

BECKER Y FOUCAULT SOBRE CRIMEN Y CASTIGO

Una conversación con Gary Becker, François Ewald y Bernard Harcourt: Segunda Sesión

Facultad de Derecho

Universidad de Chicago

Septiembre de 2013¹

https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2824&context=faculty_scholarship

Traducción: Enrique A. Bour

Bernard Harcourt: Bienvenidos todos a la segunda sesión. El año pasado nos reunimos para discutir la teoría del capital humano de Gary Becker en conversación con, o en confrontación con, la lectura de Michel Foucault de la teoría de Becker y la crítica de Foucault al neoliberalismo. Esa discusión se situó principalmente en la conferencia de Foucault del 14 de marzo de 1979, en sus clases del Collège de France, tituladas Nacimiento de la Biopolítica.²

En esta segunda sesión, nos centraremos en la teoría del delito y el castigo de Gary Becker de 1968³ y en la discusión de Foucault sobre ese trabajo en la siguiente conferencia, que fue de marzo de 1979.⁴ Vamos a utilizar ese intercambio para explorar la relación entre, por un lado, los escritos de Foucault sobre castigo (desde *Disciplina y*

¹ Esta es una transcripción editada de una conversación celebrada en la Universidad de Chicago el 15 de mayo de 2013, en Foster Hall 505, la sala de seminarios del Comité de Pensamiento Social. La grabación en vídeo del seminario abierto se puede ver en línea en <http://vimeo.com/68074285>. Representa la continuación de una conversación iniciada el año anterior, titulada "Becker sobre Ewald sobre Foucault sobre Becker": Neoliberalismo americano y Nacimiento de la biopolítica de Michel Foucault de 1979. Esa primera sesión puede verse también en línea en <http://vimeo.com/43984248>, y la transcripción de esa primera sesión puede leerse aquí http://www.thecarceral.org/cn7_Becker_Ewald_Conversation.pdf.

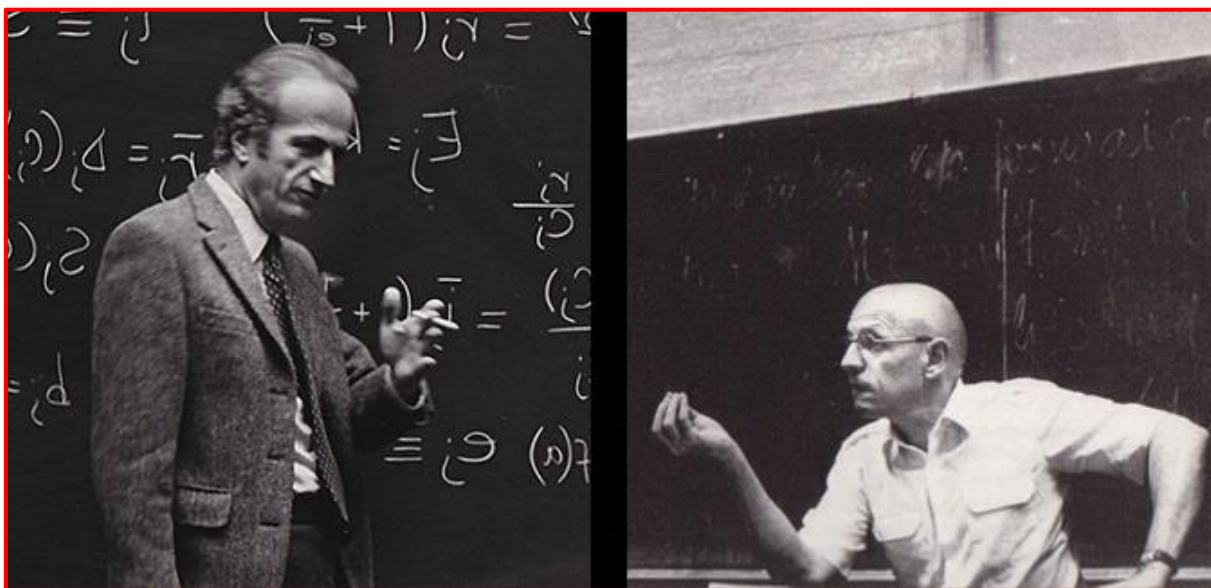
Los profesores Gary Becker y François Ewald han revisado individualmente sus partes de la conversación; el profesor Bernard Harcourt ha editado y anotado el texto. Estamos muy agradecidos a Eléonore Rimbault por transcribir la conversación.

² Michel Foucault, *Nacimiento de la Biopolítica: Conferencias en el Collège de France, 1978-79*, ed. Michel Senellart, en inglés. Edición de la serie Arnold I. Davidson, trad. Graham Burchell (Palgrave Macmillan 2008), pp. 215-239; Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*. Ed. Michel Senellart (Gallimard/Le Seuil 2004).

³ Gary S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, No. 2. (Mar. - Abr., 1968), pp. 169-217. [Ver traducción: *Crimen y castigo: un enfoque económico*. http://ebour.com.ar/ensayos_meyde2/Gary%20S.%20Becker%20-%20Crimen%20y%20Castigo.pdf] Una muestra de otras publicaciones del profesor Gary Becker son: Gary S. Becker, *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education* (University of Chicago Press 1964); *The Economics of Discrimination* (University of Chicago Press 1971); *A Treatise on the Family* (Harvard University Press 1991); y *Accounting for Tastes* (Harvard University Press 1996).

⁴ Foucault, *The Birth of Biopolitics*, pp. 239-265; Foucault, *Naissance de la biopolitique*, pp. 245-270.

Castigo⁵ en 1975 hasta Nacimiento de la Biopolítica en 1979) y, por otro lado, la teoría económica del crimen y el castigo.



Gary S. Becker y Michel Foucault, hacia 2012-2013

Estamos ante dos textos seminales en el ámbito del pensamiento del siglo XX. El artículo de Gary Becker de 1968 ha sido descrito por el juez Richard Posner, en su trazado de la historia del movimiento de derecho y economía, como el origen o el "primer disparo": Posner escribió, en 2001, que "Si hay que elegir un año para el comienzo del movimiento de derecho y economía, sería 1968".⁶ ¿Por qué? Porque, escribe Posner, "en 1968, Gary Becker publicó su artículo sobre el delito, reviviendo y refinando a Bentham", y demostrando así, en palabras de Posner, "que no hay campo del derecho que no pueda colocarse bajo la lente de la economía con resultados iluminadores".⁷ En cuanto a la obra de Foucault, *Disciplina y Castigo*, y también sus conferencias del *Collège de France*, son quizás los textos sobre castigo del siglo XX que más han influido en el campo y en la teoría contemporánea occidental.

Para empezar este intercambio, me gustaría dirigirme primero a François Ewald, que estaba presente en las conferencias, que era entonces asistente de Michel Foucault en el Collège de Francia, y que fue uno de los interlocutores más cercanos de Foucault.⁸ Debo señalar, una vez más, que Gary Becker leyó la conferencia de Foucault del 21 de

⁵ Michel Foucault, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, trad. Alan Sheridan (Pantheon Books 1978 [1975]); véase también Michel Foucault, *La Société punitive. Cours au Collège de France. 1972-1973*. Ed. Bernard E. Harcourt (Gallimard/Le Seuil de próxima aparición 2013).

⁶ Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001, p. 34.

⁷ *Ibid.*

⁸ Entre las publicaciones del profesor François Ewald figuran, en inglés: François Ewald, "Omnes et singulatim. After Risk", *Carceral Notebooks* 7, pp. 77-107 (2011); François Ewald, "The Return of Descartes's Malicious Demon: An Outline of a Philosophy of Precaution", en Tom Baker y Jonathan Simon, eds., *Embracing Risk* (University of Chicago Press 2002); y François Ewald, "Insurance and Risk", en Graham Burchell, Colin Gordon y Peter Miller, eds. *Foucault Effect: Studies in Governmentality* (University of Chicago Press 1991); y en francés François Ewald, *L'État providence* (Grasset 1986); y François Ewald, Christian Gollier y Nicolas de Sadeleer, *Le principe de précaution* (PUF 2001).

marzo de 1979 y me envió un correo electrónico -como hizo la última vez antes de la primera sesión- con algunas reflexiones, señalando que la conferencia era interesante y preguntando si hay desacuerdo o no. En sus propias palabras: "He leído la conferencia y es interesante. ¿Está de acuerdo con mi enfoque? No está claro, pero no es evidente que esté en desacuerdo".⁹

Con esto, permítanme dirigirme primero a François Ewald.

François Ewald: Gracias, Bernard. Gracias, profesor Becker, por su tiempo.

Haré tres observaciones sobre las opiniones de Foucault acerca de sus escritos sobre el delito y el castigo. La primera observación será sobre la razón por la que Foucault estaba tan interesado en su trabajo, especialmente con respecto al tema del castigo. El segundo comentario se referirá a las ideas que usted, Profesor Becker, podría encontrar, no tanto en esta lección en particular, sino más ampliamente en *Disciplina y Castigo*. Y el último se referirá a los temas que me gustaría desarrollar sobre el juicio penal y la economía de la justicia.

