay incontables referencias hacia él. El investigador portugués Alves da Fonseca realiza una investigación muy apropiada de esta cuestión en *Michel Foucault et le Droit*. Foucault nos presenta el Derecho como una oposición al poder punitivo —tanto conceptual como forma de resistencia a éste—, pero también como un medio de expansión del poder disciplinario. (Alves da Fonseca, 2014).

1. Interacciones entre poder punitivo y poder jurídico

Poder punitivo, en el pensamiento foucaulteano, es aquel conjunto de mecanismos y tácticas por el que se ejercen las relaciones de poder. ¿Pero qué es el poder jurídico?



Lo que calificamos de "Derecho" es una categoría del pensamiento que no designa ninguna esencia, pero sirve para calificar ciertas prácticas: prácticas normativas, prácticas de obligación y de sanción social, prácticas políticas y prácticas de la racionalidad. Las unas pueden ser muy diferentes de las otras; el Derecho es un todo entero, sin restos, en cada una de ellas, sin que se deba deducir ninguna permanencia de una esencia. (Edwald, 1986: 29-30).

De esta manera se observa que Foucault nunca teorizará sobre el poder jurídico, pues se haría necesario determinar el objeto a estudiar. Lo que sí hará el pensador francés es analizar este poder, teniendo en cuenta las fuerzas y los choques que lo configuran. Previamente a abordar separadamente las relaciones entre poder jurídico y poder disciplinario se hace preciso definir el juego del desplazamiento de la barrera del poder jurídico: en particular hay que distinguir entre la teoría liberal y entre la teoría económica funcional.

Por un lado, la teoría clásica liberal es una separación entre el espacio público y el espacio privado. Locke ya explicaba esta distinción presentando el poder político y diferenciándolo del que no lo es. El primero es la relación entre los gobernados y los gobernadores, es decir, la legitimidad del consentimiento del grupo de individuos que conforma una sociedad, mientras que el segundo es la naturaleza y el castigo. El espacio público es creado por unos individuos que, a través del pacto social, otorgan legitimidad al Estado para intervenir en los conflictos y el privado carece de ello. Si se considera al Derecho un instrumento neutral que se puede emplear para proteger los intereses individuales, la relación de dominio únicamente puede



darse cuando el Estado sobrepase las funciones que le son propias, por lo que estas relaciones sólo pueden darse entre gobernadores y gobernados. Así se ignoran todas las formas de dominación privadas: no puede regularse aquello que está fuera de la esfera pública y por tanto no es propio del Derecho.

Por otro lado, autores funcionales, como Foucault, no distinguen entre espacio público y espacio privado. Plantean una definición de poder no excluyente, afirmando que este no se ejerce únicamente de modo descendiente, sino que se ejerce también de manera ascendente y horizontal, esto es, de lo privado a lo público.

Así, de acuerdo a la teoría liberal, —la que fundamenta nuestro sistema jurídico—, el Derecho del Estado es un arma política y puede despolitizar, pues es el que traza las fronteras entre la esfera pública y la esfera privada.

1.1. La oposición entre ley y la norma

De acuerdo al filósofo portugués de Sousa De Sousa, la dominación estatal que se considera más justa es precisamente la menos arbitraria de todas, ya que su ejercicio se encuentra limitado por un marco constitucional y por extensión por las reglas propias de la democracia. A diferencia de otras formas de poder, la legal se encuentra sometida a unos controles por parte de la ciudadanía, por lo que ha de separarse lo legal de lo exclusivamente político. Así, la ley sería imparcial y chocaría con la normativa lógica del resto de formas de poder.

Un punto de partida entre la distinción entre ley y norma se puede encontrar en Aristóteles, quien distingue entre Derecho y Economía en el primer tomo de *Política*. Ahí releva las relaciones domésticas del espacio económica de modo etimológico, es decir, entre *nomos* ("normas") y *oikós* ("casa,



hogar”) y las relaciones entre los hombres de las *polis* (“ciudad estado”) del Derecho, con sus leyes y jueces. Las normas domésticas tienen su origen en la autoridad del padre de familia y por ello no se entiende aquí la justicia como una virtud.

Siglos después, el sociólogo germano Max Weber regresa sobre esta idea. Separa la jurisdicción, propia del Derecho, de la administración, fundamentada en la economía aristotélica. En el primer caso, el individuo sometido es un sujeto con unos derechos subjetivos, como los procesos justos, pero el padre de familia ignora estas formas pues las partes sometidas no son sujetos, son objetos no beneficiarios de la garantía jurídica. De este modo, la normatividad y la legalidad se oponen entre sí.

