



# DERECHO, DISCURSO Y PODER

*Tres ensayos sobre relación entre el  
derecho y el poder político*

Yezid Carrillo de la Rosa



DERECHO, DISCURSO Y PODER

UNIVERSIDAD LIBRE SEDE CARTAGENA

CENTRO DE INVESTIGACIONES

Grupo de Investigación  
Problemas y paradigmas en el Derecho

**Yezid Carrillo de la Rosa**



©UNIVERSIDAD LIBRE SEDE CARTAGENA

ISBN: 978-958-8621-06-7

Primera Edición, 2009

América del Sur

Teléfonos: 661147- 6561379

Editorial Universidad Libre Sede Cartagena

**Comité editorial**

Zilath Romero González

Tatiana Díaz Ricardo

Carlos Cortes Mattos

Adolfo Carbal Herrera

Diagramación: Martha Benítez

Correos electrónicos de contacto:

[investigaciones.unilibre@gmail.com](mailto:investigaciones.unilibre@gmail.com)

[tatiana.diaz@unilibrectg.edu.co](mailto:tatiana.diaz@unilibrectg.edu.co)

Se permite la reproducción total y parcial por cualquier medio siempre y cuando se citen debidamente la fuente, los autores y las instituciones. La Universidad Libre Sede Cartagena no se hace responsable por los contenidos, posibles errores u omisiones. Los contenidos son responsabilidad exclusiva de sus autores

**UNIVERSIDAD LIBRE**  
**DIRECTIVOS NACIONALES 2009**

**Presidente**

Luis Francisco Sierra Reyes

**Rector**

Nicolás Enrique Zuleta Hincapié

**Censor**

Edgar Sandoval Romero

**Decano Facultad de Derecho**

Jesús Hernando Alvarez Mora

**Decano Facultad de Contaduría**

Clara Inés Camacho

**DIRECTIVOS SECCIONALES 2009**

**Presidente Delegado Rector**

Rafael Ballestas Morales

**Vicerrector Académico**

Carlos Gustavo Méndez Rodríguez

**Secretario General**

Luis María Rangel Sepúlveda

**Director Administrativo y Financiero**

Lucy Castilla Bravo

**Directora de la Facultad de Ciencias Económicas, Administrativas y Contables**

María Cristina Bustillo Castillejo

**Decano de Extensión de Derecho**

Narciso Castro Yanes

**Decano de Extensión de Contaduría Pública**

Gustavo Arrieta Vásquez

**Directora Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación**

Tulia del Carmen Barrozo Osorio

**Coordinadora de Postgrados**

Beatriz Tovar Carrasquilla

**Directora Centro de Investigaciones**

Tatiana Díaz Ricardo

**Secretaria Académica**

Eline Palomino Riher

La publicación de los artículos está sujeta a los criterios del Comité editorial y la evaluación de los pares científicos. Las opiniones expresadas por los autores son independientes y no comprometen a la Universidad Libre Sede Cartagena. Se respeta la libertad de expresión.

Universidad Libre. Dirección: Pie de la Popa Calle. Real No. 20-177 Cartagena de Indias. Colombia. América del Sur

# **DERECHO, DISCURSO Y PODER**

*Tres ensayos sobre relación entre el derecho y el poder político*

Sobre el Autor

## **YEZID CARRILLO DE LA ROSA**

**Profesor de Filosofía del derecho y Teoría de la Argumentación Jurídica de la Universidad de Cartagena. Director del grupo de Filosofía del derecho y derecho internacional de la U. de Cartagena. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Licenciado en Filosofía y Letras de la Universidad Santo Tomas de Bogotá. Candidato a Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Ética y Filosofía Política de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia**

# INDICE

## INTRODUCCION

## ENSAYO I 15

## DERECHO, DISCURSO Y PODER EN LA CONFRONTACION SOFISTICO SOCRATICA

### 1. LA *POLIS* Y LA *DYKÉ* EN LA FORMACIÓN ESPIRITUAL DEL MUNDO GRIEGO. 15

|   |    |
|---|----|
| Los dos modelos de estado griego              | 15 |
| La <i>diké</i> y el ideal antiguo de justicia | 17 |
| La polis y la lucha por la justicia           | 20 |
| La leyes de la polis y la libertad individual | 22 |
| Legalidad política y la legalidad natural     | 23 |

### 2. LA IDEA DE LEY JUSTICIA Y NATURALEZA EN LOS SOFISTAS 25

|                                     |    |
|-------------------------------------|----|
| Los sofistas y el arte del discurso | 25 |
| Nomos y Physis: norma y naturaleza  | 25 |
| La idea de lo justo y natural       | 27 |

### 3. DERECHO, DISCURSO Y PODER EN LA CONFRONTACIÓN SOFISTICO-SOCRÁTICA 28

|   |    |
|---|----|
| <i>Diké</i> y <i>dikaiosyne</i>                           | 28 |
| El ambiente intelectual de la disputa sofistico-socrática | 30 |
| La discusión en torno del discurso y el poder             | 31 |
| El discurso como poder ilimitado                          | 31 |
| El poder como un bien moral para quien lo posee           | 33 |
| Los límites éticos en el ejercicio del poder              | 35 |
| Sócrates y Callicles: el derecho del mas fuerte           | 36 |

### 4. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES 37

|  |    |
|--|----|
| La injusticia es producto de la ignorancia             | 37 |
| La disputa en torno a la idea de lo justo y lo natural | 38 |
| Relativismo y convencionalismo legal                   | 39 |
| Limite o control racional en el ejercicio del poder    | 40 |

## **ENSAYO II**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>DERECHO, DISCURSO Y PODER EN LA OBRA DE MICHEL FOUCAULT</b> | <b>43</b> |
| <b>I. EI PROYECTO ARQUEOLOGIA Y GENEALOGICO DE FOUCAULT</b>    | <b>43</b> |
| 1. UN PENSADOR INACTUAL  | 43        |
| Foucault: el filósofo  | 44        |
| Voluntad de vida y voluntad de conocimiento                    | 45        |
| 2. EL PROYECTO CRITICO   | 47        |
| La actitud crítica frente a las artes de gobierno              | 47        |
| Ilustración y crítica  | 48        |
| La crítica a la racionalidad científica                        | 49        |
| Kant y la crítica del presente                                 | 50        |
| La tarea crítica de Foucault                                   | 52        |
| Nietzsche: una filosofía de la sospecha                        | 54        |
| El análisis contrahistórico                                    | 55        |
| La pluralidad de racionalidades                                | 56        |
| Foucault y la crítica del sujeto                               | 57        |
| 3. LA ARQUEOLOGIA DEL SABER                                    | 59        |
| Arqueología y discurso   | 59        |
| Arqueología y análisis histórico                               | 61        |
| Arqueología y episteme   | 62        |
| 4. LA GENEALOGIA DEL PODER                                     | 63        |
| La genealogía y la crítica al origen                           | 63        |
| Genealogía: invención y ruptura                                | 65        |
| El azar y la lucha   | 66        |
| <b>II. LA VERDAD Y LAS FORMAS JURÍDICAS</b>                    | <b>69</b> |
| 1. LA PRACTICA JUDICIAL GRIEGA Y LA FORMACIÓN DE LA VERDAD     | 71        |
| La verdad como resultado de una prueba o juego                 | 71        |
| La verdad como recuerdo o testimonio                           | 71        |
| 2. EDIPO Y LA PROBLEMÁTICA DELSABER Y EL PODER                 | 72        |

|   |           |
|---|-----------|
| 3. DERECHO FEUDAL Y LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES   | 75        |
| El derecho germánico y el sistema de la prueba  | 75        |
| El derecho germánico y derecho griego arcaico   | 75        |
| El derecho: una manera reglamentada de hacer la guerra                                    | 76        |
| El sistema de pruebas germánico no probaba la verdad sino el peso o la importancia social | 78        |
| Características del sistema judicial feudal de la prueba                                  | 78        |
| Derecho feudal: guerra, litigio y circulación de bienes                                   | 79        |
| Poder judicial y poder político   |           |
| 4. EL NACIMIENTO DE LA INDAGACION   | 81        |
| Características del nuevo modelo de la justicia   | 81        |
| Modelos de búsqueda de la verdad  | 82        |
| Características de la indagación  | 84        |
| 5. PANOPTISMO Y SOCIEDAD DISCIPLINARIA  | 85        |
| Las transformaciones del sistema penal moderno  | 86        |
| Las nuevas formas de penalidad y castigo  | 86        |
| El poder panóptico la sociedad disciplinaria  | 88        |
| <b>III. CONSIDERACIONES FINALES</b>   | <b>89</b> |
| 1. EL DERECHO: UN DISCURSO ESTRATÉGICO DE PODER   | 89        |
| 2. UN ANÁLISIS CONTRA-HISTÓRICO DEL DERECHO Y EL PODER                                    | 90        |
| <b>ENSAYO III</b>   | <b>89</b> |
| <b>DERECHO, DISCURSO Y PODER EN LA HISTORIA<br/>CONSTITUCIONAL DE OCCIDENTE</b>           | <b>89</b> |
| <b>I. LAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES Y DEMOCRATICAS EN<br/>LA MODERNIDAD</b>            | <b>97</b> |
| 1. EL MODELO CONSTITUCIONAL INGLES  | 97        |
| La constitución o gobierno mixto medieval   | 97        |
| De la Carta magna a The Bill of Right   | 98        |
| La petición de derecho  | 101       |
| La supremacía del parlamentaria   | 102       |

|   |            |
|---|------------|
| 2. EL MODELO NORTEAMERICANO   | 103        |
| El miedo a la tiranía facciosa  | 103        |
| La convención de Filadelfia: la democracia madisoniana                  | 104        |
| El federalista y el modelo republicano                                  | 105        |
| Los límites frente al poder de la tiranía facciosa                      | 105        |
| La distinción entre la democracia y la republica                        | 107        |
| La separación de poderes  | 107        |
| La constitución escrita y control constitucional                        | 107        |
| <br>  |            |
| 3. EL MODELO DEMOCRÁTICO FRANCÉS.                                       | 108        |
| <br>  |            |
| 3.1. La idea de constitución: el gobierno de las leyes                  | 108        |
| 3.2. La noción de Soberanía   | 109        |
| 3.3. El control político al órgano legislativo                          | 111        |
| <br>  |            |
| <b>II . DEMOCRACIA, CONSTITUCIÓN Y EJERCICIO DEL PODER<br/>POLÍTICO</b> | <b>111</b> |
| <br>  |            |
| 1. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL   | 111        |
| <br>  |            |
| 2. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN  | 113        |
| <br>  |            |
| 3. LA IDEA DE SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN                             | 116        |
| <br>  |            |
| <b>III EN DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991</b>               | <b>118</b> |
| <br>  |            |
| 1. IMAGINARIO CULTURAL, EJERCICIO DEL PODER Y<br>CONSTITUCIÓN           | 118        |
| <br>  |            |
| 2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS LÍMITES RACIONALES<br>DEL PODER     | 120        |

## INTRODUCCION

Una pregunta cuestiona y atraviesa la integridad de las tres indagaciones o ensayos que presentamos a continuación ¿es el derecho un discurso estratégico o una forma de control racional frente al ejercicio del poder político?