Primera observación, pues. Creo que la primera conexión entre usted y Foucault es de tipo metodológico: Foucault vio en su trabajo la posibilidad de una crítica a la gubernamentalidad. Creo que debemos entender la crítica en un sentido político, pero también filosófico - en el sentido de una crítica kantiana.

Foucault interpreta su tipo de crítica a la gubernamentalidad como "cínica". Sí, eso es lo que está escrito: "le cynisme".¹⁰ ¡Para Foucault, eso no está mal! Porque los Cínicos, para Foucault, son el tipo de personas que definen un nuevo tipo, o una nueva posibilidad de decir la verdad.¹¹ Para Foucault, su crítica de la gubernamentalidad genera la capacidad de ser verdad al margen de consideraciones morales.

La segunda conexión entre usted y Foucault es que Foucault, creo, consideró útil su trabajo. *Disciplina y Castigo* ofrecía una crítica muy profunda del sistema penal moderno, del arte moderno de castigar; pero en última instancia no aportaba ninguna solución. Mucha gente le preguntó a Foucault: "Quizá la política penal no funcione, pero ¿Cuál cree usted que es la solución?". Y usted dio, según su opinión, una alternativa a la política penal moderna. Y hay dos o tres elementos en esta lección que contribuyen específicamente a una visión alternativa. Con usted, tenemos un modelo de política penal que se aleja del *homo criminalis* hacia un nuevo tipo de objetivación del comportamiento delictivo: el modelo del *homo economicus*. Su modelo transmite la idea de que no hay una psicología particular del delincuente, que el delincuente es el hombre de la calle. La única diferencia es su relación con el riesgo. En este sentido, usted

⁹ Correspondencia por correo electrónico de Gary Becker a Bernard Harcourt del 13 de mayo de 2013 (en el archivo).

¹⁰ Foucault, *Naissance de la biopolitique*, p. 252; Foucault, *Birth of Biopolitics*, p. 246

¹¹ Sobre la declaración de verdad, véase en general, Michel Foucault, *Wrong-Doing, Truth-Telling: The Function of Avowal in Justice*, eds. Fabienne Brion y Bernard E. Harcourt (University of Chicago Press, de próxima publicación).

fue un liberador para Foucault, un liberador de los modelos del pasado, con esta nueva objetivación del comportamiento criminal.

La última conexión entre usted y Foucault es, sin duda, la idea de que la óptima política pública contra la delincuencia no busca erradicarla, sino hacer que la oferta de delito sea lo menos atractiva posible, bajo condiciones específicas. En este sentido, ha abordado una importante preocupación de Foucault: el poder y sus límites. Para Foucault, era muy importante que el poder tuviera sus límites, límites que dieran a la gente la posibilidad de jugar con las reglas, la posibilidad de "ilícitos" en la sociedad.

Gary Becker: ¿Puede repetir eso? No estoy seguro de haberlo entendido.

François Ewald: Sí. Para Foucault existe, en nuestra sociedad, en una sociedad liberal moderna, una tentación del poder de buscar el control de cada persona, de cada individuo, de cada agente. Esto es el poder total. Contra eso, tenemos que gestionar, tenemos que crear límites al poder, y así crear un campo de tolerancia -esto era muy importante para Foucault- un campo de tolerancia que forme parte de nuestros derechos, en el sentido de una "carta de derechos". Gracias a estas limitaciones, tenemos el derecho de estar fuera, no totalmente al interior de la dominación del poder. Para mí, estas son las tres conexiones: vuestra crítica, una alternativa, y la idea que compartía con usted de tolerancia.

Mi segundo punto es sobre lo que podría ser útil para vuestro trabajo en *Disciplina y Castigo*. Quizá en esa obra haya una forma de completar su análisis económico de la delincuencia. El proyecto de Foucault en *Disciplina y Castigo* era también un enfoque económico del crimen. La idea es, por supuesto, algo metafórica, pero a través de ella, Foucault intentó describir una "economía del poder". Hay un intento de desarrollar una nueva visión del poder en relación con la idea de una economía. La economía, para Foucault, no es exactamente el mismo concepto que lo que se llama economía: La noción de economía de Foucault está relacionada con tener una estrategia, con hacer un cálculo. Pero en este sentido, ambos están relacionados.

En este sentido, lo que podría interesarle es la idea de que la prisión es un fracaso, que es algo que no funciona, que los objetivos de la cárcel no se han cumplido. Pero que este fracaso tiene un aspecto positivo: permite al poder controlar a un determinado tipo de población, a saber la población que acaba en la cárcel. Y con el control de esta población, puede ser posible controlar una determinada forma de delincuencia. Esto podría ser interesante para usted: tener en cuenta no sólo el costo de la delincuencia, sino los beneficios y los efectos secundarios de una política fallida. No estoy seguro de cuál sería la traducción correcta...

Gary Becker: ...entiendo lo que está diciendo...

François Ewald: ... pero es la idea de que detrás de un fracaso, hay una ventaja. ¿Cuál es el valor de esta ventaja? Pues resulta que, entre el fracaso y los costos de las prisiones

y los beneficios del control de la criminalidad, la prisión puede no ser tan cara, quizás, como lo sería una Agencia de Seguridad Nacional, por ejemplo.

Un segundo aspecto de la visión que podría aportar *Disciplina y Castigo* es que habría que añadir, al cálculo de los costos y beneficios de la delincuencia, el valor proporcionado por la gestión de la delincuencia y el ejercicio del poder. A través de este tipo de políticas públicas, el poder encuentra una forma de ejercer su dominio. Eso es importante, hay un valor en eso. Desde vuestra perspectiva, creo -aunque no soy un experto- que los costos y beneficios se toman como los típicamente asociados con el presupuesto de un estado. Pero quizás deberíamos añadir algún otro valor a la delincuencia, tal vez deberíamos considerar otros costos y beneficios que los descritos en el presupuesto de un Estado.

Finalmente, un último comentario, pero aquí habrá que ser indulgente. He dicho antes que Foucault vio en su trabajo la posibilidad de un nuevo tipo de crítica; pero vuestro trabajo no es meramente crítico. También contiene una propuesta sobre el carácter propio del juicio penal. Como usted sabe el juicio penal es complejo: al imponer un castigo, hacemos dos tipos diferentes de juicios. Primero, un juicio de convicción: tenemos que atribuir tal hecho, tal ilegalidad, a esta persona concreta. El segundo juicio se refiere a la persona condenada: determina qué tipo de pena debe imponérsele. La dificultad estriba en comprender la relación entre estos dos tipos de juicio. Y usted tiene una opinión sobre ambos. En cuanto al juicio de convicción, aporta argumentos sobre, por ejemplo, la certeza: para usted, la certeza de convicción es importante, y también lo es la rapidez de ésta. Pero también tiene una propuesta sobre el segundo juicio, la imposición del castigo.

Me resulta difícil expresarlo, pero creo que la dificultad para usted, con respecto al juicio penal, es que usted propone un castigo que no está dirigido a la persona condenada sino a otros posibles casos...

Bernard Harcourt: ... no al acusado en particular, sino a otros individuos, como en una teoría general de la disuasión...

François Ewald: ... sí. Y esa es una cuestión clave: tenemos que preguntarnos si es justo atribuir a un acusado en particular la tarea de prevenir a otros individuos. En este sentido, la forma de vuestro juicio penal es predictiva, con toda la incertidumbre ligada a este tipo de predicción. No sabemos cuál será su reacción, qué efecto tendrá esta pena en los demás. La consecuencia es que hay que hacer muchas diferenciaciones entre tipos de delitos, tipos de delincuentes, etc. Y creo que es extremadamente difícil hacerlo en la práctica. Y en este punto, usted está en conflicto con la lógica del derecho. El derecho tiene una lógica universal, se dirige al caso general, al hombre razonable. Por el contrario, para usted, el castigo tiene que ser perpetuamente diferenciado, para cada caso particular. Eso se vuelve complejo: ¿Cómo es posible conciliar la generalidad de una política pública de castigo y esta idea de que la política pública tiene que adaptarse a cada situación, a cada caso? Para ello se necesitan muchos conocimientos sobre

los individuos, en cuyo caso tal vez se haya vuelto al ámbito de la criminología. Y eso crea una tensión: al principio, usted dijo que quería dejar de lado el enfoque criminológico; pero al final, puede que necesite utilizar precisamente ese tipo de conocimientos.

Una última observación. Me gustaría plantear algunas preguntas -pero aquí hablo con respeto por la valentía de sus declaraciones- sobre su posición respecto a la pena capital y la pena de muerte.¹² En su blog sobre la pena capital, usted plantea esta ecuación: para el asesinato, la pena de muerte es válida porque los individuos pueden ser sensibles al riesgo asociado a esta pena. Usted expone este razonamiento: en el caso de que una ejecución impida cinco homicidios, naturalmente, el análisis costo-beneficio milita a favor de salvar las cinco vidas y, por lo tanto, a favor de la pena de muerte. Usted extiende este razonamiento al caso en el que una ejecución salva una vida. Sostiene que en esta situación también elegiría el castigo capital. ¿Por qué? Porque, según usted, el valor de la vida de los dos individuos implicados no es el mismo: la vida del asesino no tiene el mismo valor que la del inocente.