Volviendo a Foucault, la gran diferencia entre los dos tipos de poder son los lazos creados entre las partes: la disciplina, desde el momento en el que jerarquizan y clasifican individuos a partir de una norma establecida, infravaloran a unos respecto a otros (es decir, lo que De Sousa entiende como relación de poder). Teniendo en mente la relación contractual, nacida de lo jurídico, hay que basarse en una simetría propia de los sujetos de Derecho. (Alves da Fonseca, 2014). Entonces, ¿la norma y la ley son compatibles?

El jurista francés Alain Supiot introduce otra diferencia fundamental entre el poder jurídico y el poder punitivo: la figura del sujeto de Derecho, esto es, “aquel sobre el que el orden jurídico positivo habilita a aplicar el efecto jurídico de una regla del derecho” (Motusky, 1948). Esto es precisamente lo que separa el pensamiento jurídico del pensamiento político. (Supiot, 2007). De esta manera, las categorías jurídicas no operan más allá de sus propias limitaciones, a partir de las que se encuentra el poder punitivo, no el jurídico. La norma legal



no se refiere a sujetos particulares, sino que lo hace a través de categorías abstractas, como el asalariado, el homicida o el ciudadano. No obstante, aquellas normas que relevan el poder disciplinario se dirigen a sujetos específicos y los tratan como objetos, negando al sujeto y multiplicando las normas aplicables (Supiot, 2007).

Un ejemplo de la negación del sujeto es el método de trabajo tayloriano: supuso el pasaje del obrero artesanal al obrero trabajador en cadena, en el que pierde toda consciencia de autodeterminación durante el tiempo que dura el trabajo. Así se aprecia otra diferencia con el poder jurídico: del control a priori de los actos en vez del control a posteriori (Supiot, 2007). Es decir, al obrero le es impuesta la tarea primero y después se le autorizan sus actuaciones. El poder jurídico, en este caso, únicamente supervisa que no se sobrepasen los límites legales.

Foucault en *Vigilar y Castigar* ahonda en esta idea, considerando la norma como un infraderecho, pues esta trata de regular todos los detalles de la existencia del individuo, sin limitaciones. No obstante, no pretende decir que el poder disciplinario es una prolongación propia del Derecho, puesto que la norma posee sus propios mecanismos punitivos clasificatorios, que se diferencian de los jurídicos, y se crean de diferente manera.

Todo esto se ve claro y fácil desde la teoría, pero, ¿qué hay de la práctica, cuando la ley está en el margen del poder disciplinario? Un ejemplo bastante evidente es el choque existente entre el derecho disciplinario de familia, —anclado en la ley islámica—, y las leyes comunistas propias de la revolución del 68 en Uzbekistán. Es en los países occidentales donde el choque ha sido menor. (De Sousa, 2004).



No son pocos los autores que han criticado el concepto de legalidad foucaulteano. Cuando él se refiere a la ley, es en base a un modelo aparentemente imperativista (Hunt y Wickmann, 1994). La ley marca un límite entre lo que es lícito y lo que no lo es: es una "orden acompañada de una previsión de sanción" (Alves da Fonseca, 2014: 103). De este modo, lo legal es un poder como represión y no como relación. La noción de ley se halla intrínsecamente unida al concepto de soberanía, pues su monopolio es parte del Estado. Por otro lado, la norma que releva del poder punitivo es creada a partir de unos conocimientos, de unas pretensiones científicas falsamente absolutas: su no respeto no significa pasar de lo legal a lo ilegal, sino que supone pasar de lo normal a lo patológico.

1.2. El Derecho como mecanismo de resistencia a la norma

Un buen ejemplo de la dicotomía entre disciplina y jurisdicción es el caso del Derecho del Trabajo, pues puede entenderse como una forma de resistencia hacia el discurso normativo y rebasa el campo de oposición puramente conceptual presentado en el apartado anterior.

El derecho de la producción, entendido como poder punitivo, es una forma jurídica muy autoritaria en la que los empleados están sometidos al empleador y no le pueden contradecir. El derecho de la producción es propio de la empresa y el derecho del trabajo, marcado por el poder inherente a la propiedad de los medios de producción, establece que el propietario de la máquina es propietario también de la fuerza de sus trabajadores de modo que la propiedad de los objetos es propiedad de los individuos.