Por mucho tiempo se ha pensado que el derecho existe como una entidad concreta y específica que tiene una esencia racional, la que le es dada en forma definitiva al sujeto de conocimiento. De estas tesis son deudoras tanto las teorías del derecho natural en sus diversas versiones (antiguo, teológico o racional o contemporáneo)<sup>1</sup> como las teorías positivistas sobre el derecho. Si bien reconocemos la importancia de estas aproximaciones al fenómeno jurídico, queremos señalar la necesidad de ver en éste, con miras a una comprensión integral y compleja, un acontecimiento no solo conceptual y teórico, sino también social y político.

La presente investigación parte de la idea de que el derecho es en si mismo una práctica discursiva, un texto abierto que se desconstruye y reconstruye a partir de una multiplicidad de discursos en donde no sólo participan los teóricos y

---

<sup>1</sup> Estoy haciendo un uso extensivo de la noción de Teorías del derecho natural y en ellas incluyo las tendencias contemporáneas que admiten la existencias de un nexo conceptual entre el derecho y la moral.

académicos que proponen un saber académico y riguroso con pretensiones epistemológicas definidas, sino también los poderes del Estado con sus asesores, estudiosos de la filosofía moral y política, sociólogos, economistas, ONG, estamentos de la sociedad civil y políticos que son atravesados por relaciones de poder y de fuerza.

Lo anterior sugiere que la práctica discursiva jurídica es esencialmente un discurso plural, no sometido a una única forma de racionalidad, que la haría cada vez más transparente y perfectible, sino más bien un conjunto de discursos atravesados por relaciones de poder, y por una pluralidad de racionalidades que defienden valores y creencias.

Nuestro trabajo pretende, realizar un análisis de la práctica discursiva del derecho, teniendo como marco de referencia la disputa sofístico socrática, el análisis arqueológico y genealógico de Michel Foucault y la practica constitucional en occidente tal y como se desarrollo en occidente para mostrar las articulaciones que históricamente se han dado entre el derecho, el discurso y el poder

Estos ensayos tienen en común, que responden a una misma preocupación : la de analizar el derecho articulado a las relaciones de poder y específicamente de la política. Ahora bien, no se trata de mostrar que el derecho es un puro fenómeno de fuerza irracional, la idea que atraviesa de cabo a rabo los tres trabajos, es la de que en la producción e imposición del derecho y de las reglas jurídicas, el poder no puede ser desconocido. Que en el derecho existe un margen

de confrontación por la imposición de una imagen de mundo y de intereses sociales, y que es en esa lucha donde se define la forma jurídica.

La investigación se propuso indagar a partir de la disputa sofístico-socrática, la propuesta arqueológica y genealógica de Michel Foucault la historia y la historia político-constitucional (la democracia inglesa, la francesa y la norteamericana), las prácticas y los discursos jurídicos, y la forma como éstos y éstas se han articulado al ejercicio del poder. Defiende por tanto la tesis de que el derecho es un fenómeno atravesado por las relaciones de poder que se materializa a través de unas prácticas, instituciones y discursos que definen el Régimen de su enunciabilidad.

En el primer ensayo se señala ya como desde la antigüedad los sofistas advertían la relación entre el derecho y el poder. Sócrates defendía la necesidad de establecer un límite ético al poder político; los sofistas por el contrario, observan que las relaciones entre los hombres no sólo no son armoniosa, sino mas bien asimetría y que era en este desequilibrio en donde se decidía y se establecía lo que debía ser justo o no. Nietzsche y Freud son deudores de esta perspectiva de análisis, lo mismo que Foucault.

Los análisis de Foucault muestran, que el derecho en occidente no ha estado desligado de las relaciones de fuerza y de poder, y aunque nos hemos acostumbrado a pensar que el derecho hace sus progresos ha partir de una racionalidad interna, desligado de la política, éste más bien ha constituido una estrategia discursiva que ha permitido o facilitado el ejercicio del poder u la

imposición de una imagen del mundo. No sólo la obra de Foucault, al revisar nuestra historia constitucional en occidente, nos damos cuenta que el surgimiento de los derechos y las libertades civiles en las democracias occidentales, no ha sido producto de la razón sino de la lucha y de las guerras.

En el anterior sentido, el tercer ensayo quiere preguntarse por la democracia y el control racional al ejercicio del poder político, por ello nos preguntamos ¿El derecho en occidente debe entenderse cómo un discurso estratégico o como control racional al ejercicio del poder? Nuestra respuesta va ser que como bien lo ha señalado Foucault, La historia constitucional y política es la lucha por el derecho y las libertades, y que esta lucha nos revela que no es posible pensar la democracia moderna, sin las ideas de constitución y de control racional al ejercicio del poder, y que por tanto, no es permitido discutir la encrucijada actual moderna sin ese marco de referencia conceptual.

Finalmente, por los temas tratados, esta investigación puede interesar y serle útil a los estudiantes de derecho en su proceso de formación como profesionales del derecho y a los investigadores en sociología jurídica, filosofía del derecho, filosofía moral y política y teoría constitucional.

# ENSAYO I

## DERECHO, DISCURSO Y PODER EN LA CONFRONTACION SOFISTICO-SOCRATICA

El presente escrito quiere proponer un nexo teórico entre las nociones de ley, justicia y poder. Nociones estas que se hallan presentes en la historia humana, pero que emergen como categorías del pensamiento racional de la Grecia antigua: en un principio, articulada a las formas míticas y poéticas de personajes históricos como Homero, Hesíodo, Tirteo, Arquíloco, Solón y otros; posteriormente, en forma autónoma, como patrimonio de un discurso consciente de la filosofía griega, que nos parece, tiene su punto de partida en la confrontación sofístico – socrática.

### 1. LA *POLIS* Y LA *DYKÉ* EN LA FORMACIÓN ESPIRITUAL DEL MUNDO GRIEGO.

La polis - según Jaeger<sup>2</sup>- representó para la cultura clásica griega, un principio ordenador de todas las actividades espirituales, creativas y prácticas de la vida

---

<sup>2</sup> Para este primer apartado vamos a tomar como referencia el texto de Werner Jaeger: *Paideia*, Libro primero, “La Primera Grecia” pp. 19 –220; para el segundo apartado tomaremos el libro Segundo, “Culminación y Crisis del Espíritu Ático”, específicamente el capítulo dedicado a los Sofistas pp.263 – 302. Fondo de Cultura Económica. México. 1994. Por ello puede verse el presente apartado como comentarios de pie de página de la obra del autor citado.

individual y social.<sup>3</sup> De ella, según Platón, tenemos dos formas esenciales de ciudad - estado que acaso encarnarían las expresiones más significativas de la cultura política de entonces: el espartano y el jónico.

### **1.1. Los dos modelos de estado griego**

De la polis espartana tenemos la información que nos ha sido legada por los poemas de Tirteo, Jenofonte, Aristóteles y Platón, fundamentalmente, quienes transmiten una imagen guerrera y militarista de la comunidad espartana, de un pueblo que vivía en constante campamento militar y cuya virtud más alta era el amor a su ciudad, a su polis; virtud que se materializaba en la disposición del héroe a morir por su patria.<sup>4</sup> El estado espartano simboliza el ideal de una comunidad política que no es sólo una estructura administrativa y política, sino un espacio que le da sentido a todos los aspectos de la vida del ciudadano.

El otro gran modelo de polis fue el estado jónico. Éste tiene una incidencia decisiva en el desarrollo de la conciencia ética, política y jurídica del hombre

---

<sup>3</sup> “La polis es el centro dominante a partir del cual se organiza históricamente el período más importante de la evolución griega. Se halla, por tanto, en el centro de toda consideración histórica. (...) Sólo en la polis es posible hallar aquello que abraza todas las esferas de la vida espiritual y humana y determina de un modo decisivo la forma de su construcción. Todas las ramas de la actividad espiritual, en el período primitivo de la cultura griega, brotan inmediatamente de la raíz unitaria de la vida en comunidad. (...) La polis es el marco social para la historia de la cultura helénica. En él hemos de situar todas las obras de la “literatura” hasta el fin del período ático”. (Jaeger. (Op. Cit. Pág. 86-87)

<sup>4</sup> “Pero aquel que cae entre los luchadores y pierde la vida tan querida, cubre de gloria a su ciudad, a sus conciudadanos y a su padre, y atravesado el pecho, el escudo y la armadura, es llorado por todos, jóvenes y viejos; su doloroso recuerdo llena la ciudad entera y su tumba y sus hijos son honrados entre los hombres y los hijos de sus hijos y todo su linaje; jamás se extingue el honor de su nombre y aun cuando yazga bajo la tierra, se hace inmortal”. ( Tirteo. Citado por Jaeger. Op. Cit. Pág. 97)

griego, y constituye un estadio inicial en el proceso de formación del estado jurídico ático. Sin embargo, según Jaeger, si bien en Jonia se debe buscar el origen de las nuevas ideas políticas, no puede afirmarse que el estado allí tuviera el significado y la fuerza cultural y pedagógica que tuvo en Esparta.<sup>5</sup>

En los siglos VIII al VI antes de nuestra era, Jonia llevó a cabo decisivas contribuciones al arte y la literatura griega, y en particular al pensamiento. No en vano la escuela jónica es considerada la cuna de la filosofía occidental. Ello permitió el surgimiento de una nueva forma de estar en la polis, en donde aparece la crítica como un elemento primordial de la filosofía y la poesía, y dentro de ésta, la valoración por el derecho como sinónimo de justicia.<sup>6</sup>

## 1.2. La *diké* y el ideal antiguo de justicia

Hasta entonces, toda manifestación del derecho estaba en manos de los nobles que administraban justicia conforme a la tradición, sin referencia alguna a regla o

---

<sup>5</sup> “Pero el estado no es nunca para ello el último fin, como en Esparta y Atenas. El papel de los jonios en el desarrollo de la historia del espíritu griego ha sido el de libertar las fuerzas individuales, aun en el campo político. Pero los estados coloniales de Jonia no poseyeron la aptitud de organizar estas nuevas fuerzas y de reformarse mediante ellas. Sin embargo, allí penetraron por primera vez las ideas políticas cuyo impulso fructífero dio lugar a la nueva organización del estado en las ciudades de la metrópoli.” (Jaeger. Op. Cit. pp. 103)

<sup>6</sup> “Pero la serie de testimonios que ensalzan la justicia como fundamento de la sociedad humana, se extiende en la literatura jonia, desde los tiempos primitivos de la epopeya a través de Arquíloco y Anaximandro, hasta Heráclito. Esta alta estimación del derecho por los poetas y los filósofos no precede a la realidad tal y como es posible pensarla. Es, por el contrario, tan sólo el reflejo de la importancia fundamental que debieron de tener aquellos estímulos en la vida pública de aquellos tiempos...” (Jaeger. Op. Cit. pp.105)

ley escrita (*Themis*<sup>7</sup>) Sin embargo, cuando ciudadanos libres ajenos a la nobleza experimentaron el abuso político de la magistratura, se exigió la creación de leyes escritas (*dyké*). En boca de Hesíodo<sup>8</sup> la palabra *dyké*<sup>9</sup> se convierte en el ideal de lucha contra el poder injusto. La legislación escrita representó un avance en la medida en que el derecho escrito significaba la igualdad para todos frente a la administración de la justicia.