De acuerdo. Quizás podríamos estar de acuerdo con usted. Pero esto plantea dos cuestiones: en primer lugar, ese tipo de afirmación, ese tipo de evaluación no es exactamente económica. Es una evaluación moral. Además, cuando se dice ese tipo de cosas, el asesino es condenado absolutamente para el resto de su vida, mientras que no se sabe cuál será el futuro de la persona inocente. En ese momento, su evaluación del precio de la vida no es exactamente una económica en una relación de riesgo, sino una moral. Y aquí, entonces, usted está en competencia y conflicto con otros tipos de evaluación moral. Por ejemplo, cuando era joven, tuve que leer *Les évangiles*, y encontré allí declaraciones de Jesús diciendo, con respecto a los criminales: "Para mi Padre, la criminal Magdalena, tiene el mismo valor -quizás incluso más- que una persona buena y moral".

Entonces, yo preguntaría: ¿No estamos aquí en el límite del razonamiento económico? Un presupuesto del análisis económico es que todo tiene un valor que puede ser expresado por un precio, un valor monetario. Pero la pregunta aquí, en el contexto de la pena de muerte, es: "¿Se puede evaluar el precio de la vida, del futuro de un individuo?" Eso está quizás más allá del límite de la economía, y es por lo que, en mi opinión, usted está haciendo en este punto un juicio moral, no económico. Esa fue mi observación final. Le agradezco esta oportunidad.

Bernard Harcourt: Gary, ¿Quiere usted abordar algunos de estos comentarios?

Gary Becker: Bueno, permítanme abordarlos en un contexto más amplio. Me referiré a algunos de los comentarios sin duda, porque son muy interesantes y los aprecio.

¹² Gary S. Becker y Richard A. Posner, *Uncommon Sense: Economic Insights, from Marriage to Terrorism*, Chicago: University of Chicago Press, 2009, pp. 253-258.

Permítanme primero volver a Foucault. No soy un experto en Foucault, a diferencia de ustedes. De hecho, lo único que he leído de Foucault son estas dos conferencias que me habéis hecho leer. Debería leer más, si fuera sensato, por lo que he encontrado al leer estos dos ensayos. Mis creencias sobre los filósofos franceses modernos eran que resultaban opacos, imposibles de entender. Así que leí a Foucault, estos dos ensayos -son conferencias traducidas, obviamente no son las mejores desde el punto de vista de la claridad- y sin embargo fueron claras. Es decir, entendí lo que decía, y en general estuve de acuerdo con la mayor parte de lo que decía, a lo que llegaré dentro de un rato. Pero me pareció que eran perspicaces, que estaban redactadas con claridad y que no se escondían detrás de un montón de fraseología complicada que no aportaba nada. Así que, para mí, eso me dijo que debería leer más de él. Es un muy buen pensador.

Ahora, al discutir sus comentarios sobre mi trabajo, permítanme primero dar a la gente aquí, que puede no estén familiarizados con mi trabajo sobre el crimen, una sinopsis muy breve de lo que hago allí. Luego voy a algunos de los comentarios de Foucault, y luego discutiré, François, sus comentarios.

He planteado un modelo muy sencillo, básicamente. Es un modelo normativo. Era explícitamente normativo. Y la cuestión normativa era: Tenemos leyes -y no evaluo si son buenas leyes o no, y volveré a ello en el contexto de lo que dice Foucault- tenemos leyes y tratamos de desalentar hasta cierto punto, y sólo hasta cierto punto, la violación de estas leyes. Y así, la pregunta que se plantea en ese ensayo es: "¿Cuál es la forma óptima de abordar ese tipo de problema?" Cuando digo "óptima" significa tener en cuenta varias consideraciones. Hay que integrar varios tipos de consideraciones para ver este problema, y tratar de abordarlo. Ahora bien, ¿Cuáles son esas consideraciones? Bueno, en primer lugar, tenemos las leyes y luego tenemos una evaluación de cuál es el costo para la sociedad de violar estas leyes, lo que Foucault llama, no sé si yo uso ese lenguaje, la "externalidad" involucrada. Tenemos criminales potenciales, y ¿Cómo podemos disuadir su comportamiento con los instrumentos que tenemos disponibles?

Ahora bien, ¿Cuáles son los instrumentos? En el documento *Crime and Punishment*, destaco dos instrumentos, y usted los menciona en la discusión: la probabilidad de que usted va a detener y condenar a alguien, y la magnitud y la naturaleza del castigo impuesto. Por supuesto, el marco de trabajo se refiere a otros instrumentos. Tal vez una forma más eficaz de reducir la delincuencia sea educar mejor a la población, para que sus oportunidades sean mejores en actividades no delictivas. Hay varios instrumentos, y el documento se ocupa de la probabilidad de condena y de la magnitud del castigo. Y el castigo puede adoptar diferentes formas. Puede ser una multa. De hecho, sostengo que una posible multa es en realidad la mejor forma de castigo desde el punto de vista de la eficacia. Pero, por supuesto, a menudo se trata de encarcelamiento para los delitos más graves, porque las multas no son adecuadas por diversas razones en esas situaciones.

Ahora bien, imponer un castigo es costoso: la policía, el encarcelamiento (u otros tipos de castigo), el poder judicial... hay una gran variedad de costos. Y dichos costos -y esto

es importante- limitan lo que se quiere hacer en términos de castigo. Volveré a los comentarios de Foucault sobre esto un poco más tarde.

Y, por último, se tiene: ¿Cómo responden los delincuentes a los diferentes castigos? De modo que si los criminales responden mucho, en el lenguaje de Foucault -no sé si lo uso, supongo que sí lo uso en mi ensayo- si los criminales son muy elásticos al castigo (este es el lenguaje que Foucault utiliza en su conferencia) entonces tal vez una pequeña cantidad de castigo pueda tener un gran efecto. Por otro lado, si los criminales son muy insensibles, entonces usted diría, bueno, tal vez el castigo no servirá de nada porque no podrá disuadirlos. Cuando digo delincuentes, no me refiero simplemente a los delincuentes que se castiga en un tribunal en particular, sino a todos los criminales que puedan estar participando en robo, hurto, violación, asesinato y otros delitos. No se trata sólo de un individuo, aunque la teoría se basa en un individuo. Es realmente un comportamiento de grupo lo que nos preocupa. ¿Cómo afecta el castigo de X a las actividades delictivas de Y, Z y todos los demás?

Ahora bien, es cierto que cuando se castiga a X metiéndolo en la cárcel, se evita que X cometa delitos -al menos contra los no presos- mientras esté en prisión. Pero básicamente, el marco pregunta: "¿Cómo afecta a otras personas?" Y si no tiene mucho efecto en otras personas, eso dice, bueno, tal vez no se quiera usar mucho este instrumento, porque realmente no se puede lograr gran cosa con este instrumento. Es decir, puede que a uno le guste hacerlo, pero el costo de hacerlo sea demasiado grande.

Ese es el marco. ¿Cuáles son sus componentes? Tenemos las leyes, tenemos los potencialmente criminales, y el enfoque no dice que haya un tipo que sea criminal y otro tipo que no lo es, no hace ninguna distinción, básicamente. Sí, por supuesto, algunas personas pueden estar más dispuestas a obedecer la ley por razones no relacionadas con el castigo, pero no dice que haya un tipo de delincuente basado en la fisiología, etc. Básicamente dice que la mayoría, si no todo el mundo, puede verse afectado si se cuenta con el tipo de instrumentos adecuados, incluyendo la educación y el castigo. Así que tenemos al criminal, tenemos las leyes, tenemos el costo de hacer cumplir las leyes, y entonces se llega a una conclusión sobre cuánto se quiere hacer con respecto a los diferentes delitos y a los diferentes tipos de individuos. Ese es el marco que Foucault está comentando.

Entonces leí el ensayo de Foucault, y aquí tendré que ver algunos de los comentarios que hice mientras leía el ensayo. A Foucault no le gusta el neoliberalismo, y me clasifica como un neoliberal. Y yo soy un neoliberal, supongo, sea cual sea el significado de ese término. Soy un liberal, me clasificaría como un liberal clásico, y eso a veces se entiende como un neoliberal. Así que no le gusta el neoliberalismo, y en la primera parte de este capítulo critica a algunos otros neoliberales: Röpke y algunos otros, luego critica a Bentham -no sé si lo llamarían neoliberal, pero critica a Bentham- y a Beccaria, etc.

Foucault me sitúa en esta clase de neoliberales, pero al leer el ensayo me resulta difícil ver algo en ese ensayo que no le guste a Foucault en cuanto a mi trabajo. Les diré que

miren los distintos comentarios que hace. Lo que le gusta es que comienza, cuando discute mi ensayo, y también discute los ensayos de algunos otros economistas, importantes ensayos de George Stigler, un colega y amigo mío, y un exalumno mío, Isaac Ehrlich, pero se centra en mis ensayos. Actuaré como si fuera mi ensayo, pero hay otra literatura que él discute.