Max Weber, ya mencionado previamente, entiende la unidad de organización de la empresa como una administración privada en la que únicamente se aplica el poder disciplinario y escapa de la esfera de la legalidad del Estado. No obstante, el Derecho del Trabajo, a contrario que el Derecho Civil, no parte de la supuesta igualdad entre los contratantes. Esta objetivación del trabajador del Derecho de la Producción, entendido como Derecho Disciplinario, se neutraliza con la aparición del Derecho del Trabajo, que devuelve al trabajador la condición de sujeto. La propiedad sobre la empresa no permite la deducción jurídica de un derecho de propiedad sobre las personas, que *per se* no existe. No obstante, y, por desgracia, aún quedan algunos resquicios del derecho de la producción en el Derecho del Trabajo. Es condición del subordinado, esto es, del trabajador, siendo así la subordinación causa y efecto.

Un planteamiento de la doctrina francesa es la cuestión acerca de cuál es el fundamento de esta situación jurídica. Las dos respuestas fundamentales se basan en el derecho de la producción. La primera se refiere al Derecho de la Empresa y de la propiedad: la dirección de la empresa se acuerda en los estatutos. La segunda está fundamentada en el derecho fundamental de la libertad de empresa, reconocido por la Constitución Española, en el artículo 38.

Este artículo 38 es un reflejo del pensamiento legal clásico, en el que se entiende el comercio como una manifestación de la libertad frente a las injerencias del Estado. Pero ¿a partir de qué momento pueden equipararse los derechos humanos fundamentales a los derechos económicos fundamentales? La respuesta es negativa pues se contradice a los Derechos Humanos. Concebir el poder de dirección como un



derecho fundamental significaría utilizar los Derechos Humanos para limitar la libertad del individuo (Champeil-Desplats, 2007).

Por otro lado, Alan Hunt y Gary Wickmann critican fuertemente a Foucault por su oposición entre norma y ley y por su idea de que la ley es prohibitiva. Según ellos, el francés ignora el poder normativo de la legalidad al considerar la ley sin espacio en la concepción no tradicional de poder. Critican también que no busque una concepción moderna de la ley por limitarla a orden y sanción, tildándola de simplista, pues Foucault equipara todo mecanismo legal a los propios del Derecho Penal, concluyendo que legalidad y normatividad son nociones diferentes, pero no opuestas, puesto que el poder jurídico es un agente fundamental para la expansión de nuevas disciplinas.

De este modo, estos autores interpretan la relación entre el Derecho del Trabajo y el Derecho doméstico oponiéndolos (Hunt y Wickmann, 1994), a través de un breve estudio de la historia del Derecho Laboral inglés, que hasta el siglo pasado reforzó el poder del patrón, regulando el proceso de producción. No obstante, Foucault no se refiere al Derecho únicamente cómo una oposición frente a la disciplina, también lo presenta como un vehículo que perpetra la norma.



2. El Derecho como vehículo normalizador

Foucault, a diferencia de las teorías del derecho tradicionales, no habla de la legitimidad de la soberanía en ningún caso. Foucault estudia el Derecho proveniente de esta soberanía como mecanismo de dominación, propio de la norma. La problematización de la soberanía tiene como objetivo

Disolver, al interior del poder, el hecho de la dominación, para hacer aparecer en lugar de esta dominación, que querríamos reducir o esconder, dos cosas: por un lado, los derechos legítimos de soberanía, y, por otro lado, la obligación legal de obediencia (Foucault, 2000: 35).

Será en esta parte del trabajo donde se explicará esta noción que tiene Foucault del Derecho, según la cual no existe una diferenciación radical pero sí una interpenetración entre norma y ley; primeramente, de modo general, y posteriormente en campos específicos.

2.1. La ilegalidad: un problema más que actual

La primera mención de Foucault sobre los *ilegalismos* es en *La sociedad punitiva*, temática del curso 1972-1973, bajo el contexto de los abusos de poder por parte de la autoridad en las prisiones estatales (Boullant, 2004). Un *ilegalismo* puede definirse como una práctica que en principio es ilegal, pero que en ciertas circunstancias puede aceptarse, en función de los intereses políticos. Es una situación intermedia entre legalidad e ilegalidad, es una forma de gestión de los actos ilegales de acuerdo a una legislación y una sociedad determinadas (Alves da Fonseca, 2014). La existencia de esta noción haría descartar



la supuesta rigidez de la noción de legalidad foucaultea crítica por Hunt y Wickmann mencionada anteriormente.

Antes de lanzar la pregunta acerca de cómo limitar estas situaciones, hay que pensar cuál es su objetivo. Foucault explica que el *ilegalismo* no es un problema accidental, sino que es un elemento fundamental para que la sociedad funcione. El legislador prevé unos espacios en los que permite que la ley pueda ser ignorada y otros en los que ha de ser cumplida. La noción foucaultea entonces demuestra así la falsa neutralidad jurídica, que gestionará las ilegalidades en base a su jerarquía. La normalización propia de los *ilegalismos* lleva a un refuerzo de las relaciones de poder propios de los grupos dominantes, característicos del Antiguo Régimen. Foucault afirma que “la ley no está hecha para evitar un tipo de comportamiento, si no para diferenciar las maneras de disuadirla” (Foucault, 2001: 1587). De este modo, el *ilegalismo* es un instrumento de refuerzo de la dominación de un grupo social sobre otro.