Según Jaeger, originariamente la *dyké* hace referencia al proceso judicial y por ello su etimología hunde sus raíces en el lenguaje procesal, en el que las partes en litigio “dan y toman *dyké*”; puede significar al mismo tiempo el proceso, el juicio y la pena. Posteriormente viene a significar lo que a cada cual es debido y

---

<sup>7</sup> Homero utiliza la palabra *Themis* para hacer referencia al derecho, según este Zeus regala a los reyes el cetro y *Themis*, el poder y el derecho. “Themis es el compendio de la alteza caballeresca de los primitivos reyes y señores nobles. Etimológicamente significa ‘ley’. Los caballeros de los tiempos patriarcales decían el derecho de acuerdo con la ley proveniente de Zeus, cuyas normas creaban libremente según la tradición del derecho consuetudinario y su propio entender y saber.” (Jaeger. Op. Cit. pp. 106)

<sup>8</sup> Con ocasión del poema “Los trabajos y los días” en el que se relata el pleito que sostiene con su hermano Perses - quien después de haber administrado mal su herencia pretende, sobornando a los magistrados, arrebatarle a él su parte- Hesíodo muestra la lucha entre el poder y el derecho, entre el abuso político de la magistratura y la *Dyké*. (Diosa hija de Zeus y Temis) “En Hesíodo se introduce por primera vez el ideal que sirve de cristalización de todos estos elementos y adquiere una elaboración poética en forma de epopeya: la idea del derecho. En torno a la lucha por el propio derecho, contra las usurpaciones de su hermano y la venalidad de los nobles, se despliega en el más personal de los poemas, *los Erga*, una fe apasionada en el derecho” (Jaeger. Op. Cit. pp.71)

<sup>9</sup> La referencia más antigua que se encuentra sobre la etimología de “*dyké*” la hallaron en Homero y Hesíodo. En su sentido originario, *dyké* es el orden normal de los acontecimientos, primeramente estaba referido al “orden social” regido por el hábito, luego también se entendió además, como sentencia que endereza lo torcido. Para Homero la “*dyké* (*Themis*)” recibe la sanción de los dioses, en Hesíodo, aparece ya como una garantía de Zeus frente a la justicia que provenía de la mano de los nobles, se desliga así de su carácter originario de “costumbre o norma” contenido en él por la palabra “nomos”. Como ya se ha señalado, hasta entonces, toda manifestación del derecho estaba dada por los nobles que administraban justicia conforme a la tradición, sin referencia alguna a regla o ley escrita. Son los conflictos entre los nobles y los ciudadanos libres, el excesivo enriquecimiento y el abuso político de la magistratura los que llevan a la necesidad de leyes escritas. “El derecho escrito equivalía al derecho igual para todos, altos y bajos. Ahora, como antes, pueden seguir siendo jueces los nobles y no los hombres del pueblo. Pero en lo futuro se hallan sujetos en sus juicios, a las normas fijas de la *dyké*”. (Jaeger Op. Cit. Pág. 106)

puede exigirse y al mismo tiempo es el principio que garantiza esa exigencia, principio que englobaría la justicia y la igualdad. Mientras *Themis* hace referencia a la validez del derecho, lo que hoy entendemos como legalidad, *dyké* señala el cumplimiento de la justicia y de la igualdad<sup>10</sup>, esto es, la legitimidad del derecho.<sup>11</sup>

La referencia de la *dyké* a la igualdad en la vida pública para entonces era ambigua e imprecisa, podía significar: (i) igualdad de los que no tenían derechos iguales, esto es, de los ciudadanos ajenos a la nobleza ante el juez o la ley; b) podía entenderse también como la posibilidad de participación del ciudadano común en la administración de justicia; c) la igualdad constitucional de votos de todos los individuos en los asuntos del estado; d) finalmente, la igualdad de participación de todos los ciudadanos a ocupar los puestos dirigentes que por aquella época estaban en manos de la aristocracia.

Es precisamente esta referencia, ambigua y vaga de la *dyké* a la igualdad, la que facilitó su utilización en el escenario político durante los siglos posteriores y conduciría a la instauración de la democracia. El estado jónico, va a hallar en la búsqueda del derecho y la justicia un ideal de belleza y de virtud a la cual aspirar,

---

<sup>10</sup> "Para los tiempos antiguos, la exigencia de un derecho igual constituyó el fin mas alto. Proporcionó una medida para juzgar en las pequeñas disputas sobre lo mío y lo tuyo y atribuir a cada cual lo suyo. Aquí se repite, en la esfera jurídica, el mismo problema que hallamos, en el mismo tiempo, en la esfera económica y que condujo a la fijación de normas de peso y medida para el intercambio de bienes. Se buscaba una 'medida' justa para la atribución del derecho y se halló en la exigencia de igualdad implícita en el concepto de la *dyké*." ( Jaeger Op. Cit. pp. 107)

<sup>11</sup> "Así se comprende que en un tiempo de lucha por la aspiración al derecho de una clase, que hasta entonces había recibido el derecho sólo como *themis*, es decir, como una ley autoritaria, la palabra *dyké* se convirtiera necesariamente en bandera. La apelación a la *dyké* se hizo cada día más frecuente, más apasionada y más apremiante. (Jaeger Op. Cit. pp. 107)

que engloba además, el ideal espartano de la virtud general ciudadana y el valor guerrero y caballeresco del héroe de Homero.<sup>12</sup>

### **1.3. La polis y la lucha por el ideal de justicia**

Desde la aparición de la polis, la ciudad-estado se convirtió en una fuerza que cohesionaba la vida y cotidianidad del mundo griego antiguo; la polis se asimilaba a un organismo espiritual que dominaba la totalidad de la existencia de la comunidad y del ciudadano, de allí la importancia que tenía para cualquier griego presentarse no sólo con su nombre y el de su padre, sino además con el de su ciudad, lo que denotaba su pertenencia a una polis determinada. La polis se impone e imprime sus sellos al individuo, y el valor de éste, se mide en relación con el bien o mal del que provee a la polis.

La lucha por la ley y la justicia redefine los lazos originarios del individuo con la polis, hace surgir no sólo un nuevo sujeto, el ciudadano, sino también un nuevo régimen del discurso sobre la virtud y la excelencia humana en el que se centralizan y cohesionan todas las fuerzas e impulsos sociales.

---

<sup>12</sup> “El concepto de justicia, considerada como la forma de la Areté [ideal de belleza y de virtud al que aspiró todo griego dentro de la polis según Jager] que comprende y cumple todas las exigencias del ciudadano perfecto, supera naturalmente a todas las anteriores. Pero los grados anteriores del *areté* no son por ello suprimidos, sino elevadas a una forma más alta. Éste es el sentido de la demanda de Platón en las Leyes, cuando afirma que en el estado ideal debiera ser ‘reelaborado’ el poema de Tirteo [En las elegías de Tirteo se encuentra las referencias más importantes a la voluntad política que hizo grande a esparta] que estima el valor como la más alta *areté*, de tal modo que se pusiera a la justicia en lugar del valor. Platón no intenta excluir la virtud espartana, sino sólo ponerla en su lugar y subordinarla a la justicia.” (Jaeger. Op. Cit. pp.110)

El estado se expresa en la ley, ésta garantiza la recta administración de justicia, la que no depende ahora del arbitrio humano sino de un “señor invisible”<sup>13</sup> que delimita las acciones públicas y los aspectos íntimos de la vida privada del ciudadano común, a partir de ahora la ley se convierte en el alma de la polis y la sumisión a ella en la virtud ciudadana por excelencia.

En el siglo IV va ser cada vez más común la fórmula pedagógica que enuncia la necesidad de educar al hombre en el *ethos* de la ley,<sup>14</sup> lo que explica que, en aquel tiempo los griegos ubicaran al lado de sus grandes poetas y sus sabias sentencias a los legisladores y sus determinaciones de ley. La ley hace de la ciudad un cosmos político<sup>15</sup> que le impone al ciudadano común la necesidad de distinguir su existencia individual y privada, en donde despliega sus destrezas personales y que hace referencia a lo propio, de su existencia pública que hacía relación a la vida en común y a la virtud general ciudadana.

---

<sup>13</sup> “Con la ley se forja el hombre una nueva y estrecha cadena que mantiene unidas las fuerzas y los impulsos divergentes y los centraliza como nunca lo hubiera podido hacer el antiguo orden social. El estado se expresa objetivamente en la ley, la ley se convierte en rey, como dijeron los griegos posteriores, y este señor invisible no sólo somete a los trasgresores del derecho e impide las usurpaciones de los más fuertes, sino que introduce sus normas en todas las esferas de la vida, antes reservadas al arbitrio individual.” (Jaeger Op. Cit pp. 112)

<sup>14</sup> “La ley representa el estadio más importante en el camino que conduce desde la educación griega, de acuerdo con el puro ideal aristocrático, hasta la idea de hombre formulada y defendida sistemáticamente por los filósofos. Y la ética y la educación filosófica se enlazan con el contenido y por la forma, con las legislaciones más antiguas (...)En la ley halló la herencia de las normas jurídicas y morales del pueblo griego su forma más general y más permanentes” ( Op. Cit. pp. 112-113)

<sup>15</sup> “Tal es el origen de la idea filosófica del cosmos, puesto que esta palabra designa, originariamente, el recto orden del estado y de toda comunidad. La atrevida proyección del cosmos estatal en el Universo, la exigencia de que, no solo en la vida humana, sino también, en la naturaleza del ser, domine el principio de *isonomia* y no el de *pleonexia*, es testimonio de que en aquella época la nueva experiencia política de la ley y del derecho se halla en el centro de todo pensamiento, constitúyale fundamento de la existencia y era la fuente auténtica de toda creencia relativa al sentido del mundo. (Jaeger. Op. Cit. pp. 113.) Anaximandro señalará también la idea de una legalidad universal de la naturaleza, en el que ésta se revela como un cosmos, es decir, como una comunidad de cosas sujetas a orden y a justicia ( Jaeger. Op. Cit. pp. 159)

#### 1.4. La leyes de la polis y la libertad individual

La polis jónica y su ideal de justicia crean nuevas condiciones de organización social fundada en el principio de libertad, creando un clima que estimuló el desarrollo individual del ciudadano griego. Esta preocupación por lo íntimo se vio reflejado según Jaeger en la poesía elegíaca y yámbica de los jonios así como en la lírica eólica: el poeta expone primordialmente sus opiniones y sentimientos, sin pretender formular sentencias universales y definitivas en lo ético, político y jurídico como lo pudieron haber hecho Homero, Hesíodo o Tirteo; su finalidad es la de expresar su pasión personal y partidista como en el caso de Alceo o reclamar sus derechos individuales como Arquíloco.