Dice: "Bueno, Becker dice que lo único que interesa, en cuanto a la definición de delito, es lo que el código penal define como conductas que pueden ser castigadas". Y entonces, señala el editor, "hay risas" en el auditorio. Y Foucault regaña a su público. Dice: "No, no deberían reírse de eso. Eso es lo que dice el código penal francés, básicamente". No es un mal enfoque del problema, dice. Así es como comienza.

Y lo que le gusta de ese enfoque y que no le gusta de Bentham, en particular, es que no hay ningún intento de tener un cálculo de qué leyes debería o no debería haber en ese enfoque. Hay otra literatura que va en ello, y he ido a esa literatura, como en el caso de la pena capital y otros casos; pero dice, no hay ningún intento en este enfoque, no se intenta hacer eso, y le gusta eso, porque es crítico con muchas de las leyes que se aprueban.

Lo segundo es que no le gusta Bentham. Su interpretación de Bentham -y yo no he vuelto a leer a Bentham, pero me pareció correcta, era que Bentham pensaba que podía eliminar todo el crimen teniendo el castigo correcto y esta prisión panóptica donde cada criminal puede ser visto todo el tiempo, no hay privacidad, y similares. Y él dice, en este enfoque, en este enfoque económico, uno reconoce el costo del castigo, lo que significa que habrá una cantidad óptima de delitos. Quiero decir, me gusta desafiar a la gente y digo, "La teoría es sobre la cantidad óptima de crimen". Óptima, ¿en qué sentido? Hay diferentes significados que se pueden dar a la palabra óptimo, pero el significado que le doy en este contexto es: óptimo en el sentido de que usted puede beneficiarse del valor de tratar de reducir la delincuencia frente a la ganancia.

Foucault da un ejemplo, me gusta el ejemplo. No estaba en el aire, sino que es un ejemplo muy práctico de cómo reducir el robo de inventario en una tienda. Si el robo se encuentra en un alto nivel, usted puede reducirlo muy fácilmente del 50% al 40% al 30%, usted va a través de un montón de números - excepto que, cuando se llega al 5% para reducirlo más, va a ser muy costoso y probablemente no valga la pena hacerlo. Así que la cantidad óptima de robo en ese caso sería el 5%. Y creo que es absolutamente correcto, es un muy buen ejemplo, y es ciertamente fundamental para este tipo de enfoque.

Ahora la tercera cosa que me parece que le gustó, es que reconoce que no hay una persona fundamental que podamos identificar como criminal por su fisiología, su genética, etc. Quizás la genética nos lo diga eventualmente, pero definitivamente no lo sabemos ahora. Sabemos que hay mucha influencia en determinar si la gente comete un crimen y los diferentes tipos de delitos, que las personas que cometen delitos de cuello blanco son diferentes en términos de educación y antecedentes, por lo general, que las

personas que cometen asaltos y delitos graves de diversos tipos. No hay un individuo criminal, por así decirlo, sino un individuo diferente que va a ser afectado de manera diferente, por el castigo, dependiendo de la naturaleza del individuo, o de la naturaleza de los individuos que cometen un delito, y la naturaleza de los delitos.

Así que existe esta heterogeneidad tanto por tipo de delito como por tipo de individuo, y en principio, uno quiere adaptar los castigos para tener en cuenta este tipo de heterogeneidad. Ud. quizá no sepa lo suficiente como para poder hacerlo, pero intenta hacer lo que le es posible en ese sentido.

He aquí un ejemplo. Pongamos las drogas. Mi artículo no discute sobre drogas, aunque posteriormente he escrito bastante sobre el tema. Foucault dice: "Bueno, la gente responde de manera diferente. El adicto", dice, "no responde en absoluto al precio". No creo que eso sea correcto. El adicto es poco sensible, pero a la larga puede ser considerablemente reactivo. El moderno análisis y creo que los datos, si se miran los datos, muestran que los adictos responden al castigo y a un precio más alto, pero pueden, en general, responder menos. Las personas responden de forma diferente y uno quiere tener, tal vez, diferentes castigos para el adicto y la persona que acaba de empezar en el consumo de drogas. Si se quiere reducir el impacto de las drogas, éste es el enfoque: un precio elevado para la persona que experimenta, para que no lo haga, y un precio bajo para el adicto - como son adictos, no se va a hacer nada bueno con un precio alto; sólo van a cometer muchos delitos, así que se querrá reducir eso.

Así que hay, creo, mucha perspicacia en ese análisis. No estoy de acuerdo en que los adictos no sean receptivos, pero el marco básico, creo, es el correcto. Así que, esos son mis comentarios sobre Foucault.

Mi conclusión fue - creo, Bernard, que me preguntó, "Bueno, ¿en qué estaba de acuerdo Foucault y en qué no estaba de acuerdo?", y no encontré ningún lugar en el que estuviera explícitamente en desacuerdo. Quiero decir, en estas conferencias. Tal vez en su otro trabajo lo está.

Es un poco difícil saber cuánto está exponiendo lo que estoy diciendo, y cuánto está de acuerdo con lo que digo. No dudó en estar en desacuerdo con Bentham, Röpke, y algunos otros neoliberales. No veo nada allí donde esté realmente en desacuerdo, así que tal vez volveremos a eso.

Bernard Harcourt: Así es.

Gary Becker: Ahora, permítame que pase a sus comentarios, François. Estoy de acuerdo con mucho de lo que usted ha dicho, y algunos de ellos están relacionados con lo que dije. Permítanme mencionar sólo algunos: crítica al gobierno, análisis al margen del razonamiento moral, y volveré al tema de la pena capital que usted ha planteado. En ninguna parte de mi ensayo hablo de la pena capital, por cierto, pero mi ex alumno

Ehrlich habló de este tema. En algunos blogs posteriores, discuto la pena capital,¹³ así que me atengo a lo que dije sobre el castigo capital. Tendré que volver a eso más adelante.

Mi ensayo no adopta una postura moral sobre las leyes y el gobierno; sólo analiza cómo se puede influir en el cumplimiento de estas leyes. Estoy de acuerdo en que no hay psicología. El criminal que usted menciona, estoy de acuerdo, no hay una psicología del criminal. Creo que la mayoría de los intentos de ofrecer una psicología del delincuente han desviado realmente la penología y la forma de disuadir la delincuencia. Lo que yo estaba tratando de hacer en este ensayo era liberar el pensamiento de ese enfoque de la criminología.

"No para erradicar la delincuencia" - usted lo menciona, y estoy 100% de acuerdo. "Limitar el poder del Estado que implica límites del poder del Estado, porque sólo pueden hacer una cantidad limitada de actividades", con lo que estoy de acuerdo. "Economía del poder", estoy absolutamente de acuerdo. Un neoliberal está muy preocupado por el poder del Estado, por las leyes que se aprueban, etc. Por eso los neoliberales se pronuncian generalmente por un estado pequeño, un estado limitado. No he leído otros trabajos de Foucault sobre el poder, pero creo que en general, en la imagen básica, tendería a estar de acuerdo con eso. Usted no desea tener una economía de poder, es demasiado fácil de corromper. El encarcelamiento puede ser utilizado como una forma de imponer el poder del Estado, y ciertamente es una gran preocupación para mí y los neoliberales en general. Este ensayo reconoce que se puede encarcelar a la gente por motivos equivocados, no son delincuentes, usted está haciendo otras cosas, y por lo tanto usted tiene que equilibrar. E incluso si la intención es correcta, las pruebas son limitadas. Se condena a la gente sobre la base de pruebas limitadas, por lo que hay que contar con un procedimiento por el que se puedan reevaluar las pruebas a la luz de pruebas adicionales. Eso es lo que hace el proceso de apelación en la mayoría de las sociedades. Queremos ofrecer mucha protección en esa dimensión. Creo que este enfoque ciertamente lo hace.

Lo fundamental del enfoque, y creo que usted no ha utilizado la palabra, es la "disuasión". En su debate no utilizó la palabra disuasión, pero realmente está describiendo la disuasión. La disuasión es fundamental para este tipo de enfoque. Estoy de acuerdo con usted en eso. No se puede disuadir a todo el mundo porque es demasiado costoso de hacer, básicamente. Hay un par de salvedades al respecto.

Mi último comentario sería sobre la pena capital. La teoría no dice nada sobre si quiere la pena capital o no. Es un cálculo: ¿Cuál es la ventaja en términos de lo que es el efecto disuasivo de la pena capital? Si la pena capital no disuade, usted aún quiere evitar que los asesinos cometan más asesinatos, por lo que puede mantenerlos en la cárcel, y etcétera. Eso está bien. Usted podría fácilmente salir con esta teoría y decir que se opone al castigo capital. No tengo la menor discusión con eso.

¹³ Becker y Posner, *Uncommon Sense*, pp. 253-258.

Cuando hablo de la pena capital en mi blog... Déjenme contarles una historia divertida sobre esto. Di una conferencia en Italia para unas 2.000 personas, es decir, un público enorme. Yo estaba dando una conferencia sobre educación, nada que ver con este tema, y hubo un periodo de preguntas y respuestas y alguien se acercó a mí, y el chico, obviamente estaba muy involucrado emocionalmente y me dijo: "Usted ha escrito a favor de la pena capital. Deberían expulsarlo de Italia por hacer eso". Así que le dije: "Bueno, no estaba hablando de la pena capital". Seguí y discutí mis puntos de vista sobre la pena capital, y se calmó un poco.