Pierre Lascoumes, sociólogo y jurista francés, sigue la lógica propia de Foucault. Demuestra la diferencia de las infracciones en función del grupo social del infractor. Históricamente, los miembros de la clase desfavorecida han sido sometidos a penas públicas espectaculares, —a fin de resultar ejemplares—, mientras que las clases pudientes siempre han sufrido un castigo discreto para disimular sus actos delictivos. Pero no sólo variaba la forma en la que se aplicaba la pena, también la pena en sí. Lascoumes cree que actualmente existe un sistema de gestión diferencial de los crímenes económicos por tres motivos: la despublicitación de las relaciones comerciales, el enaltecimiento del valor de los beneficios de las escuelas liberales norteamericanas y el control de las instituciones, que invisibiliza las sanciones societarias.



Un ejemplo clásico de la función político-económica de los *ilegalismos* es la evasión fiscal. Esto impulsó el crecimiento y consolidó la riqueza de la burguesía en el siglo XVIII. Pero no es sólo algo de épocas pasadas. También, hace unos años, el Gobierno español en 2012 permitió durante un periodo limitado de tiempo declarar sumas ocultas con la consecuente extinción de la responsabilidad penal a cambio del pago del 10% de su valor en lugar del supuestamente obligatorio 50% de retención del IRPF.

Por otro lado, Nicolas Fischer y Alexis Spire reinterpretan la noción del *ilegalismo* como el dominio del Estado sobre ciertos grupos de población, como inmigrantes en situación irregular, refugiados o detenidos... Se estudiará esta cuestión más detenidamente en el apartado dedicado al Derecho de Extranjería.

2.2. El Derecho social como pulso ante el poder jurídico

De Sousa define el espacio doméstico como aquel

conjunto de relaciones sociales de producción y reproducción de la vida familiar, entre marido y mujer (o una pareja definida de otra forma con una relación comparable), entre estos últimos y sus hijos, y entre padres. (De Sousa, 2004: 499).

El espacio doméstico está regulado por el Derecho doméstico, esto es, "los estándares normativos y mecanismos de resolución de conflictos que resultan de la sedimentación de las relaciones sociales dentro del hogar y, al mismo tiempo, las componen". (De Sousa, 2004). Este espacio, al igual que todas las interacciones sociales, se rige, de acuerdo a De Sousa y a la teoría feminista, por la forma de poder patriarcal. El



patriarcado es el sistema por el que el hombre controla la reproducción social de la mujer. Pero el patriarcado no sólo tiene efectos dentro del derecho doméstico, sino que también los tiene en el Derecho Social.

El Derecho Social se halla estrechamente relacionado con el derecho doméstico. Para comprender esto, haremos en primer lugar un recorrido histórico por la legislación social francesa, —ya que la lógica del Estado Providencia nació con la Revolución Francesa, en 1789—. En el Antiguo Régimen, la familia era sujeto y objeto de gobierno con su propia distribución de poder en la que el padre de familia tenía bajo su poder y tutela a la mujer, a los niños y al resto de componentes del hogar como siervos o ascendentes. Responde por ellos y ha de organizar su obediencia al orden público. Para asegurar esto, el Estado se apoyaba sobre la familia. (Donzelot, 1977). Por tanto, podemos afirmar que el jefe tenía un poder arbitrario sobre sus miembros, lo cual no deja de ser un poder disciplinario.

De esta manera, las personas no pertenecientes a esta organización no podían ni cubrir sus necesidades ni estar controladas. La Administración Pública creó entonces hospitales generales y centros de internamiento, que además servirían para garantizar un medio coercitivo a las familias pobres para mantener bajo control a los miembros desobedientes.

Con la toma de la Bastilla, las masas solicitan al Estado que se encargue de satisfacer las necesidades de la población: asistencia, sanidad, trabajo y educación, con independencia de formar parte o no de una familia y poner fin a la arbitrariedad de la organización familiar. De este modo nace la idea del Derecho Social como poder jurídico y central, en contraposición



al derecho doméstico punitivo: poco a poco el Estado vigila y regula las familias.