No obstante lo anterior, la manifestación de la subjetividad del poeta no desconoce a la polis y su estructura social, pero hace surgir una tensión entre las leyes de la polis, que se muestran como universalmente válidas y que aspiran a someter y regular la vida entera de la ciudad-estado incluyendo la intimidad humana con sus pasiones y la individualidad. Esta tensión, entre el orden legal y libertad individual va a ser resuelto por la cultura ática.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> "La polis jónica con su idea del derecho, trajo el principio organizador de una nueva estructura social y creó, al mismo tiempo, mediante la destrucción de los derechos de clase, la libertad ciudadana que confirió al individuo el ámbito necesario para su pleno desarrollo personal.(...) Faltaba un lazo de unión entre la fuerza educadora que llevaba implícito el nuevo orden legal que regía la vida política y la libertad sin frenos, de pensamiento y de palabra de los poetas jónicos. Por primera vez, la cultura ática equilibra ambas fuerzas: el impulso creador de la individualidad y la energía unificadora de la comunidad estatal. A pesar del íntimo parentesco con los jonios, a los cuales tanto debe Ática desde el punto de vista espiritual y desde el punto de vista político, resulta

## 1.5. Legalidad política y la legalidad natural

El mejor exponente de esta fusión de lo ático y lo jónico que dará origen a una nueva forma espiritual en la polis griega será Solón, quien funda su concepción política en la fuerza de la *dyké* de Hesíodo, considerando al derecho como un elemento necesario en el orden divino del mundo. A Solón se le debe la idea de responsabilidad y de compensación del individuo frente a la totalidad del estado por sus acciones.<sup>17</sup>

Anaxímenes, Pitágoras y Anaximandro, articularán la concepción jurídica de legalidad a la noción de legalidad de la naturaleza y el mundo, lo que permitirá introducir en el pensamiento griego, la idea de que el cosmos está dominado por una norma jurídica absoluta e inviolable que garantiza su equilibrio, su armonía y su proporción.<sup>18</sup>

Heráclito señalará la relación indisoluble que existe entre la ley que rige el universo entero: el *logos*,<sup>19</sup> y todos los acontecimientos terrestres, incluido dentro

---

claramente comprensible esta diferencia fundamental entre el movimiento centrífugo de libertad de los Jonios y la fuerza centrípeta y constructiva de los áticos.” ( Jaeger. Op. Cit. pp. 137-138)

<sup>17</sup> “La idea de Solón es ésta: la *dyké* no es dependiente de los decretos de la justicia terrestre y humana; no procede de la simple intervención exterior de un decreto de la justicia divina como ocurría en la antigua religión de Hesíodo. Es inmanente al acaecer mismo en el cual se realiza en cada caso la compensación de las desigualdades. (Jaeger. Op. Cit. pp. 159)

<sup>18</sup> “Es incalculable la influencia de la idea de armonía en todos los aspectos de la vida griega de los tiempos posteriores. Abraza la arquitectura, la poesía y la retórica, la religión y la ética. En todas partes aparece la conciencia de que existe en acción práctica del hombre una norma de lo proporcionado, que, como la del derecho, no puede ser trasgredida con impunidad. Solo si alcanzamos a comprender el dominio ilimitado de este concepto en todos los aspectos del pensamiento griego de los clásicos y de los tiempos posteriores llegaremos a una representación adecuada de la fuerza normativa del descubrimiento de la armonía.” (Jaeger. Op. Cit. pp. 164)

<sup>19</sup> “Sólo el *logos* comprende la ley que Heráclito denomina divina, aquella en que ‘pueden alimentarse todas las leyes humanas’. El *logos* de Heráclito es el espíritu, como órgano del sentido del cosmos. Lo que se hallaba ya en germen en la concepción del mundo de Anaximandro se

de estos la existencia de las leyes humanas. El *logos* o razón cósmica tiene su fundamento en la oposición o contrariedad de la que surgen todas las cosas, y es en esta lucha que aparece *dyke*<sup>20</sup>.

La idea de lucha ya estaba presente en Anaximandro quien concebía el devenir y el perecer de las cosas como un juego de compensaciones, como una lucha e instauración de lo justo por el tribunal del tiempo, donde cada cual debe pagar su compensación por las injusticias cometidas y el daño causado. La ley de las oposiciones de Heráclito mantiene la armonía y el equilibrio en el universo y en la polis.

El hombre de Heráclito es una parte de la polis, y ésta a su vez una parte del cosmos, por lo que se encuentra sometido a sus leyes; su libertad la experimenta en la subordinación a la polis y a sus leyes. Estas ideas sobre la necesidad de la ley y de su cumplimiento dentro de la polis van a estar presentes en todo el pensamiento presocrático del que va a ser heredero la confrontación sofístico – socrática.

---

desarrolla en la conciencia de Heráclito en la concepción de un *logos* que se conoce a sí mismo y conoce su acción y su puesto en el orden del mundo. (Op. Cit. pp. 178)

<sup>20</sup> “Según Heráclito, en cuya visión del mundo tan solo el proceso, el devenir es lo que tiene lugar(...) las cosas surgen de sus contrarios y todo acontecimiento es regido por una ley cósmica, la razón cósmica, el *logos*. Así se comprende el famoso y discutido fragmento 114 ‘todas las leyes humanas se alimentan de lo uno divino’. Aquí se diferencia por primera vez la justicia de las leyes humanas(...) de la justicia natural (...), el derecho positivo del derecho natural, surgiendo así el comienzo de la doctrina de la justicia racional, y del derecho natural. Si bien es cierto que ambas, ley humana y naturaleza, son concebidas como una unidad esencial, el pensamiento, al pensarla como diferenciables, prepara su posible disociación.” (Kaufmann, Arthur y otros. Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho, en *Pensamiento jurídico contemporáneo*. Editorial Debate, Barcelona, 1994. pp. 52. )

## 2. LA IDEA DE LEY JUSTICIA Y NATURALEZA EN LOS SOFISTAS

### 2.1. Los sofistas y el arte del discurso

El tiempo de Sócrates fue también el tiempo de la sofística,<sup>21</sup> sus grandes contradictores. Los sofistas se presentaban como maestros ene. arte del discurso, que por aquella época adquirió un lugar central en la vida griega, debido a la instauración de la democracia en Atenas.<sup>22</sup> A este movimiento perteneció Protágoras, Gorgias, Calicles Y Polo, con quienes Platón lo hace sostener una gran batalla teórica- conceptual so pretexto de descubrir la naturaleza de la retórica en el diálogo *Gorgias o de la retórica*. No obstante, en este diálogo no sólo se discute sobre la esencia de la retórica (arte o adulación), su utilidad, su relación con la persuasión, la creencia y la verdad; además, y éste es el tema que me interesa desarrollar en este aparte, hay ya toda una teorización explícita sobre el poder y su relación con la ley y la justicia, y de ésta, me refiero a la ley, (nomos) y su relación con la naturaleza (physis).

### 2.2. Nomos y Physis: norma y naturaleza

---

<sup>21</sup> La sofística ocupa un lugar tan importante en la historia de la filosofía y de las ciencias griegas como Sócrates y Platón Jaeger afirma "Es más no es posible concebir a éstos sin aquella". (Jaeger, Op. Cit. pp. 267).

<sup>22</sup> Adomeit, Klaus y otro. *Filosofía del derecho y del estado. De Sócrates a Séneca*. Traducción de Andrea Milde y Juan José Sánchez González. Editorial Trotta, Madrid, 1999. Pág. 17

El término *nomos* tal y como se entendió en los orígenes de la cultura griega, puede entenderse en dos sentidos: por una parte puede interpretarse como costumbre o costumbres, y por otra como sinónimo de norma en el sentido de ley, esto es, las reglas que en la polis tenían el carácter obligatorio porque eran sancionadas por el hábito, la costumbre o las asambleas de los hombres.<sup>23</sup> La idea de una *physis* (naturaleza), estuvo siempre en antítesis a la de *nomos*, sobre todo en la propuesta sofística.<sup>24</sup>

En la obra *Antígona* de Sófocles, aparece determinada la contraposición entre las leyes del Estado y las leyes eternas de la naturaleza. La tragedia nos muestra la disputa que se suscita entre Creonte y Antígona, al impedirle el primero a la segunda dar sepultura a su hermano acusándolo de traición a la patria. Antígona protesta y opone a la *nomos* de la polis las leyes escritas de origen divino.<sup>25</sup> No obstante, fueron los sofistas los que llevaron a cabo el desarrollo conceptual de esta contraposición.

Como ya los habíamos señalado el movimiento de los sofistas nace en Atenas cuando las instituciones democráticas se afianzan y consolidan, estas enseñan que las leyes dictadas pueden ser modificadas posteriormente por otra asamblea. Este

---

<sup>23</sup> “Originalmente, *nomos* era la costumbre sagrada, la que se impone y se considera justa en la polis. Es el orden que lo abarca todo. Píndaro el poeta, dio la fórmula precisa: *nomos basileus panton*: el derecho de esta costumbre sagrada se describe como lo que lo rige todo y sobre todo” FRIEDRICH, C.J. *La Filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México 1993. Quinta edición. Pág. 27.

<sup>24</sup> “Pero la ley que es el tirano de los hombres, les fuerza a muchas cosas en contra de lo natural”. (Platón. *Protágoras*. En *Diálogos*. Vol. II. Editorial Gredos. Madrid. 1982 337c-d.)

<sup>25</sup> “No fue Zeus el que los ha mandado a publicar, ni la justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Estas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre y nadie sabe de donde surgieron” (Sófocles. *Antígona*. En *tragedias*, trad. de A, Alamillos, Gredos, Madrid, 1981, Pág. 265.)

carácter mudable de la legislación, unido a la constatación de que otros pueblos viven bajo otras instituciones y otras leyes, revelan el carácter convencional tanto de las leyes como de las instituciones políticas.<sup>26</sup> Con los sofistas se consuma la separación entre la *nomos* y la *physis*. La *physis* es lo que es por naturaleza justo y permanece invariable, sin que pueda ser modificado por el arbitrio humano; la *nomos*, por el contrario, es lo que es por convención o costumbre y es producto de la voluntad de poder.<sup>27</sup>

### **2.3. La idea de lo justo y natural**

No obstante, la idea de lo justo por naturaleza, no tuvo un único significado en la corriente sofística. Para algunos, los menos radicales, como Hipías, los hombres tienen algo en común y pertenecen a la misma especie, de manera que con independencia de las leyes de la ciudad se hacen a creedores a un tratamiento igual y unos mismos derechos.<sup>28</sup> Otros, más radicales, como Gorgias, entendieron que lo natural no era lo que hacía igual a los hombres sino lo que permitía diferenciarlos como el poder o la riqueza.

---

<sup>26</sup> Betegón Jerónimo y otros. *Lecciones de Teoría del derecho*. Ediciones McGraw-Hill, Madrid, 1997, 37.

<sup>27</sup> Robles, Gregorio. *Introducción a la teoría del derecho*. Editorial debate, tercera reimpresión, 1993, Pág. 56

<sup>28</sup> "Amigos presentes-dice Hipías-, considero yo que vosotros sois parientes y familiares y ciudadanos, todos, por naturaleza, no por convención legal" Platón. (Platón. *Protágoras*. En Diálogos. Vol. II. Editorial Gredos. Madrid. 1982 337c-d.)

### 3. DERECHO, DISCURSO Y PODER EN LA CONFRONTACIÓN SOFISTICO-SOCRÁTICA

Los griegos siempre asumieron la ley como un factor de cohesión de la cotidianidad griega, entorno a su respeto se estructuraba el orden político y social, de suerte que por la ley existía la polis. No obstante, en el momento de Sócrates y de los sofistas, si bien se mantiene el ideal de estado dominado por la diké, la referencia al orden divino sobre el cual descansa la ley ahora tiene como referencia a la naturaleza (physis), por tanto, la cuestión ahora será determinar qué prescribe la ley que se deriva de la naturaleza: si lo igual o lo desigual<sup>29</sup>. Ahora bien, Antes de abordar la anterior cuestión es menester hacer algunas precisiones .