La teoría es agnóstica en cuanto a si se quiere aplicar la pena capital. El punto de vista que yo tomé en mi blog, y todavía mantengo, depende de en qué medida se pueden reducir asesinatos posteriores por medio de la pena capital. Si se pueden reducir mucho, y recuerden que están comparando la pena capital con otras alternativas, así que digamos que la cadena perpetua es una alternativa. De hecho, la mayoría de las personas condenada por asesinato no pasa la vida en prisión en los Estados Unidos. No conozco la situación francesa pero si la cadena perpetua es la alternativa, ¿Qué efecto disuasivo y costo adicional implican la pena capital frente a otras, reconociendo que se puede estar cometiendo un error cuando se condena a alguien por asesinato y hay que ver el proceso de apelación? Puede concluir que el beneficio adicional no justifica el costo, tanto en términos de la condena y similares.

¿Por qué concluyo, por tanto, que estoy a favor de la pena capital? Formulo el juicio basándome en evidencia muy pobre y limitada. Hay una gran controversia en la evidencia empírica – dejen eso por un momento, y permítanme hacer un comentario más amplio. Dije al principio que el ensayo era normativo: se preguntaba qué deberían hacer los gobiernos, cuál sería la mejor política. Tenía muchos aspectos positivos o empíricos: ¿Cuán importante es la disuasión? ¿Difiere si se envía a alguien a la cárcel, o se le multa, o se aumenta la probabilidad de aprehensión? ¿Cuál es el costo de castigar a la gente? ¿Cómo se puede cambiar esto variando la fuerza policial, etc.? Esto llevó a una gran cantidad de trabajo empírico basado en tratar de evaluar diferentes tipos de delitos, ¿Cómo se puede disuadir la delincuencia? Incluyendo cosas como: aumentar la educación, reducir el desempleo, proporcionar mejores oportunidades para los individuos que podrían cometer delitos. Esto dio lugar a una gran cantidad de trabajo empírico. Una fracción muy pequeña de ese trabajo empírico se refiere a la pena capital, y la evidencia es mixta al respecto. Algunos estudios concluyen que el castigo capital tiene muy poco efecto disuasivo; otros concluyen que la pena capital tiene un efecto considerable, empezando por el estudio de Ehrlich pero también otros estudios posteriores. Así que hay una mezcla.

La evidencia exacta no está clara, pero debemos tener una política. Mi opinión es que la pena capital disuade del asesinato. Luego entro en esta discusión que no les gustó, y voy a tratar de defender lo que estaba haciendo. Digo que la mayoría de la gente estaría de acuerdo en que si estuviéramos convencidos de que usar la pena capital podría reducir cinco asesinatos, la mayoría de la gente se inclinaría por decir: "Bueno, a nosotros no nos gusta la pena capital, pero la vamos a usar". Al igual que no nos gusta ir a la

guerra, pero vamos a usarla. Así que la pregunta que hago es: "¿Dónde está la línea divisoria?" Nadie sabe dónde está la línea divisoria, porque mucha gente no se hace esa pregunta. Suelen decir simplemente, "No me gusta la pena capital", sin preguntar: "¿Está salvando vidas? ¿Cuántas vidas está salvando?" Para usar su ejemplo, vamos a usar una hipótesis: "Si pudiera salvar una vida, ¿estaría a favor de la pena capital?"

Eso es difícil. No es fácil. Usted está tomando una vida y está salvando una vida adicional. Y yo sostengo ahí, que fue una sentencia. No resulta... quiero decir, resulta en algún otro análisis, hay toda una literatura, como se sabe, sobre el valor estadístico de la vida que trata de medir eso.

Supongo que podría medir eso e integrarlo en esto, y si lo hiciera llegaría a la conclusión: Sí, en general vale la pena aplicar la pena capital, porque la vida que estamos salvando será una persona inocente. Es más valiosa que la vida que se toma que será en general, otra persona que cometerá otros crímenes y así sucesivamente.

Si usted aceptó eso, vaya más allá. Digamos que está de acuerdo con 1:1 - ¿Qué tal 0,75:1? Usted salva $\frac{3}{4}$ de una vida por la muerte que se comete. Se hace más difícil. ¿Qué tal $\frac{1}{2}$:1? Quiero decir, no sé dónde trazar la línea. Pero creo que la mayoría de la gente llegaría a la conclusión de que si se considera que la pena capital disuade al menos una vida por cada castigo capital, la mayoría de la gente diría, "Bueno, no me gusta, pero vale la pena aplicarla", teniendo en cuenta todo el costo.

Ya casi he terminado.

Bernard Harcourt: De acuerdo.

Gary Becker: Estos son mis comentarios básicos. Voy a resumir lo que son, aparte de dar un esquema de lo que intento hacer en el documento. Y recuerden, la pena capital no aparece en el documento. No considero que sea una parte importante del trabajo de la economía del crimen, porque, quiero decir se puede tomar de varias maneras. No tiene una conclusión. Es un marco para discutir un montón de diferentes delitos, y he leído Foucault en esto y me gusta lo que dijo. Tal vez porque él estaba de acuerdo con lo que yo decía. No detecté -aunque a él no le gusta neoliberalismo y me clasifica explícitamente como neoliberal, lo cual es correcto, no detecté ninguna crítica significativa. Tal vez me equivoque al respecto. Me gustaría discutir algunas de ellas, si hay alguna.

Bernard Harcourt: Muy bien. Permítanme tratar de afinar el intercambio, entonces, en un par de maneras.

En la última sesión estuvimos discutiendo sobre capital humano e identificamos una crítica a su teoría del capital humano. La crítica se refería a las inversiones y desinversiones en poblaciones que se derivarían de un enfoque de capital humano. Vamos a dejar eso a un lado por ahora, y pasemos a la segunda conferencia de Foucault, que es sobre crimen y castigo.

Aquí creo que el texto de Foucault -que es un análisis del tipo de racionalidad que constituye la base de su teoría- motiva dos críticas distintas. Desgraciadamente, las dos críticas se desarrollan y se manifiestan más claramente en la siguiente conferencia que Foucault pronunció, el 28 de marzo de 1979, ¡así que vamos a necesitar una tercera sesión! Pero en cualquier caso, el texto motiva dos críticas.

La primera crítica tiene que ver con el tipo particular de actor gobernable que se supone y que forma parte del modelo del actor racional, y que es evidente en su artículo de 1968 sobre Crimen y Castigo de 1968. Esta crítica se sitúa en la conferencia de Foucault en torno al momento cuando el público se ríe¹⁴ -volveré a esto más tarde porque ese pasaje es un momento crítico en la conferencia, en el sentido de que también revela, de manera importante, un camino crítico no tomado. En cualquier caso, en ese momento, Foucault establece un paralelismo entre su modelo económico y el derecho penal francés. Hay tanto un paralelismo como una importante distinción.

El paralelismo es que su modelo define el delito de la misma manera que el derecho penal francés: El delito se define, de forma positivista, como un comportamiento que es punible según el código penal. Usted utiliza una definición formal del delito, al igual que el código penal francés, limitándose a las palabras del código penal. El mismo enfoque formal, pero una visión muy diferente. Su visión es desde la perspectiva del actor racional del modelo, mientras que la visión francesa es desde la perspectiva del soberano del modelo. Este diferencial produce una forma muy diferente de pensar y luego de gobernar a los individuos.

Es ese diferencial, es decir, el hecho de que ahora lo veamos desde el punto de vista del actor racional, desde el punto de vista del individuo, y no desde la perspectiva del soberano- que produce el único modo de gobernabilidad del neoliberalismo, a saber, el modo que implica técnicas de comportamiento y cambios ambientales, etc. Foucault habla de este modo de gobernabilidad en la página 252 de la edición inglesa, pero en realidad el punto culminante, o la crítica, viene en la siguiente conferencia alrededor de la página 270, donde habla de las formas más aberrantes de técnicas de comportamiento asociadas, por ejemplo, con Skinner.¹⁵ Pero es...

Gary Becker: No quiero ser asociado con Skinner.

Bernard Harcourt: No, por supuesto que no, y Foucault no lo asocia con Skinner. Pero esa es la pendiente o la dirección a la que puede conducir esta particular noción de gobernabilidad.

La segunda crítica que motiva el texto de Foucault es una crítica epistemológica. Está relacionada con lo que podríamos llamar la "teoría del sujeto", pero también tiene que ver con un tema, con el individuo, con sus intereses. La idea es que el modelo del actor racional se basa en la premisa de que el sujeto individual puede conocer bien sus

¹⁴ Foucault, *Birth of Biopolitics*, p. 251; Foucault, *Naissance de la biopolitique*, p. 256.

¹⁵ *Ibidem*, p. 270; edición francesa, p. 274.

intereses personales en contraste con el Estado que no tiene ese conocimiento de la misma manera. Hay una conexión inextricable entre el actor racional que conoce mejor su interés, pero que se enfrenta a un órgano de gobierno que no lo conoce, y cuyos cálculos fallan porque no tienen ese conocimiento. Y esto produce, por sí mismo, una cierta necesidad de intervención gubernamental limitada.