Un ejemplo característico de este tipo de intervención estatal es el llamado *contrat de tutelle*, —contrato de tutela— con leyes de 1889, 1898 y 1912 en las que se ha ido transfiriendo el poder de la familia que no cuida adecuadamente de sus hijos sobre éstos hacia la Asistencia Pública u otra persona. El resultado final es que el Derecho Estatal y el Derecho doméstico se encuentran en constante negociación, interacción y conflicto. De acuerdo a De Sousa (2004) en los Estados occidentales esto no es perceptible por dos motivos. El primero es que el Derecho positivo se ha reducido al Derecho de Estado, convirtiendo los sistemas jurídicos periféricos y las prácticas sociales en sentido común jurídico. El segundo es que el Derecho de Estado se ha introducido tanto en los hogares que el Derecho doméstico ha acabado por adaptarse a él, siendo dos realidades coincidentes.

No obstante, como consecuencia de, entre otras cosas, la crisis económica, en los últimos años el poder jurídico se ha ido retirando poco a poco de los hogares, dejando más poder al poder punitivo. El Estado Providencia se refiere al conjunto de intervenciones del Estado en un ámbito social para garantizar un mínimo de bienestar común a todos los ciudadanos. Resulta innegable que, en los últimos años, la presencia de los servicios y las ayudas sociales haya disminuido.

La existencia de las constelaciones jurídicas hace que no se haya creado un vacío legal, sino que la frontera entre el Derecho de Estado, en principio más avanzado y el Derecho doméstico, más arcaico, se haya desplazado en favor de este último, por ejemplo, aumentando el número de obligaciones de la mujer con respecto al cuidado de los hijos, ancianos o



miembros discapacitados de la familia. El resultado, entonces, es la vuelta a los mecanismos más patriarcales del derecho doméstico disciplinario. De este modo, una parte de la garantía del bienestar de los ciudadanos se desplaza de la esfera pública a la esfera privada, responsabilizando a las familias de un problema que, ya desde hace siglos, releva del orden político. El poder disciplinario se convierte en un punto del poder jurídico.

3. El Derecho de Extranjería en perspectiva foucaultiana

En los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) son retenidas hasta 2500 personas en situación irregular en España durante un máximo de 60 días, a la espera de ser deportadas a su país de origen. Los reclusos en estas instituciones acumulan dos estatutos jurídicos: el de preso y el de inmigrante en situación irregular. De esta forma, el estudio de los CIE resulta interesante, ya que permite analizar entre los infraderechos de Lochak y la prisión de Foucault.

Danièle Lochak, jurista francés, desarrolla en los años 80 del siglo XX la noción de los infraderechos. La autora afirma que el Derecho cuenta con una parte objetiva, según la cual el Estado controla y obliga a los individuos, y una parte subjetiva, en relación a la libertad de los individuos y sus prerrogativas legales.

Loschalk introduce así la teoría de que los inmigrantes son presentados en la norma como objetivo de reglamentación, pero no como sujetos, de modo que el Derecho pierde así su función tuitiva. La admisión y la expulsión del extranjero en el territorio estatal es discrecional del Estado, lo cual posiciona al inmigrante en una situación de amenaza constante, ya que de



su admisión al territorio dependen su estatuto y sus derechos subjetivos. Únicamente podrá ejercer aquellos derechos garantizados por la ley estatal en medida que el Estado haya aprobado su estancia.

De este modo, los extranjeros, más que a un Estado de Derecho, se encuentran sometidos a un Estado de Policía, en el que

La autoridad administrativa puede, de forma discrecional y con una libertad de decisión más o menos completa, aplicar todas las medidas en las que considere oportuno tomar de su propia iniciativa, para enfrentarse a unas circunstancias y llegar a los fines que se haya propuesto. (Lochak, 1985: 206).

De Sousa, por su parte, sostiene que los extranjeros están sometidos a un Estado de excepción, en el que los extranjeros estarían sometidos a un Estado de excepción, en el que los derechos son restringidos con el fin de su salvaguardia, es decir, "limitar sus derechos para conservar los nuestros" (De Sousa, 2004: 41).

El derecho de los extranjeros es uno de los casos más claros de la permeabilidad existente entre Derecho y Política, en otras palabras, de la traducción del poder disciplinario al jurídico menos disimulada del ordenamiento español. De este modo, los CIE son una consecuencia de la ausencia de garantías a los extranjeros por la imposición de medidas cautelares del orden penal, limitadoras de libertades fundamentales, por simples sanciones administrativas.

La Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero acerca de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su



integración social establece que el régimen de funcionamiento interno de estos centros habrá de desarrollarse por reglamento. El primero de ellos fue aprobado por el Real Decreto 162/2014 de 14 de marzo. De este modo, los CIE se encontraban en un limbo legal, lo que significa que estas instituciones estaban regidas por normas disciplinarias: sus muros limitaban la extensión del Derecho en todo el territorio español. El Consejo General de la Abogacía, así como un gran número de ONGs, denuncian que los internados en los CIE tenían una situación jurídica más restrictiva que los internos en centros penitenciarios por el cúmulo de los estatutos de preso e inmigrante irregular, respectivamente.