#### 3.1. *Diké y dikaiosyne*

Lo primero que debe advertirse es que no es posible desligar, en el pensamiento socrático, las reflexiones sobre la ley de su propuesta ética sobre el sentido humano y su fin justo, la ley es siempre producto de la virtud y por eso se identifica

---

<sup>29</sup>“En la época de los sofistas la antigua y la nueva concepción se hallan íntimamente imbricadas. Eurípides en *Las fenicias* hace descansar la igualdad, el principio capital de la democracia, en el dominio de una ley que se manifiesta constantemente en la naturaleza y a la cual el hombre mismo no puede escapar. Pero al mismo tiempo otros criticaban enérgicamente el concepto de la igualdad, tal como la democracia lo entendía tratando de demostrar que la naturaleza no se halla, en realidad, regida por la isonomía mecánica, sino que en ella domina el más fuerte.(...) La nueva concepción del mundo muestra que aumentan constantemente las voces que, en lugar de admirar la igualdad geométrica, mantienen la desigualdad fundamental de los hombres y toman este hecho como punto de partida para su concepción del derecho y del estado”. (Jaeger. Op.- Cit. pp. 295-296)

con la “dyké”<sup>30</sup> o “justicia en sentido objetivo”; esta es, la idea de la justicia legal o justicia de la ley.

Ahora bien, este concepto de ley y de justicia en Sócrates tiene como presupuesto la existencia del “alma”<sup>31</sup> o *psyché*: la ley natural anida en el alma humana y es allí donde hallamos la medida de justicia o injusticia de los actos humanos; por ello, para Sócrates, lo primordial es la indagación en el interior del hombre, el conocerse a sí mismo. (Conócete a ti mismo)<sup>32</sup> En esta exploración al interior del hombre se abre una nueva dimensión de la justicia, la *dikaiosyne*<sup>33</sup> o “justicia en sentido subjetivo”, si se quiere, justicia como salud del alma.

En la propuesta socrática, el hombre feliz es el virtuoso, el justo que actúa conforme a la justicia en su doble dimensión: *objetiva*, porque tiene en cuenta la armonía con el orden de la polis que es dado por la ley, y *subjetiva* por que igualmente se debe velar por la armonía y el orden del alma. Cuando esto último

---

<sup>30</sup> En Sócrates dyké es fundamentalmente la virtud de la ley.

<sup>31</sup> Sócrates distingue en la vida del hombre el “alma” y el “cuerpo”, a ambas corresponde un arte (*techne*) específico para su cuidado. Así, del cuerpo sano corresponde cuidar a la Gimnasia y del enfermo a la medicina; por su parte, es la política la encargada del alma, la Legislación de la que está sana y de la enferma la administración práctica de justicia. “Sócrates: Veamos si puedo hacerte entender con mayor claridad lo que quiero decir: Digo que hay dos artes que responden a estas dos sustancias: el que corresponde al alma, lo llamo política, y respeto al otro, que mira el cuerpo no puedo designarle con un solo nombre. Y aunque la cultura del cuerpo sea una, yo lo divido en dos partes, que son la gimnasia y la medicina. Y dividiendo igualmente la política en dos, pongo la parte legislativa frente a frente a la gimnasia y la judicial frente a frente a la medicina.” (Platón Gorgias Op. Cit. Pág. 188)

<sup>32</sup> Esta fórmula era original del oráculo de Delfos y Sócrates la utiliza en su sentido moral

<sup>33</sup> La *dikaiosyne*, es la existencia subjetiva de la “dyké”, por ello, se entiende desde la perspectiva socrática, que es “justo”, quien actúa acatando las “nomos”. Quien no se apropia de la dyké no puede realizar justicia objetiva. “La nueva *dikaiosyne* era más objetiva. Se constituyó en la areté - virtud - por excelencia, desde el momento en que se creyó poseer, en la ley escrita, el criterio de lo justo y lo injusto. Mediante la fijación escrita de nomos, es decir, del derecho usualmente válido, el concepto de justicia alcanzó un contenido palpable. Consistió en la obediencia a las leyes del Estado, del mismo modo que más tarde la “virtud cristiana”. (Jaeger. Op. Cit Pág. 109)

no es posible, aparece la justicia -léase administración práctica de justicia- como correctiva

### **3.2. El ambiente intelectual de la disputa sofístico-socrática**

Además de lo anterior, ha de tenerse en cuenta, como ya lo habíamos insinuado más atrás, que el movimiento sofístico surge bajo circunstancias históricas específicas: la aparición de la democracia ateniense. En este ambiente intelectual y cultural, los sofistas no se presentaban propiamente como filósofos sino como maestros de la retórica o del arte del discurso, a ellos se acercaban quienes deseaban formarse en el arte de la política.

La democracia recientemente instaurada en Atenas exigía que las decisiones se sometieran a votación, y las votaciones se hallaban siempre precedidas de intensos debates en donde se exigía hablar bien y de manera convincentes y oportuna. La educación política se realizaba no sólo bajo el antiguo ideal político de la justicia y el cumplimiento de las leyes, ahora además era imprescindible, para aquel que pretendiera irrumpir en la vida política, instruirse en las habilidades exigidas para crearlas, ello es, una educación política fundada en la elocuencia.

Hecha las anteriores precisiones abordemos la disputa sofístico-socrática en torno a la ley y la justicia y su relación con el poder. Para ello nos formularemos un interrogante :¿Cuál es la idea de ley y de justicia que Platón pone en boca de Sócrates y cuál la propuesta sofística según el diálogo Gorgias o de la Retórica?

### 3.3. La discusión en torno del discurso y el poder

#### 3.3.1. El discurso como poder ilimitado

La primera parte del diálogo se lleva a cabo entre Gorgias y Sócrates. Luego de que Gorgias a concluido su exposición, Sócrates expresa negándole el carácter de arte a la retórica, pues ésta no es más que una rutina, ello es, una especie de imagen engañosa de la verdad y la justicia. A Sócrates le interesa saber que es realmente la retórica: ¿A qué se refiere realmente la retórica y cuales son los asuntos que le competen?

Gorgias, que en un principio se muestra dispuesto a responder, afirmando que ella trata sobre los mas importantes asuntos humanos, poco a poco cae en una profunda vacilación y perplejidad, mostrándose incapaz de definirla y caracterizándola fundamentalmente porque ella confiere poder a quien la domina.

“Sócrates.- Contéstanos, ¿Cuál es ese bien que, según dices, es el mayor para los hombres y del que tu eres artífice?  
Gorgias.- El que, en realidad, Sócrates, es el mayor bien; y les procura la libertad y, a la vez permite a cada uno dominar a los demás en su propia ciudad”<sup>34</sup>

Así, a través de ella Gorgias se precia de que el retórico ha convencido al paciente de tomar la medicina después del medico haber fracasado en su intento y de igual manera en la asamblea no será el experto el que se imponga sino el retórico.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Platón. Gorgias. Op. Cit. Pág. 187

“Gorgias.- Y observarás, Sócrates, que, cuando se trata de elegir a las personas (...) son los oradores los que dan su consejo y hacen prevalecer su opinión sobre estos asuntos. Sócrates.- Al considerarlo así me parece (la retórica) de una grandeza maravillosa”<sup>36</sup>

Pero luego de obligar Sócrates a Gorgias a múltiples confesiones no le queda a este último que aceptar las conclusiones de Sócrates de que la retórica a lo mucho puede ser considerada como una habilidad y no un arte, una habilidad o una adulación producto de la voluntad de engaño. La retórica sería un simulacro o una sombra de la política, que trata de mostrar en un aparente estado saludable lo que no lo tiene.<sup>37</sup>

Polos, queriendo sacar ventaja de Sócrates y de la poca estimación que éste hace de la retórica le expresa la influencia real que esta tiene en la vida política de la polis. Es él quien trae a la discusión el tema del poder.

“Polos”.- ¿Se te figura que en las ciudades se mira a los oradores de fama como a viles aduladores? / Sócrates.- ¿Me haces una pregunta, o comienzas un razonamiento? / Polo.- Es una pregunta. / Sócrates.- Pues bien me parece que ni aun así se les mira. / Polo.- ¡Cómo! ¿No se les mira? ¿No son de todos los ciudadanos, los que ejercen un poder más grande?”<sup>38</sup>

Polos nos presenta una noción de “poder” que es producto de la capacidad del retórico u orador, aquella que le permite al gobernante hacer dentro de la polis lo que quiera; es fundamentalmente, un poder omnímodo sobre los bienes, la vida y

---

<sup>35</sup> Jaeger. Op. cit. Pág. 513.

<sup>36</sup> Platón. Gorgias. Op. Cit. Pág. 188

<sup>37</sup> Adomeit, Klaus y otro. Op. cit. Pág. 33.

<sup>38</sup> Platón. Gorgias. Op. Cit. Pág. 189.

la muerte dentro de la ciudad-estado, que en últimas, coincide con el ejercicio del poder del tirano.

“Polo.- ¡Pues qué! Semejantes a los tiranos. ¿No hacen morir al que quieren? ¿No lo despojan de sus bienes, y no lo destierran de las ciudades a los que bien les parece? (...) Polo.- Entiendo que es tirano, como decía antes, el que tiene el poder de hacer una ciudad todo lo que juzgue oportuno: matar, desterrar, en una palabra, obrar en todo según su deseo”.<sup>39</sup>

### 3.3.2. El poder como un bien moral para quien lo posee

Esta noción del poder se encuentra en abierta contradicción con la propuesta socrática, que concibe el poder como un bien para quien lo posee y lo ejerce guiado por el buen sentido o razón; por lo que concluye Sócrates que tanto los tiranos como los oradores gozan de muy poco poder. Acto seguido, reta a Polo a que le pruebe que los oradores tienen “buen sentido”, ya que hacer lo que uno considere oportuno cuando está desprovisto de razón, es un mal.

“Sócrates .- No, dices que el poder es un bien para quien lo posee... (...)...  
Sócrates.-..., puesto que dices que tener un gran poder es un bien para quien lo posee  
Polos.- Y lo mantengo.  
Sócrates -..., pues el poder, como tu dices, es un bien, pero tú mismo reconoces que hacer lo que a uno le parece, cuando está privado de razón, es un mal, ¿No es así?  
Polos.- sí.”<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Platón. Gorgias. Op. Cit. Pág. 190 y 193.

<sup>40</sup> Platón. Gorgias. Op. Cit. Pág. 190.

La lógica socrática parte de la siguiente premisa: ni los tiranos ni los oradores hacen lo que quieren, aunque hagan lo que parece más ventajoso para ellos, y a continuación, muestra a Polo como los hombres no quieren las acciones sino las cosas por las cuales ejecutan las acciones; para ello pone el ejemplo del enfermo que toma la medicina no por la bebida misma que incluso puede ser desagradable, sino por la salud, que es el efecto de tomar la medicina.

Pero además, siendo que en el mundo existen cosas buenas, cosas malas y cosas intermedias que no son ni lo uno ni lo otro, pero que se realizan para conseguir las buenas; cuando se quita la vida o se destierra o se quitan los bienes a alguien se hace no por la acción misma, sino que se quiere por el bien que se hace, de lo contrario no se quiere.

“Sócrates ¿Estimas que los hombres quieren las mismas acciones que hacen habitualmente, o quieren las cosas en vista de la que hacen estas acciones? Por ejemplo, los que toman una bebida de mano del médico, ¿quieren a juicio tuyo, lo que hacen, es decir, tragar la bebida y sentir dolor? ¿O quieren más bien la salud, en vista de que toman la medicina?/ (...)

Sócrates.- En igual forma, los que navegan y trafican en el mar...(…) Sócrates.- ¿No sucede lo mismo con relación a todo lo demás? De manera que el que hace una vista de otra, no quiere la cosa misma que hace, sino aquella en vista de la que él la hace.

Polos.- Sí.