En otras palabras, la idea de un gobierno limitado está incorporada a la teoría del sujeto en el modelo del actor racional. Y esta segunda crítica, tendremos que abordarla en nuestra próxima sesión con mayor profundidad. Nos llevará a la página 282 de la edición inglesa, donde encontraremos el argumento de que la teoría del sujeto descalifica en última instancia al soberano político.¹⁶ Estas son pues dos críticas que surgen específicamente de la lectura de Foucault de su ensayo de 1968.

Sin embargo, me gustaría desarrollar una tercera crítica que podría haberse hecho, pero que no se hizo, y que representa, a mis ojos, una crítica más penetrante. Y esto me lleva de nuevo al pasaje comentado anteriormente en el que Foucault lo defiende a usted contra su público francés, cuando reprende a su público. Es un pasaje crítico porque Foucault, en ese momento, efectúa un movimiento formalista que, en mi opinión, hace que pierda su objetivo.

Gary Becker: ¿Foucault?

Bernard Harcourt: Sí, Foucault. Foucault falla en su objetivo -en otras palabras, usted- en esa coyuntura particular al adoptar, como lo hace, una visión formalista del derecho. Me explico. Al no cuestionar la definición formalista del derecho penal en su obra -en otras palabras, al tomar el código penal como algo dado, como un factor limitante que define las conductas que se realizan. Es decir, al tomar el código penal como un hecho, como un factor limitante que define los comportamientos que vamos a someter a un análisis de bienestar social, usted está haciendo algunas cosas. Se están dejando de lado algunas de las consideraciones más importantes. Ahora puedo entender que es un intento de encontrar un equilibrio parcial; que está poniendo entre paréntesis la definición de delito para simplificar el modelo. Pero me parece que lo que ha hecho al poner entre paréntesis la definición de delito es problemático por tres razones.¹⁷

En primer lugar, usted está poniendo entre paréntesis toda la complejidad del problema, las definiciones del derecho penal, donde toda la moral, todas las teorías de la peligrosidad, toda la psiquiatría, etc., van a estar en juego. Así que usted está tratando de crear una teoría que elimina la necesidad de la psiquiatría y la criminología, pero casi lo ha hecho por definición en el mismo comienzo, al principio de la empresa, poniendo entre paréntesis la propia definición de crimen.

¹⁶ *Ibidem*, p. 282; edición francesa, p. 286.

¹⁷ Véase también Bernard E. Harcourt, *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order* (Harvard University Press, 2011), pp. 127-128 y 133-136.

En segundo lugar, y más importante, usted también evita el impacto radical de su propia teoría. Al mismo tiempo, se crea una tensión entre lo que se puede decir, por ejemplo, con respecto a las drogas. Hay una tensión interna en el sentido de que, en última instancia, usted podría querer decir que deberíamos despenalizar las drogas -no lo dice en este texto, pero sí en otros trabajos...

Gary Becker: Sí, creo en eso.

Bernard Harcourt: Sí, usted cree en eso, pero entonces hay una tensión –

Gary Becker: No necesariamente esta teoría lleva a esa conclusión.

Bernard Harcourt: Sí. Pero la tensión... bueno, espere un momento. Estamos tomando la definición de crímenes como dada. Si es así, ¿Cómo puede ser que un análisis de bienestar social conduzca entonces a la eliminación de una definición de crimen? Esa es precisamente la tensión a la que me gustaría llevarlo.

Lo que esta tensión revela es que habría existido una teoría mucho más radical que usted podría haber desarrollado en el 68, que habría sido someter *todo el comportamiento humano* al tipo de cálculo al que usted somete sólo los comportamientos delictivos definidos como tales en el código penal. Su teoría podría haber *definido* el delito. Podría haber abordado *todas* las conductas, estén o no formalmente definidas como delitos en el código penal, y determinar cuáles deberían ser criminalizadas. El modelo habría definido como criminal cualquier conducta que, si es castigada -es decir, sancionada penalmente- en la cantidad y medida adecuadas, maximizaría el bienestar social y minimizaría los costos sociales.

Esa es la teoría, me parece, que podría y debería haber defendido en 1968: Cualquier comportamiento humano que pueda ser regulado eficientemente por medio de la sanción penal - por medio de un castigo correctamente aplicado- debe ser criminalizado. Si usted hubiera hecho eso, por supuesto todos los ámbitos de la vida económica, social y política habrían sido objeto de una posible regulación. Abre toda la actividad humana a la sanción estatal, incluyendo, bueno, cualquier cosa. Podemos trazar una lista: la infidelidad, la mala educación, el sexismo, la protesta política, las contribuciones financieras a los partidos políticos, en resumen, cualquier actividad podría ser sometida al tipo de análisis que usted propone, y entonces sabríamos lo que debería ser criminal: lo que se puede regular eficientemente por medio del derecho penal y el castigo. Hay cosas que podemos regular eficientemente mediante el castigo, y otras que no, pero no hay forma de saberlo de antemano.

Al limitar la definición de delito a la definición formal, ha restringido mucho el potencial de su modelo. Pero lo que es peor, usted inyectó en la teoría una visión política particular, una visión un tanto libertaria. Hay ciertos valores libertarios que están acechando en la propia decisión de poner entre paréntesis la definición de delito. El modelo más radical sometería todo el comportamiento humano al análisis de bienestar social y podría ampliar potencialmente el alcance de la regulación gubernamental. En

cambio, su modelo de 1968 comienza por tomar un subconjunto definido del comportamiento humano -el comportamiento definido como delito por la ley- y luego limita ese alcance.

Así que creo que Foucault dejó pasar una crítica importante estando de acuerdo con su decisión de poner formalmente entre paréntesis la definición de los delitos. Creo que esa jugada formalista revela un sesgo libertario que debería hacernos sospechar sobre la naturaleza positivista del propio modelo, y sobre todas las mediciones que habría que hacer a partir de entonces. Después de todo, su modelo requiere una miríada de complicadas mediciones -los costos de vigilar y castigar, los valores de la vida, la victimización, etc. Son mediciones realmente complicadas. Pero su decisión de poner entre paréntesis me hace sospechar que hay un sesgo en su enfoque, un sesgo contra la intervención del Estado.

Un último punto sobre la pena de muerte. Cuando usted dice...

Gary Becker: Pero no pretendo dedicar mucho tiempo a la pena de muerte. No es una parte importante del ensayo.

Bernard Harcourt: No, yo tampoco, pero es una buena ilustración de la misma crítica. Cuando se dice, cuántas vidas estamos salvando, ese cálculo en sí mismo es sólo la punta del iceberg. Verá, Gary Becker no se limitaría a preguntar "¿Cuántas vidas estamos salvando?" Gary Becker tendría que formular los siguientes interrogantes, que son las preguntas más complicadas: "¿Cuánto dinero cuesta una ejecución? ¿Cuánto podría comprar una cantidad equivalente de dinero en atención sanitaria? ¿Cuántas vidas se podrían salvar si utilizáramos ese dinero de otra manera?". Etc.

En otras palabras, no nos limitamos simplemente al hecho empírico de que una ejecución pueda disuadir uno o más homicidios, suponiendo que lo haga. No es sólo una cuestión de cuántas vidas. Se trata de un cálculo más amplio sobre si el dinero podría emplearse mejor para salvar vidas en otro ámbito, como atención sanitaria o educación o nutrición, etc.

En ese momento, creo, usted tiene que levantar las manos y decir: "No puedo decir que estoy a favor de la pena de muerte, no puedo decir que estoy en contra de la pena de muerte". Yo diría que es un cálculo enormemente complicado que implica muchos factores diferentes - no sólo si se trata de una vida por otra, sino también cuánto dinero estamos gastando en abogados, si deberíamos gastar ese dinero de forma diferente, etc.

Creo que Gary Becker tendría que decir: "No sé la respuesta a esta compleja pregunta".

Gary Becker: Sí, de acuerdo, gracias. Permítame responder a estos comentarios.

Este ensayo tenía un objetivo limitado. No trataba de decir qué leyes deberíamos tener, y qué leyes no deberíamos tener. Tenemos algunas leyes, ¿Cómo vamos a ejercer disuasión con estas leyes?

En mis otras manifestaciones, en mis otros escritos, por supuesto que he escrito mucho sobre qué leyes deberíamos tener. Creo que hay mucho riesgo de que el gobierno sobre-regule a la sociedad con demasiadas leyes, y por eso siempre he sido una persona que prefiere un gobierno pequeño.

Este ensayo tiene un objetivo más modesto, dice, dadas las leyes que tenemos y los diversos costos existentes, ¿Cuál es la mejor manera de optimizar el bienestar social? Cuando dicen, "Bueno, es una mala ley por lo que debe deshacerse de ella en lugar de tratar de optimizarla", yo no estoy en desacuerdo con eso. Ningún ensayo puede tratar todos los problemas, y no he tratado de hacerlo en este ensayo.

Ahora permítame tratar un par de las otras cuestiones que usted menciona. El individuo versus el soberano: sí, aquí se adopta el punto de vista del individuo. Por mi lectura de Foucault en este capítulo, tuve la sensación de que eso le gustaba, a diferencia de tomar el punto de vista del soberano. No sé si tengo el enunciado exacto de eso, pero creo que no era una crítica la que hacía, pero tendré que buscar lo que dice.