No obstante, el 14 de marzo de 2014 el Ministerio del Interior trató de ofrecer una serie de garantías y unos derechos subjetivos a los que anteriormente eran sólo objeto de regulación. Siguiendo a Foucault, todas las instituciones disciplinarias se rigen por un reglamento interior que parece intentar trasladar el orden jurídico a la institución, haciendo de nexo entre ley y norma, pero introducen bajo esta forma legal unas disimetrías insuperables, excluyendo toda reciprocidad en las relaciones entre las partes. (Foucault, 2002). De esta forma, según el francés, el reglamento falsea de manera automática el supuesto vínculo contractual, puesto que su contenido es una relación de disciplina que jerarquiza a unos individuos de cara a otros.

Así, si lo que pretende el Ministerio del Interior es fijar unos límites al ejercicio de poder de los policías que trabajan en los CIE y garantizar el respeto de los Derechos Fundamentales de los internos, según esta lógica se justificarían y se reforzarían estas relaciones de poder. Por ello, es momento de analizar este reglamento como instrumento



jurídico del poder punitivo, prestando especial atención a su estructura, a las obligaciones de los policías y los derechos reconocidos a los internos.

Primeramente, llama la atención la estructura particularmente jerárquica de los CIE. Hay un director general, —miembro del cuerpo de la Policía Nacional—, con poder sancionador, de dirección y de control de ejecución, así como de aprobar las normas del régimen interno. Asimismo, también existe una Junta de Dirección; pero únicamente tiene una función de consultoría, una unidad de seguridad; que actúa bajo la autoridad directa del director o jefe de personal, la administración; bajo las órdenes del director, que recibe las quejas y asegura el cumplimiento de las normas de los internos y finalmente, la asistencia sanitaria, jurídica y cultural. Todos están bajo las órdenes, el control y la vigilancia del director del centro. Esta forma de organización jerárquica y disciplinaria tiene sentido cuando lo que se pretende es corregir la actitud del interno: la figura del juez no sería útil, ya que sus medidas solamente pueden recaer sobre una infracción y serían de aplicación muy posterior a su comisión, razón por la que Foucault comienza a hablar de la declaración de independencia carcelaria: en ella no predomina la lógica del sistema legal, sino que predomina la propia del sistema disciplinario. (Foucault, 2002).

También llama la atención la medida del castigo establecida en el reglamento: se permite aislar al interno con el fin de evitar actos de violencia o lesiones propias o ajenas, impedir posibles actos de fuga o daños en las instalaciones del centro, así como ante la resistencia al personal del mismo en ejercicio legítimo de sus funciones. Según Foucault, este es uno de los principios de funcionamiento de la prisión, pues resulta



útil a la hora de evitar motines y reagrupaciones. Además, garantiza que el poder ejercido por los policías no se puede contrarrestar: "la soledad es la condición primera de la sumisión total" (Foucault, 2002: 217).

Foucault entiende este mecanismo como una forma de hacer más útil la prisión, esto es, para transformar los delincuentes en ciudadanos. Pero los CIE no son precisamente punitivos (ya que los internos no son delincuentes): su encierro es sólo de función preventiva. Teóricamente, deben ser solamente privados de su derecho deambulatorio. Entonces, ¿cuál es la explicación de la aplicación de los mecanismos carcelarios y aislamiento, en caso de no querer transformar a los sujetos?

Loschak entonces responde con el concepto de los *infraderechos*. La aplicación de los métodos descritos en el reglamento es una evidencia más de la regulación del inmigrante como objeto y no como sujeto. Podríamos incluso preguntarnos cuál es la función última de estas instituciones; su objetivo es en principio una garantía procesal para el cumplimiento de la sanción de expulsión, pero solamente un 50% de los internos llegaron a ser finalmente expulsados en 2011.

Esto, si se atiende al pensamiento de Fischer y Spire, es un *ilegalismo*, pues no es un privilegio de una clase sobre otra, sino que es un modo de dominación de la parte del Estado que afecta a las personas que trasgreden la legalidad. Según ellos, frente a la creciente movilidad de las personas, los Estados han optado por multiplicar su intervención en este ámbito, llegando a penalizar al inmigrante en situación irregular. De acuerdo a esta lógica, la penalidad no supone un modo de reinsertar al



individuo, sino que es un modo de apartar los grupos calificados de desviados (Fischer y Spire, 2009).