Sócrates.- ¿existe algo que no sea bueno, malo o intermedio entre lo bueno y lo malo?

Sócrates.- ¿Acaso se hacen estas cosas intermedias, cuando se hacen buscando las buenas, o se hacen las buenas buscando las intermedias?

Polos.- sin duda las intermedias para alcanzar las buenas.

Sócrates.- Luego, cuando andamos lo hacemos buscando el bien, creyendo que ello es mejor, y, al contrario ... (...) Sostengo, Polo, que los oradores y los tiranos tienen muy poco poder en las ciudades, como he dicho hace un momento, en efecto, por así decirlo, no hacen nada de lo que quieren, aunque hacen lo que les parece mejor”.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Platón. Op. cit. Pág. 191.

Ahora bien, según Sócrates, si sólo se quieren las cosas buenas y no se quieren ni las malas ni las que no son ni buenas ni malas (intermedias), *el tirano cuando actúa en su provecho, si bien hace lo que juzga más ventajoso para él (aunque sea lo más malo), hace lo que le parece, pero no hace lo que quiere; esto es el “bien”*<sup>42</sup>. Por consiguiente, es claro que el tirano no puede tener un gran poder, pues tenerlo exige, en el entender de Sócrates, estar provisto de razón para hacer lo que se quiere, esto es el “bien”; luego es posible, concluye, que un hombre haga en una ciudad lo que juzgue oportuno sin que esto signifique que goza de un gran poder ni haga lo que quiere.

“Sócrates.- Así pues, no quiere simplemente matar a alguno, desterrarle de la ciudad, ni privarle de sus bienes, sino que, si esto es ventajoso, se quiere, y si es dañoso, no se quiere. Porque tu mismo manifiestas, se quiere las cosas que son buenas, y no se quieren a las que no son ni buenas ni malas, ni a las que son malas... (...)

Sócrates.- ¿Puede semejante hombre tener un gran poder en la ciudad, si, según tu confesión, es un bien el estar revestido de un gran poder?

Polos.- No puede ser.

Sócrates.- Por consiguiente tenía razón al decir que es posible que un hombre haga en una ciudad lo que se juzgue oportuno sin gozar, sin embargo, de un gran poder, ni hacer lo que quiere”.<sup>43</sup>

### **3.3.3. Los límites éticos en el ejercicio del poder**

Es en este punto de la conversación que Sócrates señala a Polo la necesidad de establecer un límite ético al ejercicio del poder, límite que para él está dado por la

---

<sup>42</sup> En el pensamiento socrático “el bien” es a lo que se aspira como fin (telos) de la esencia y de la naturaleza humana. Por ello el “conocimiento del bien, que Sócrates descubre, es la base de todas y cada una de las llamadas virtudes humanas, no es una operación de la inteligencia, sino que es, como Platón comprendió certeramente, la expresión consciente de un ser interior del hombre” Tiene su raíz en una capa profunda del alma en la que ya no puede separarse, pues son esencialmente uno y lo mismo, la penetración del conocimiento y la posesión de lo conocido.” (Jaeger Op. Cit. pp. 445)

<sup>43</sup> Platón. Op. Cit. Pág. 192.

medida de lo justo o lo injusto del acto. Sin embargo, es claro que para un sofista como Polo, una propuesta en tal sentido es inaceptable, pues el poder al que los sofistas aspiran es aquel que permite tener la libertad absoluta dentro de la ciudad para hacer todo lo que se quiera: es un poder sin límite, digno de envidia y generador de felicidad para quien lo posee.

“¡Sócrates, no preferirías tener la libertad de hacer en la ciudad todo lo que quieras que no tenerla; y como si, cuando ves alguno que hace morir al que juzga conveniente o hace que lo despojen de sus bienes, o que le echen cadenas, tu no le tuvieses envidia!”<sup>44</sup>

### **3.4. Sócrates y Calicles: el derecho del mas fuerte**

Esta dimensión ilimitada, puramente fáctica del poder, será compartida y reafirmada por Calicles, que irrumpe en el diálogo en defensa de Gorgias y Polo.

Para él, sucumbir bajo la injusticia es producto de la debilidad.

“Calicles.- ...Y en efecto, sucumbir bajo la injusticia de otro no es hecho propio de un hombre, sino de un vil esclavo, para quien es más ventajoso morir que vivir, cuando, sufriendo injusticias y afrentas, no está en disposición de defenderse a sí mismo ni a las personas por la que tenga interés.”<sup>45</sup>

Para Calicles lo que se entienda como justo depende de la perspectiva desde donde se interroga o se responde. Lo justo, bello o bueno según la ley (*nomos*)

---

<sup>44</sup> Platón. Op. Cit. Pág. 192.

<sup>45</sup> Platón. Op Cit. Pág. 209.

puede no serlo con respecto a la naturaleza (*physis*)<sup>46</sup>, pues ésta y aquélla se oponen en la mayor parte de las cosas.

“Calicles.-... Pero la mayor parte de las cosas, la naturaleza y la ley se oponen entre sí (...). Tu has percibido esta sutil distinción y la haces servir para tender los lazos de discusión. Si alguno habla de lo que pertenece a la ley, tu le interrogas sobre lo que se refiere a la naturaleza; y si habla de lo que está en el orden de la naturaleza, tu le interrogas sobre lo que está en el orden de la ley”.<sup>47</sup>

En las palabras de Calicles, se expresa en su justa proporción el pensamiento sofístico sobre la justicia y la ley. Para éstos, al ser la ley obra de los más débiles se hacen atendiendo los intereses de éstos: que son los de atemorizar a los fuertes en su superioridad.<sup>48</sup>

## **4. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES**

### **4.1. La injusticia es producto de la ignorancia**

---

<sup>46</sup> En el siglo de la disputa sofístico-socrática, el estudio y la investigación sobre la naturaleza humana estaba en auge, impulsada principalmente por los médicos hipocráticos, ella pretendía investigar esencialmente “la naturaleza humana”, que es el hombre y por qué causa llega a existir, según palabras del mismo Hipócrates.

<sup>47</sup> Platón. Op. Cit. Pág. 208-209.

<sup>48</sup> “La educación según el espíritu de Protágoras, es decir, según el espíritu de los ideales tradicionales de la ‘justicia’, es combatida por Calicles con un *phatos* que hace sentir apasionadamente una transmutación total de todos los valores. Lo que para el estado y los ciudadanos atenienses es el derecho supremo, aparece como la culminación de la injusticia. (...) Para esta concepción es la ley una limitación artificial, una convención de los débiles organizados, para encadenar a sus señores naturales, los más fuertes y someterlos a su voluntad. El derecho de la naturaleza aparece en ruda oposición al derecho del hombre. Estimado desde el punto de vista de su norma, todo lo que el estado denomina igualdad ante el derecho y la ley, es pura arbitrariedad. Si debemos o no someternos a ello, es en definitiva, para Calicles, un problema de fuerza.” (Jaeger. Op. Cit. pp. 296 –297)

En la propuesta socrática, nadie que posea la *dikaiosyne* comete una injusticia o hace mal voluntariamente, el mal es producto de la ignorancia, por ello, cuando Polo pregunta por el grado de dicha o de desgracia de Arquelaos, rey de Macedonia, Sócrates le responde que desconoce el estado de su alma con relación a la instrucción o *Paideia* (ciencia) y la *dikaiosyne* (justicia). Ello es así porque para Sócrates la salud del alma y de la *polis* presupone la posesión de la justicia, virtud por excelencia en sus dos dimensiones : como *dyké* (virtud de la ley) y como la *dikaiosyne*, cualidad o virtud subjetiva de lo justo que supone el respeto y la sujeción a la ley. En ese sentido, quien no es justo no puede realizar actos justos, no puede comprender ni materializar la virtud de la ley.

#### **4.2. La disputa en torno a la idea de lo justo y lo natural**

El punto de desencuentro entre Sócrates y los sofistas es aquel que se refiere a las formas como se relacionaban la *nomos* y la *Physis*. Los sofistas, sobre todo los más radicales, son del criterio de que la *nomos*, la ley, reprime y limita el libre desarrollo de la *physis* individual, por ello en el orden de la ley es más feo y más injusto actuar con superioridad frente a otro; mientras que, según el dictamen de la naturaleza, es justo que quien sea superior, tenga más y gobierne sobre el más débil. Así para Calicles, la ley natural se identifica con el poder: Lo justo es el derecho del más fuerte y la ley civil es una especie de tiranía frente al hombre que lo fuerza a actuar en contra de la *Physis*.

“Callicles.- ...Por esta razón es injusto y feo, en el orden de la ley, tratar de hacerse superior a los demás, y se ha dado a esto el nombre de la injusticia. Pero la naturaleza demuestra, a mi juicio, que es justo que el que vale más tenga más que otro que vale menos, y el más fuerte más que el más débil.<sup>49</sup>

Esta confrontación socrático-sofista respecto de la ley, el poder, la justicia y la naturaleza, que muy bien nos presenta Platón, con ocasión de la disputa de Sócrates y Callicles, pone de presente en el pensamiento griego la contradicción entre la ley natural y la ley civil<sup>50</sup> dentro de la armonía social de la polis; opción vigente aun hoy, para todos los teóricos, investigadores y operadores del derecho<sup>51</sup>.

Como se ve, los sofistas eran partidarios, al igual que Sócrates, de la idea de una ley o derecho natural, pero éstos reivindicaban, a diferencia de Sócrates, para quien la ley natural es un límite ético en el ejercicio de la fuerza, un poder natural como derecho del más fuerte, con lo que quedaría justificada la tiranía. Para el sofista, la ley es producto de la naturaleza entendida como instrumento, como pasión, como desenfreno, en Sócrates, por el contrario, la *nomos* es producto de

---

<sup>49</sup> Platón. Op. Cit. Pág. 210.

<sup>50</sup> Si bien es cierto que la forma de pensamiento bipolar, que intenta comprender la realidad en conjunción con su opuesto y de la cual se deriva ulteriormente la contraposición entre naturaleza y norma (antigüedad), derecho divino y derecho profano o humano (edad media), orden nacional-orden coactivo (modernidad), ya estuvo presente en pensadores como Heráclito, para quien todos los acontecimientos se rigen por un logos o razón cósmica o ley cósmica: “Todas las leyes humanas se alimentan del uno divino”. La distinción entre justicia de las leyes humanas y justicia natural se hace evidente sólo con la disputa sofístico-socrática.

<sup>51</sup> Sobre todo en la penuria de la posguerra, se produce un gran movimiento renovador de los postulados del derecho, la experiencia nazi, permite que muchos tribunales apelen al “derecho natural” en la medida en que de no hacerlo se entendería como una decisión contraria a las garantías esenciales de un derecho justo. El tribunal supremo en repetidas ocasiones se reafirmó en la necesidad de apelar en las decisiones a una ley moral de carácter objetivo e invariable con cuya ayuda había que interpretar la ley positiva, en razón de la necesidad de adaptarla a un mundo considerado como éticamente justo.

la ley moral que reposa en el alma del hombre y la naturaleza del alma es la justicia.

### **4.3. Relativismo y convencionalismo legal**

Debe resaltarse además que si bien antes del siglo V las leyes de la polis eran consideradas como absolutas e inmutables, tal concepción es insostenible después de la confrontación sofístico-socrática. No sólo los sofistas, sino también el mismo Sócrates deja entrever que las leyes cambian. Estas no permanecen ni preexisten al acto de conocimiento, son mas bien producto del hombre de la sociedad y del momento histórico en que surgen.