Bernard Harcourt: Está en el final de la página 252 de la edición inglesa. Básicamente, lo que dice es: "Significa simplemente que el comportamiento económico es la cuadrícula de inteligibilidad que uno adoptará sobre el comportamiento de un nuevo individuo. También significa que el individuo se vuelve gubernamentalizable"¹⁸ de manera particular.

Gary Becker: Sí. No veo ninguna crítica al respecto. *Homo economicus* es "la superficie de contacto entre el individuo y el poder que se ejerce sobre él,"¹⁹ pero eso no significa que cada individuo no tenga otras motivaciones. De todos modos, no está en ninguna parte... No creo que usted pueda citar, Bernard, un pasaje en el que diga que ese es un punto de vista peor que tomarlo desde el punto de vista del soberano, que sí dice que es el enfoque francés. Así que mi lectura de este ensayo -pero puedo estar equivocado, es que él no pensaba que fuera inferior a tomar el enfoque del soberano.



Bernard Harcourt, *teórico crítico estadounidense con una especialización en el área de castigo, vigilancia, teoría legal y política y economía política. También realiza trabajo legal pro-bono en temas de derechos humanos.*

Ahora bien, "tomar las leyes como algo dado": usted lo ha mencionado en varias ocasiones. El mismo enfoque podría ser útil para discutir qué leyes deberíamos tener. Puede ser útil. Por ejemplo, en un análisis costo-beneficio de determinados tipos de legislación, digamos, si las drogas deben ser ilegales o no. Tenemos un análisis costo-beneficio sobre si las drogas deben ser ilegales: Yo lo he hecho, y mucha otra gente también. Se analizan tipos de consideraciones similares: ¿Cuál es el beneficio de tener

¹⁸ Foucault, *Birth of Biopolitics*, p. 252; Foucault, *Naissance de la biopolitique*, p. 258

¹⁹ *Ibidem*, pp. 252-253; edición francesa, p. 258.

una ley? ¿Qué efecto tiene sobre el consumo de drogas? ¿Cuál es el costo de hacerlo? ¿Vale la pena tener esta ley cuando hay otras alternativas, por ejemplo, gravar el consumo de drogas? Así que el mismo enfoque es una aproximación al derecho en general, estoy de acuerdo. Afirma que no intenta hacer eso porque hay que bajar a otras dimensiones, hay que evaluar de varias maneras lo que hace el derecho. Usted tiene, y usted puede así llevar a cabo ese análisis beneficio-costos, y gran parte de la evaluación de políticas públicas, sin importar el enfoque, realmente está haciendo eso implícitamente.

Bernard Harcourt: Sí. Pero no sólo leyes. Conductas, ¿no? Podríamos someter cualquier comportamiento a algún tipo de cálculo para determinar si el uso del castigo, la sanción estatal...

Gary Becker: Bueno, la sanción estatal significaría: "tenemos una ley contra este tipo de comportamiento". Eso es una sanción estatal. Y por lo tanto hay que preguntarse: "¿Es deseable o no tener esa ley?" Y luego hay que hacer un análisis de esta. No importa si se adopta este enfoque o cualquier otro.

Bernard Harcourt: La única diferencia sería el recurso civil frente a las sanciones penales. Así que lo que se criminalizaría serían aquellos comportamientos para los que, cuando se hace el análisis, si se impone una forma de castigo penal (en lugar de responsabilidad civil, compensación, etc.), sería más eficiente llevar ese comportamiento a un nivel en el que se minimicen los costos sociales o maximice el bienestar social, ¿correcto?

Gary Becker: Absolutamente. En mi ensayo, distingo entre derecho civil y derecho penal. Y tengo una definición que puede no gustar a la gente, según la cual el derecho penal se aplica a actividades o delitos para los que no se puede utilizar una multa como medida disuasoria, a diferencia de la violación civil. Si se puede utilizar una multa, entonces forma parte del derecho de daños o del derecho civil. Si no se puede, entonces se convierte en un delito. Así que, sí, creo que esa distinción se desprende del análisis. No hay que añadirla como una distinción separada.

Bernard Harcourt: Pero note cuánta regulación radical, cuánto análisis gubernamental del bienestar social habría si de hecho hiciéramos eso para cualquier comportamiento posible, incluyendo ser descortés, hablar demasiado...

Gary Becker: Bueno, podemos tener un principio general para un montón de cuestiones que cuando la eficiencia del gobierno es tan pobre, no queremos regular, y ésa es mi opinión. El gobierno empeora las cosas en muchos temas, en lugar de mejorarlas. Por ejemplo, la cuestión de la pena capital: usted dice: "Bueno, alguien tiene que adoptar un determinado enfoque y hacer todos estos cálculos". ¿Cuál es la alternativa? ¿Qué tipo de cálculos realizaría usted?

Bernard Harcourt: Bueno, un enfoque es, como usted dice, hacer un gran cálculo sobre si el uso de la pena capital es un uso eficiente de los recursos.

Gary Becker: Correcto. ¿Cuál es la alternativa?

Bernard Harcourt: Hay muchas alternativas. Por ejemplo, podríamos adoptar un principio deontológico. Se podría plantear el principio de no quitar la vida, entre otras alternativas.

Gary Becker: Pero entonces hay que analizar ese principio: "No quitamos la vida por esa razón, por esta otra, y aunque salvemos diez vidas no vamos a quitar esta vida". De acuerdo, usted puede querer hacer eso, pero usted todavía tiene que examinar, usted todavía tiene que investigar detrás de esa frase y darle algún sentido. Aún debe entrar en algún tipo de análisis de este tipo.



François Ewald es un filósofo francés. Asistente de Michel Foucault en la década de 1970, ha supervisado la publicación de gran parte del patrimonio literario de Foucault. El propio trabajo de Ewald ha aplicado la noción de gubernamentalidad de Foucault a una historia del estado del bienestar.

Bernard Harcourt: Bueno, no necesariamente hay que hacer un análisis de maximización del bienestar social de un principio deontológico, pero mi punto no es argumentar a favor de uno o de otro.

Mi objetivo era desarrollar una crítica interna de un enfoque de maximización del bienestar social para la pena de muerte. Quería argumentar que, de hecho, tenemos que hacer muchos cálculos, debemos hacer mucho más que averiguar el número de vidas que podemos salvar, porque incluso si salváramos cinco vidas, incluso si eso fuera cierto, si esos estudios fueran verdaderos, podría resultar que con la cantidad de dinero que se necesita para ejecutar a alguien, que es digamos, 2,5 millones dólares debido a los gastos judiciales y demás, podríamos salvar veinte vidas gracias a una mejor atención médica.

Gary Becker: Cualquier enfoque tiene que hacer algo así. A menos que usted quiera evitar el análisis y sustituirlo por una frase, como "No quitamos vidas". Eso es evitar el análisis. Si usted tiene que proporcionar un análisis hay que analizar esa frase, y preguntarse: "¿Por qué no quiero quitar una vida? ¿Cuáles son las consecuencias, en más y en menos?" Y si no se desea hacer esto, está evitando la pregunta, no se la está respondiendo.

Bernard Harcourt: Sí. Pero yo diría que desde su enfoque, que puede ser el correcto, uno no puede decir ex ante que está a favor de la pena de muerte. Eso es todo.

Gary Becker: Absolutamente. Eso es lo que he dicho. Creo que ... El documento ni siquiera adopta una posición sobre esto. Me podría convencer fácilmente de no aplicar la pena capital.

Bernard Harcourt: Y del mismo modo, todas las conductas también estarían sujetas a ese análisis.

Gary Becker: Bueno, hay un montón de incertidumbre sobre todo esto. Y un modelo establece varios conceptos. Ahora bien, para aplicar un modelo en la política real, hay que cuantificar estos contextos. Por eso he dicho que mi análisis ha estimulado mucha literatura que intenta cuantificar estos conceptos. ¿Cuál es el costo de hacer esto? ¿Qué grado de disuasión conlleva? Una tremenda literatura, una literatura controvertida. No son cosas que se descubran fácilmente. No estoy diciendo que uno pueda simplemente tomar el modelo y decir: "Bueno, queremos hacer esto y aquello". No, requiere varios juicios. Estoy dispuesto a hacer un juicio, todos tenemos que hacer juicios, pero para hacer juicios más fuertes tenemos que hacerlos desde una base.

Bernard Harcourt: Muy bien. Pero cuando usted dice, "por eso siempre he sido una persona que prefiere un gobierno pequeño", ¿De dónde surge eso? ¿En qué se basa esa afirmación?²⁰

Gary Becker: Proviene de la creencia de que el gobierno suele empeorar las cosas, en lugar de mejorarlas, para el grueso de la población. Es un análisis -puede ser un análisis equivocado, pero así es el análisis. Algunas personas pueden decir que no es cierto, que el gobierno es mejor que el sector privado para resolver muchos problemas.

Bernard Harcourt: Correcto, pero estoy tratando de entender... ¿Cómo llegó a esa conclusión? ¿Es una conclusión basada en evidencias?