El portugués De Sousa explica que esta aplicación del Derecho es selectiva respecto a la idea del pensamiento abismal, según el cual el pensamiento occidental divide la sociedad en dos universos, uno a un lado de la línea y otro al otro lado de la línea, no existente. (De Sousa, 2010). Esto se puede aplicar, entre otras, a la situación de las metrópolis y a las colonias de esta. Así, lo colonial se caracteriza por estar fuera de la ley. De Sousa propone que esta dualidad no desapareció al acabar el colonialismo, sino que continúa existiendo en la actualidad, existiendo una división entre lo humano y lo subhumano. La única diferencia es que la línea abismal se ha desplazado, por lo que estas formas de violencia no se darán solamente en los antiguos territorios colonizados, sino que también en sociedades metropolitanas. (De Sousa, 2010).

Este autor habla del regreso de lo colonial, que se daría de tres maneras: la lucha contra el terrorismo, los trabajadores migrantes en situación irregular y los refugiados. Todas tienen en común la consideración de la inexistencia legal, que no es sino la traducción en el presente del sistema de exclusión radical de la época. Así, "los principios humanos [de lo occidental] no quedan comprometidos por prácticas inhumanas" (De Sousa, 2010: 36) en los territorios, más allá de la línea que hoy atraviesa de modo irregular las metrópolis.

En este trabajo, el punto de interés son los migrantes en situación irregular. Los CIE son una puesta en práctica manifiesta del pensamiento abismal. Hasta el 14 de marzo del pasado 2014, los centros no estaban regulados de ningún modo: eran un área carente de Derecho en la que, en lugar de



la lógica de emancipación o regulación, prima la de apropiación o violencia que De Sousa mencionaba como característica de los territorios colonizados. No obstante, existe un reglamento aplicable, —independientemente de lo que este legitime como ejercicio del poder disciplinario por parte de la Policía Nacional—, pero, ¿puede ser este realmente efectivo? Únicamente una parte insignificante de los abusos cometidos por el vigilante pueden llegar a juicio, por dos razones fundamentales. En primer lugar, por el precario conocimiento que tienen estos migrantes de la situación jurídica, por mucho que exista una obligación legal de informar a los internos de su situación legal. En segundo lugar, porque una vez que son devueltos a su lugar de origen, les es muy difícil y costoso emprender acciones legales contra la administración española.

El reglamento que aprobó el Real Decreto 162/2014 reconoce en su artículo 16 la salvaguarda de los Derechos Fundamentales de los extranjeros y algunos específicos de su situación de internamiento, principalmente en relación con la asistencia sanitaria y jurídica. Pero el primer punto de este artículo resulta inquietante:

Todas las actividades desarrolladas en los centros se llevarán a cabo salvaguardando los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las que fueran necesarias, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de internamiento acordada. (RD 162/2014).

Este artículo reconoce directamente la posibilidad de limitar los Derechos Fundamentales de los extranjeros en función del contenido y finalidad del internamiento. Como bien explica De Sousa, el pensamiento abismal compatibiliza la



lógica del Estado Constitucional con la del Estado de excepción, aplicado a los internos extranjeros (De Sousa, 2010). Destaca el hecho de que sea idéntico al artículo 25 de la Constitución Española, referido a las penas privativas de libertad:

El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo ordenatorio, el sentido de la penal y la ley penitenciaria. (CE: art. 25).

Así, el Ministerio de Interior equipara al culpable de un delito penal grave, —visto que para entrar en prisión la pena debe ser superior a dos años si no se tienen antecedentes penales—con la persona objeto de una sanción administrativa en materia de limitación de Derechos Fundamentales. Entonces la pregunta es ¿nos encontramos ante el nacimiento de la delincuencia administrativa exclusiva a los extranjeros? Esta particularidad está obviamente limitada a las sanciones por estancia irregular: los nacionales en ningún caso pueden ver sus libertades restringidas por incumplimiento de cara a la administración. No obstante, el ya citado Real Decreto del 14 de marzo habla de una restricción necesaria respecto al contenido y la finalidad de la pena, pero, ¿Quién aprecia la necesidad? ¿Quién determina ssi las medidas son proporcionales?

La respuesta es simple: La Policía Nacional. Vistos los repetidos y cotidianos abusos de la policía, reportados por un gran número de ONG, asociaciones de defensa de los Derechos Humanos, —incluido el Defensor del Pueblo—, cabe preguntarse cómo el Ministerio del Interior ha podido aprobar



este texto dejando total libertad de apreciación de necesidad a los vigilantes. Es cierto que el reglamento también prevé las quejas para interponer un recurso, pero, una vez que han sido expulsados del país, ¿pueden seguir ejerciendo estos derechos? Así, el CIE en sí mismo es un *ilegalismo* desde el punto de vista abismal.