Protágoras representa esta forma de pensamiento. Según el la ley tiene por medida al hombre, éste es para él la medida de todas las cosas, de las que son en cuanto son y de las que no son en cuanto no son. El nomos es producto de los hombres, la divinidad no interviene. Protágoras no solo niega que el mito o la tradición religiosa sea la fuente principal del conocimiento, las medida de la verdad es el hombre, sino además, afirma que éste también es la medida de la ley.<sup>52</sup>

### **4.4. Limite o control racional en el ejercicio del poder**

---

<sup>52</sup> Adomeit, Klaus y otro. Op. cit. Pág. 19.

Más allá de la confrontación sofístico-socrática esta disputa tiene el merito de haber puesto de presente además de la oposición ente la nomos (ley, hábito, cultura etc.) y la physis (naturaleza-instinto) que posteriormente también haría Nietzsche (Genealogía de la Moral) y Freud (Malestar en la Cultura, Tótem y Tabú), la realidad de que en la producción del derecho o la ley, el poder no puede ser desconocido. Que en el derecho existe un margen de confrontación y lucha por la imposición de una imagen de mundo y de intereses sociales. Marx dirá más adelante, que el derecho es un instrumento de clase. Los teóricos de Foucault dirán que es esencialmente una estrategia del poder.

Sócrates advertía la necesidad de establecer un límite moral al poder; los sofistas observan que solo quien dentro de una relación de poder desequilibrada establecía lo que debía ser justo o no. Esta ha sido una discusión interminable, irresoluta, ¿es el derecho un límite, un control racional frente a la fuerza? O, ¿Es el derecho un discurso estratégico de legitimación del ejercicio del poder?

## BIBLIOGRAFIA

1. Adomeit, Klaus y otro. *Filosofía del derecho y del estado. De Sócrates a Séneca*. Traducción de Andrea Milde y Juan José Sánchez González. Editorial Trotta, Madrid, 1999.
2. Betegón Jerónimo y otros. *Lecciones de Teoría del derecho*. Ediciones McGrau-Hill, Madrid, 1997
3. FRIEDRICH, C.J. *La Filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México 1993. Quinta edición
4. Werner Jaeger: *Paideia*, Fondo de Cultura Económica. México. 1994
5. Kaufmann, Arthur y otros. Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho, en *Pensamiento jurídico contemporáneo*. Editorial Debate, Barcelona, 1994.
6. Platón. *Protágoras*. En Diálogos. Vol. II. Editorial Gredos. Madrid.
7. Robles, Gregorio. *Introducción a la teoría del derecho*. Editorial debate, tercera reimpresión, 1993, Pág. 56
8. Sófocles. *Antígona*. En *tragedias*, trad. de A, Alamillos, Gredos, Madrid, 1981,

**ENSAYO II**  
**DERECHO, DISCURSO Y PODER EN LA OBRA DE MICHEL**  
**FOUCAULT**

**I. EL PROYECTO ARQUEOLOGICO Y GENEALOGICO DE  
FOUCAULT**

En el ensayo anterior se trató de sugerir los nexos que pueden establecerse entre el derecho y el poder, entre las formas jurídicas y las relaciones de poder. Ese artículo finalizó proponiendo unos interrogantes: ¿Es el derecho un límite, un control racional frente a la fuerza? o por el contrario, ¿es el derecho discurso estratégico de legitimación del ejercicio del poder? Esos interrogantes son el punto de partida de la presente reflexión que tiene como marco de referencia la propuesta de Michel Foucault, quien sugiere una de las tantas posibles respuesta a estos interrogantes, desde el análisis del derecho y de las prácticas judiciales.

## **1. UN PENSADOR INACTUAL**

### **1.1. Foucault: el filósofo**

Desde la muerte de Michel Foucault se ha incrementado de manera notable los estudios sobre su pensamiento. Una de las grandes dificultades a la que se enfrentan quienes se dan a la tarea de estudiar la obra de este pensador francés, tiene que ver con la casi imposible labor de resumir las poéticas descripciones históricas o sistematizar la claridad discursiva de su propuesta filosófica sin pagar el precio de deformarlas.

La primera impresión que se tiene al enfrentarse a la compleja obra de Foucault es la de estar enfrente de una obra muy poco ortodoxa: investigaciones históricas que tocan los temas mas variados, tales como la locura, la sexualidad, la prisión, el derecho, la criminología, la medicina, la biología, textos de critica literarias, artículos filosóficos, reportajes periodísticos y hasta panfletos a favor de los derechos de los presos, de las minorías y de los inmigrantes.

Esta inactualidad de su pensamiento y el hecho de haber renunciado el mismo al título de filósofo, ha sido uno de los argumentos utilizados por más de uno para no incluirlo en el panteón de los filósofos. No obstante actualmente es reconocido en Francia y en muchos círculos intelectuales, como el mas importante filosofo después de la generación de Sastre.

Todos reconocen que su pensamiento a contribuido a la creación de un nuevo marco de referencia teórico para los problemas existentes en nuestra sociedad contemporánea<sup>53</sup> y, aunque sus reflexiones han sido comúnmente identificado con el estructuralismo,<sup>54</sup> sus trabajos en torno a la *arqueología de las ciencias humanas*, *arqueología del saber* y *sobre el orden del discurso* muestran una base filosófica que sugiere diferencias notables en relación con el concepto de estructura que éste autor maneja los autores así rotulados.

El carácter polémico de su obra y su pensamiento a impuesto a tanto para sus críticos como para sus defensores una pregunta insoslayable: ¿Desde qué perspectiva se puede hablar de un Foucault filósofo? Interrogante que conduce irremediabilmente a precisar el carácter de su empresa intelectual.

---

<sup>53</sup> no es posible dudar hoy de la importancia y de la influencia que él ha ejercido en la redefinición de múltiples campos del saber y del hacer, entre los que podemos señalar a la historia, la teoría literaria, la arquitectura, la estética musical, las ciencias humanas, la educación, la política y el derecho entre otros.

<sup>54</sup> Se ha denominado estructuralismo a las ideas y formas de investigaciones que surgieron en Francia con autores como Levi-strauss (estructuralismo antropológico), Jacques Lacan (Psicoanálisis estructuralista), Louis Althusser (marxismo estructuralista), Roland Barthes (estructuralismo literario o crítico), Michel Foucault y Jacques Derrida, (filosofía estructuralista, aunque los dos lo han negado) quienes han reconocido se apoyaron en la obra de Saussure, Freud y Marx. No se puede olvidar hacer referencia al estructuralismo lingüístico, que florece en Rusia y en las escuelas de Praga y Copenhague, o a autores que proceden de otra tradición tales como Noam Chomsky. El estructuralismo, se asume como un método de comprensión de la realidades humanas socialmente construidas; parte de la tesis de que existen estructuras entendida como sistema o conjunto de sistemas, que van desde las reglas de etiqueta y la urbanidad hasta el sistema del lenguaje. Una idea básica es que de alguna manera todos los sistemas que constituyen una estructura, son sistemas lingüísticos, sin que se entienda que el estructuralismo simplemente transfiere al ámbito de las ciencias humanas el modelo lingüístico. Ahora bien, la estructura, no son observables, ni inducidas, pero tampoco pueden ser asimiladas a nociones metafísicas; vistas desde la metodología son principios de explicación.

## **1. 2. Voluntad de vida y voluntad de conocimiento**

Si se entiende la filosofía en el marco de lo que Habermas ha denominado *pensamiento postmetafísico*, según el cual la filosofía no tiene como finalidad hallar un fundamento último (ser, esencia, idea etc.) que permita construir una teoría como explicación total del mundo, del conocimiento y de la acción, sino desarrollar una labor crítica o permitir un uso crítico de la razón, es posible inscribir su pensamiento bajo el rótulo de pensamiento postmetafísico.

Ello debido a que su obra constituye no única y exclusivamente una propuesta intelectual, sino una intención que articula un proyecto personal de vida que giró en torno de la muerte, la locura, la sexualidad, entre otras, y una opción política de lucha y reivindicaciones. El proyecto intelectual de Foucault, debe comprenderse en conjunción con sus expectativas humanas.

Las investigaciones de Foucault no están movidas única y exclusivamente por la pura voluntad de conocimiento, ello es, sus trabajos no buscan mostrar un relato objetivo, exacto y neutro de los problemas tratados. Por el contrario, sus investigaciones están desarrolladas desde su voluntad de vida, desde sus límites humanos y es por ello que corrompen, vuelven dudoso, quebradizo e insoportable un problema que antes aparecía como obvio. Su actitud no es la del investigador que contempla desinteresadamente la realidad sino la del individuo que participa de ella y quiere transformarla. La objetividad en ese sentido no consistiría en anular la forma de tomar partido, el investigador no puede ser un árbitro aséptico y

neutral que estudia la vida de los hombres desde el exterior; la objetividad consiste en explicar y objetivar el punto de partida.

## 2. EL PROYECTO CRITICO

### 2.1. La actitud critica frente a las artes de gobierno

La actitud critica es una característica de la edad moderna que surge, según Foucault, como reacción frente a las *artes de gobierno* que aparecen en el mundo medieval y que tendría como propósito constituirse en un arte de no ser gobernado.<sup>55</sup> Esta nueva actitud de desconfianza y de escape que propicia la actitud crítica, se manifiesta en tres frentes distintos.

(i) La reforma de Lutero que fragmenta la actitud ciega de obediencia frente a la sagrada escritura y el magisterio de la iglesia proponiendo una nueva forma de exégesis y de relación con la verdad mucho más secularizada, (ii) la actitud critica frente las directrices y leyes del estado que busca señalar la ilegitimidad racional de tales normas, hecho que va a conducir al desarrollo de la nueva tradición del derecho natural racionalista, (iii) y la actitud crítica frente al criterio de autoridad

---

<sup>55</sup> La pastoral cristiana propone un arte de gobernar al ser humano que no estaba presente en la cultura antigua, según esta nueva idea, el individuo debía dejarse orientar y gobernar en los mas mínimos detalles de su vida y a todo lo largo de su existencia, ello implicaba que el individuo debía aceptar el dogma, la interpretación de las sagradas escrituras y la autoridad de la iglesia que se extendía hasta el examen de conciencia a través de la confesión. Este arte de gobernar que inicialmente se ejercía al interior de los monasterios luego se extendió a todo el cuerpo de la sociedad civil en razón de las nuevas orientaciones políticas. (Foucault Michel. Conferencia pronunciada en mayo de 1978 ante la Sociedad Francesa de Filosofía titulada: " *Qu'est-ce que la Critique?*", y publicada en revista de filosofía –ULA, 8, 1995, como *Critica y Aufklarung " Qu'est-ce que la Critique?*", en traducción de Jorge Dávila Pág. 2-3)

como fuente de conocimiento, por consiguiente, el saber no se acepta porque este refrendado por un autor sino porque existen razones que permiten aceptarla: sólo el libre ejercicio de la razón puede conducirnos a aceptar algo como verdadero, este es el principio que va a orientar el recorrido de la filosofía y la Ciencia moderna.

## **2.2. Ilustración y crítica**

Estos tres frente exigen una nueva manera de relación del individuo con la forma el gobierno: el autogobierno. La nueva actitud crítica no es posible sin el autogobierno, que impone la necesidad de no dejarse guiar por nadie distinto a uno mismo en el ejercicio de la razón. Esta tesis está conectada directamente con la propuesta kantiana que se halla expuesta en su texto de 1784 "¿Qué es la ilustración?".