Gary Becker: Así lo creo, pero no es una conclusión que esté probada al cien por ciento, de modo que otra persona no pueda tener una conclusión diferente. ¿Por qué la gente discrepa sobre diferentes políticas públicas? Creo que la mayor parte de las diferencias entre las personas en materia de política pública no se debe a que sus valores sean diferentes de los míos, sino a que tenemos evaluaciones diferentes de las consecuencias de distintos tipos de conductas. Por lo tanto, se trata de un juicio diferente sobre magnitudes.

Cuando digo que soy una persona que prefiere un gobierno pequeño, estoy haciendo el juicio de que cualquiera que sea la imperfección cuando opera el sector privado, los efectos son peores cuando veo al gobierno operando. Ahora bien, otras personas pueden decir que la evidencia de eso no es tan clara, que en otros ámbitos es diferente. Lo reconozco. Pero en eso se basaría.

Bernard Harcourt: Bueno, pero sólo para volver a Foucault, y dejar que François Ewald tenga la última palabra...

Gary Becker: ¡Sí, François, usted debería decir algo!

²⁰ Cf. Harcourt, *The Illusion of Free Markets*, p. 40.

Bernard Harcourt: ... Tengo la sensación de que lo que Foucault argumenta -y esto será para la próxima sesión porque aparece en la tercera y última conferencia sobre el neoliberalismo americano...

Gary Becker: La gente dice que no hay un buen segundo acto, ¡ahora vamos a tener un tercero!

Bernard Harcourt: Tengo la sensación de que lo que Foucault está argumentando es que, de alguna manera, incrustada en la teoría de la subjetividad que forma parte de su artículo de 1968, y que difiere de la perspectiva francesa sobre la soberanía, que de alguna manera incrustada en su noción de subjetividad está la conclusión de que, en sus palabras, "soy una persona de gobierno pequeño".

Gary Becker: Por cierto, esto no se deriva necesariamente de mi ensayo. Usted puede leer mi ensayo, creer en el ensayo, y decir que soy una persona de gran gobierno porque hay herramientas... quiero decir hay otros tipos de lecturas. Supongo que Foucault se consideraba socialista.

François Ewald: ¡Socialista, no! En la izquierda.

Gary Becker: Pero bueno, ¿Qué significa Izquierda? En términos del rol del gobierno, digamos que Izquierda suele significar un gobierno más grande.

François Ewald: En ese momento, Foucault estaba en busca de un nuevo tipo de gubernamentalidad. Fue la búsqueda de nuevas posibilidades en política lo que motivó su trabajo sobre gubernamentalidad.

Bernard Harcourt: De hecho, lo que Foucault dice explícitamente en estas conferencias es que el socialismo carece de una teoría de la gubernamentalidad.²¹ Y así, en cierta medida, lo que está haciendo cuando está sondeando su pensamiento es tratar de explorar formas de gubernamentalidad, en particular la forma de gubernamentalidad neoliberal.

Gary Becker: Sí, bueno, al sondear eso -no conozco lo suficiente a Foucault para saber en qué termina- hay que hacer alguna evaluación. ¿El gobierno va a hacer X o Y? Lo planteo en términos pragmáticos porque estas son las cuestiones que solemos tratar. ¿Cuál debe ser el papel de la política sanitaria del gobierno? Eso requiere un análisis. No me importan las conclusiones a las que se llegue, si se dice que el gobierno debe controlar los precios o no... Hay que hacer un análisis de ese problema.

Y cuando digo que soy partidario de un gobierno pequeño, no quiero decir que no deba haber gobierno. El gobierno es crucial para el funcionamiento de cualquier sociedad. Pero en muchas de estas políticas, mi opinión -y la evidencia es limitada en muchas de

²¹ Foucault, *Naissance de la biopolitique*, p. 93 ; Foucault, *Birth of Biopolitics*, p. 92-94. [N. del T. Véase M. Foucault, [La Gubernamentalidad](#), en *Estética, ética y hermenéutica*, (1978). Barcelona, Paidós, 1999.]

estas áreas- es que la intervención sólo empeora las cosas. Y no veo cómo se podrían resolver estas cuestiones... En mi opinión, la cuestión crucial, si se quiere resolver estos problemas, es que hay que hacer algún análisis, y un análisis va a llevarnos por el camino de considerar algunos costos y beneficios. Ahora bien, la gente puede tener diferentes costos y beneficios, y diferentes evaluaciones. Pueden valorar la libertad y que la gente no sea coaccionada por el gobierno, cosas así. Y la mía es sólo una forma particular de ese tipo de análisis.

Bernard Harcourt: Así que voy a dar la última palabra a François Ewald para cerrar esta discusión. Pero mientras usted piensa en su última palabra, François, sólo diré que desde la perspectiva de una crítica interna, todo lo que usted dice lo puedo comprar dentro del sistema, excepto hacer cualquier tipo de afirmación sobre ser una persona partidaria de un gobierno pequeño o no. Simplemente está sujeto a una especie de complicado cálculo que tenemos que hacer en cada caso, y no sé cuál es el resultado de antemano.

Gary Becker: No estoy en desacuerdo. Se necesita ese cálculo, y en muchas áreas no tenemos suficiente evidencia para hacer ese cálculo con confianza. Así que uno está haciendo un juicio cuando dice que cree que el gobierno debe ampliarse o reducirse; está haciendo un juicio ante un conocimiento e información muy imperfectos sobre cómo serán los resultados. No es un juicio basado en la certeza. El marco -y voy a subrayar esto- del ensayo que escribí sobre delito y castigo podría ser fácilmente utilizado por personas que piensen que el gobierno deba dominar la economía. No hay nada allí que dicte la conclusión de que uno deba ser una persona partidaria de un gobierno pequeño.

Bernard Harcourt: Pues bien, excepto por el hecho de que usted limita la definición de delito al código penal. En efecto, usted está poniendo entre paréntesis el espacio dentro del cual vamos a explorar la intervención gubernamental, y luego, dentro de ese espacio limitado, lo pone aún más entre paréntesis al decidir lo que no está regulado eficientemente por el derecho penal.

Creo que usted querría decir -usted, Gary Becker- si pudiera reescribir ahora el ensayo: "El mismo análisis económico se aplica a todos los comportamientos. Francamente, no puedo decirle cuál será el resultado. No puedo decirle si soy una persona partidaria de un gobierno grande o pequeño. Hay que hacer el trabajo".

Gary Becker: Bueno, usted diría que este marco particular no lo lleva a ninguna conclusión sobre si es una persona partidaria de un gobierno grande o pequeño. Usted necesitaría otro tipo de evidencia para determinar eso. Pero ya dije algo así en su momento...

Bernard Harcourt: ¡Bien, lo leeremos también para el próximo seminario! ¿François?

François Ewald: Creo que la discusión ha abordado dos aspectos de su análisis. El primero tiene que ver con el análisis económico como crítica de un tipo específico de

política pública. Creo que, en este sentido, no hay ningún problema. Y sin embargo, al mismo tiempo, y después de su trabajo, la gente trató de establecer nuevas formas de castigo, apoyándose en el lado normativo más que en el crítico de su trabajo. El lado en el que usted trata de reconstruir, de concebir un nuevo tipo de arte del castigo. Pero ambos lados están integrados en su obra.

Usted fue útil para Foucault por su visión crítica. Y le dio la idea de que puede ser posible hacer una crítica de la gubernamentalidad que sea interna a un sistema. Es decir, es usted un positivista. Usted toma un conjunto de leyes y se pregunta si son eficaces, óptimas. Y nos ofrece respuestas. Para ello, usted construye un conjunto específico de herramientas, un *dispositivo* de análisis económico.

La cuestión principal viene con la dimensión normativa de su trabajo: es ahí donde entra en competencia con otros enfoques. Por ejemplo, uno moral, con respecto a la disuasión, especialmente si se es kantiano. Kant dice que la principal norma moral es que está prohibido tratar al hombre como un medio, siempre hay que tratar al hombre como un fin. Entonces, ¿Qué hay de la disuasión? Con la disuasión como táctica de castigo, se castiga a una persona para proteger y disuadir a otras personas. Esto lo toma a uno como un medio para otro fin. En este punto, se entra en la dimensión normativa y se compite con otros puntos de vista normativos. Y se puede volver a plantear la pregunta sobre la eficacia de estas otras dimensiones. En efecto. Pero esa no es la única forma de compararlas.

Mi segunda observación es que nuestro problema, el principal problema sobre el castigo, ¿Cuál es? No es la maldad de los hombres, sino la falta de información. Sólo se puede observar el crimen después de que haya sido cometido. Y creo que la dificultad con el castigo, si se le da el cometido de disuadir el crimen futuro es que esta herramienta, o sea, utilizar el castigo para hacerlo, es inmensamente difícil. El sueño -o el horror- sería la capacidad de evitar el delito antes de que se produzca. Nos enfrentamos a una carencia de información. Esta última observación pone de manifiesto una gran dificultad porque implicaría que para construir una política de castigo eficaz, tenemos que conocerlo todo. Y eso es, para usted, imposible.

Bernard Harcourt: Gracias François. Gracias Gary.