Estos CIE son jurídicamente insostenibles. El nuevo reglamento sólo ha legitimado el poder punitivo que lo regula. El Derecho, más que ser un vehículo normativo, es un envoltorio de ésta, que se contradice con los principios más básicos del ordenamiento jurídico. El Ministerio del Interior, por su parte, ha reforzado esta lógica abismal en los CIE: no sólo hay barreras físicas, también hay barreras legales. Los Centros están al otro lado de la línea.

Se ha estudiado dos espacios de producción de poder de forma separada, pero esto no significa que las formas de poder sean excluyentes; estas esferas se encuentran en interacción constante: como bien dice Foucault, el poder se ejerce en cadena.

Conclusiones

El estudio de Foucault respecto al poder jurídico nos ha permitido ver el Derecho de forma crítica, lejos de la visión abstracta de la ley. Lo jurídico es una reacción, una respuesta a lo disciplinario o punitivo. El legislador tiene dos opciones: reproducir las formas de poder y de dominio entre grupos e individuos o neutralizarlas.

De este modo, el Derecho Social es un arma de emancipación, mientras que el Derecho Civil, hijo legítimo de la Revolución Francesa, es perpetrador de las relaciones de intercambio desigual. No obstante, esto no es siempre así: el



Derecho de Extranjería, por ejemplo, reconoce la desigualdad entre sujetos y la acentúa. Foucault obliga a pensar en lo jurídico como el resultado de un choque de intereses, haciendo del estudio del Derecho algo menos narcisista al localizarlo en el interior de una cadena de poderes.

El problema es que este razonamiento nos lleva a un interrogante muy complicado, y es, ¿Cómo llevar esta teoría a la práctica? el Estado, a través de la ley, debe tener un papel fuerte en la regulación social, —obviamente sin caer en la dominación estatal de los antiguos regímenes marxistas—, para equilibrar las relaciones de poder entre individuos. Aparentemente, Foucault también tuvo dudas al respecto, ya que en su juventud se afilió al Partido Comunista Francés, pero, decepcionado, lo abandonó al cabo de un par de años. Tras el movimiento del 68 volvió a interesarse en el ámbito político, pero por las mismas razones decidió volver a abandonarlo.

Volviendo al plano teórico, la dominación no puede ser una libertad; el abuso de poder y el intercambio desigual no pueden ser un derecho. El legislador debe así servirse del conocimiento de lo disciplinario precisamente para neutralizarlo: el Derecho debe ser emancipador y no perpetuador de la lógica dominación o sumisión, tanto en su forma —como en el caso del Derecho del Trabajo—, como en su contenido.



Bibliografía

AAVV, (2013). *Informe sobre los Centros de Internamiento de Extranjeros en España*, Asociación Pro-Derechos Humanos en España. Madrid: Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española

ALVES DA FONSECA, M., (2014). *Michel Foucault et le Droit*. París: L'Harmattan.

BULLANT, F., (2004). *Michel Foucault y las prisiones*. Buenos Aires: Nueva Visión.

CHAMPEIL-DESPLATS, V., (2007). La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux. En *Revue du Droit du Travail*, 19, 19-25.

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978.

LOCHAK, D. (1985). *Étrangers, de quel droit?* París: PUF.

DE SOUSA, B., (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Ciudad de México: Trilce.

DE SOUSA, B., (2004). *Vers un nouveau sens commun juridique. Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*. París: LGDJ.

DONZELOT, J., (1977). *La police des familles*. París: Les éditions de minuit.

EDWALD, F., (1986), *L'état providence*. París: Grasset.

FISCHER, N., y SPIRE, A., (2009). L'état face aux illegalismes. En *Politix*, 87, 7-20.



FOUCAULT, M., (2000). *Defender la Sociedad*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

FOUCAULT, M., (1995). Qu'est-ce que c'est la critique? En *Revista Filosofía ULA*, 8, 1-18.

FOUCAULT, M., (2002). *Vigilar y Castigar*, Ciudad de México: Siglo XXI.

FOUCAULT, M., (2001). Des supplices aux cellules. En *Dits et écrits*. París: Quarto Gallimard.

HUNT, A., y WICKMANN, G., (1994). *Foucault and law: towards a sociology of law as governance*. Londres: Pluto Press.

Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero.

MOTUSKY, H., (1948). *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*. París: Sirey.

Real Decreto 162/2014 de 14 de marzo

SUPIOT, A., (2007). *Critique du droit du travail*, París: PUF.