En este escrito, Kant identifica la ilustración con la salida del estado de inmadurez o la salida de la condición de menor de edad que le impide pensar por sí mismo a un individuo, de allí que se entienda la ilustración bajo el lema "atrévete a pensar" o "atrévete a saber". La ilustración es la edad de la autonomía pero ella no es posible sin la crítica, ésta última es la herramienta primordial de aquel que ha alcanzado la mayoría de edad. Esta autonomía se despliega en torno a lo que puede ser conocido, lo que puede hacerse y lo que puede esperarse.

### **2.3. La crítica a la racionalidad científica**

Hasta antes del siglo XIX el proyecto crítico, apoyado en la racionalidad científica, se había convertido en el punto de apoyo contra el despotismo, los prejuicios y la tradición, el fanatismo y la superstición religiosa; sin embargo, en el siglo XIX hay un viraje en esta empresa crítica, la racionalidad científica y tecnológica se instrumentaliza a favor de nuevas formas de control, de gobierno y de servidumbre.

La racionalización y la tecnificación no es solo de la naturaleza y los procedimientos productivos, sino que paralela con ella aparecen una racionalidad que opera para facilitar los procedimientos de administración y gestión de poblaciones sin los cuales no puede darse la formación y organización de la sociedad industrial. Por consiguiente, al lado de una ciencia que se erige como paradigma del conocimiento y de racionalidad, nos hallamos con un estado que se autocomprende como razón última de la historia y que se sirve de la ciencia en su proyecto de dominio y de gobierno sobre el hombre.

A partir de ese momento la crítica al positivismo y a la tecnificación de la existencia será uno de las tareas filosóficas fundamentales presentes desde la izquierda hegeliana, pasando por Marx, Nietzsche, Weber, la escuela de Frankfurt, Husserl, Heidegger, entre otros. Después de la barbarie de la guerra en la primera mitad del siglo XX, la crítica a la absolutización de la razón y del cientificismo será la tarea más importante de la filosofía. Así las cosas, Foucault es heredero de esta

tradición crítica filosófica cuya tarea primordial consiste preguntarse por la actualidad para diagnosticarla.

#### **2.4. Kant y la crítica del presente**

Hasta antes de Kant la tarea filosófica se orientaba a cuestionar el presente pero siempre poniéndolo en relación con algo exterior.<sup>56</sup> Apoyado en Kant y en su interrogación por la *aufklärung* va a determinar el umbral que le permite realizar su trabajo filosófico. Foucault descubre en Kant una nueva forma de interrogar el presente y su actualidad sin apuntar a algo que le es exterior, la pregunta de Kant está dirigida al presente en tanto acontecimiento singular.

Según él, cuando Kant se pregunta por la ilustración quiere preguntar ¿Qué ocurre en este momento? ¿Que nos sucede? ¿Que es este mundo, este momento preciso en que vivimos? O si se quiere: ¿Quiénes somos? ¿Que somos en tanto que *aufklärer*, en tanto que testigo del siglo de las luces? ¿qué somos hoy en la contingencia histórica que nos hace ser lo que somos? La cuestión cartesiana se orienta al ¿quién soy? Es decir, quien soy yo pero en tanto sujeto único, universal y no histórico el interrogante que propone Kant es diferente: ¿Quiénes somos nosotros en este momento preciso de la historia?

---

<sup>56</sup> Por ejemplo en la filosofía antigua y medieval el tema de la actualidad que muda permite formular el interrogante en torno a lo que permanece y lo que muda, en la filosofía moderna S. XVI y XVII se relacionaban unos autores antiguos con doctrinas actuales.

Ello sugiere que el análisis crítico del mundo en que vivimos constituye cada vez más la gran tarea filosófica.<sup>57</sup> Es a través de esta forma de interrogar kantiana, que Foucault se pone en contacto con las dos tradiciones críticas del pensamiento contemporáneo. Por una parte, lo que él llama una *analítica de la verdad* que tiene como finalidad principal preguntarse por las condiciones de posibilidad del conocimiento científico y su historia, allí se incluyen la mayor parte de las filosofías anglosajonas y tendencias epistemologizantes: Kant, las diversas formas de positivismo, el neokantismo, el historicismo, el falsacionismo, la propuesta historicista de Kuhn, Bachelard, etc.

Por otra, la tradición crítica que se pregunta por los matices o formas de ser de las sociedades contemporáneas, por la racionalidad de su organización política, económica y cultural, muy propia de ámbito alemán y que él denomina *ontología de la actualidad u ontología del presente*, que reclama su dominio en la filosofía de la cultura. Esta tradición está presente ya en Hegel y Nietzsche, y atraviesa todo el pensamiento alemán hasta la escuela de Frankfurt.<sup>58</sup> Es fundamentalmente en este segundo itinerario en el que Foucault localiza su proyecto intelectual<sup>59</sup>.

Las preocupaciones de Foucault, no tienen como propósito una analítica de la verdad, no se interesa tanto por saber si una disciplina ha alcanzado la madurez suficiente para que se le pueda rotular según unas normas de validez como

---

<sup>57</sup> Foucault, Michel. *¿Qué es la ilustración?* En *Saber y Verdad*. Las ediciones de la Piqueta. Madrid. 1991. pp. 198.

<sup>58</sup> Morey, Miguel. *Introducción, Tecnologías del yo y otros textos afines*. Ediciones Paidós ibérica, S.A. Barcelona. Pág. 23. 1990.

<sup>59</sup> Alvares – Uria, Fernando y Varela, Julia. *Prologo*, *Saber y Verdad*, (Michel Foucault) Editorial la piqueta, Madrid, 1991. Pág. 7.

científica. Su investigación mas bien se pregunta, por la forma como históricamente se han ido formando esas normas de validez a través de unas prácticas sociales específicas, y como estas se articulan a unas relaciones de poder.

Por ello cuando Foucault se pregunta por las formas jurídica o la prisión, no tiene como objetivo establecer un estatuto epistemológico para alguna de las disciplina en donde tiene lugar la elaboración de esos saberes, su finalidad es otra, por ejemplo, mostrar como la práctica jurídica es un espacio propicio en la formación de subjetividades.

## **2.5. La tarea crítica de Foucault**

En el anterior sentido, la tarea critica de Foucault están orientadas esencialmente a poner al descubierto las condiciones que permiten que en nuestra sociedad y en nosotros opere el conjunto normas y creencias que la hacen posible. Su intención es la de señalar sus limites, pero no se trata de mostrar esos *a priori históricos* como fundamentos trascendentales ni estructuras universales, ni de verlos como consecuencias de una teleología que garantizan una racionalidad,.

Por el contrario, al señalar sus límites, trata de mostrar la singularidad de los procesos históricos que se hacen parecer como sometidos a una estructura universal o a una necesidad racional. En ese sentido, su crítica quiere exponer las

condiciones históricas y humanas, que hacen posible que aceptemos ese conjunto de valores y evidencias como inexorables.

No hay intención de narrar el origen, la génesis de una institución o práctica social específica, tampoco se trata de buscar un fundamento epistemológico de las disciplinas que surgen en torno o con ocasión de esas prácticas; sus trabajos no pueden identificarse ni con una historia social de las instituciones, ni con una historia de las ciencias cuya finalidad sea la de establecer constantes históricas.

Desde esta perspectiva, no es posible ubicar ni identificar los análisis históricos de Foucault con la forma propuesta por los historiadores de oficio o con las reconstrucciones racionales de la historia de la ciencia que realizan los epistemólogos; si se quiere identificar su trabajo con un objeto de estudio específico, debe decirse que sus investigaciones pretenden realizar una historia de la razón o de la verdad; sus preguntas se dirigen siempre al presente: al tipo de racionalidad que permite aceptar que a los locos se les encierre para curarlos o a los criminales para corregirlos, que a la locura se le pueda identificar con una enfermedad mental o que nos percibamos a nosotros como distintos de los locos o criminales.

Los interrogantes de Foucault se orientan a lo impensable, a lo no obvio, a lo no evidente. Sus relatos pretenden mostrar como en nuestra historia ha sido posible constituir formas de subjetividades.<sup>60</sup> (El loco, el criminal, el anormal, etc.)

---

<sup>60</sup> Cuando Foucault investiga la sexualidad no es para historiografiar el instinto sexual sino para mostrar el modo en que los sujetos han sido objetivados por lo que hemos llamado la sexualidad. Igualmente cuando se estudia las formas jurídicas de lo que se trata es de mostrar la manera como a partir de una técnicas de poder y unas formas de saber se definen ciertas reglas de juego

Ellas no se proponen realizar un nuevo metarrelato, una nueva historia global de unos objetos o fenómenos, su finalidad es la de singularizar ciertas practicas y discursos que en nuestra sociedad han dado origen a múltiples formas de subjetividades.

La lectura que propone de la historia hace que se desmorone el immaculado y grandioso origen que la historia global asigna a los ideales, las actitudes, las instituciones, los valores, etc. muestra mas bien que las mismas son producto de contingencias históricas elaboradas (diseñadas) a posteriori para justificar su aparición histórica y borrar su origen arbitrario, injusto y azaroso.

## **2.6. Nietzsche: una filosofía de la sospecha**

Sin embargo, esta critica filosófica de la razón que lleva a cabo Foucault a partir de los análisis históricos, no puede dejar de reconocer sus deudas teóricas con los trabajos de historiadores como Philippe Ariés, Fernand Braudel, Georges Duby, Paul Veyne y su maestro Canguilhem, pero por sobre todo, tal y como el mismo lo ha reconocido, con el análisis genealógico propuesto por Nietzsche.

Las lecturas de Nietzsche permitirán que se opere en su forma de análisis una ruptura con la tradición fenomenológica (Merlau-Ponty, Sartre, etc.) de la que hasta ese momento era deudor. Nietzsche le señalará el camino para un uso intempestivo de la historia, un uso genealógico que se busca fragmentar el orden

---

que permiten surgir formas de subjetividad. (Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Editorial Gedisa. Barcelona, España. 1998. Quinta reimpresión. Pág. 17.)

admitido de las cosas, al mostrar el origen inconfesable de nuestros valores y creencias: sea por que surgen de su contrario, sea por que son productos arbitrario y fortuitos legitimados *a posteriori* por un discurso.

La genealogía no tiene por fin recolectar una información para exponerla fielmente según la tradición, ella es ahora el ejercicio de una sospecha frente a lo dado y tiene su antecedente en un modelo de análisis ya utilizado con anterioridad en el pensamiento europeo y que él denominó “contrahistoria”, debido a la utilización que se hace del conocimiento histórico.

## **2.7. El análisis contrahistórico**

Esta forma de análisis usa la información histórica (Siglo XVI y SS) para deslegitimar al poder monárquico lo que conduce a la inversión de las funciones tradicionales de la historia. La historia desde el mundo romano hasta el medioevo, había servido para justificar el orden político, fascinar a los hombres o glorificar el poder con la narración de las gestas de los héroes.

El análisis *contrahistórico* utilizado por la burguesía y los grupos populares ingleses (S. XVII) así como por la aristocracia francesa (S. XVIII) para cuestionar el poder monárquico ya prefiguran los estudios de Nietzsche. Estos análisis tienen dos características: por una parte señalan como en realidad el orden descansa, no en la racionalidad de un derecho, sino en el azar, la guerra y la sumisión injusta,

por otra, el narrador no es el filósofo ecuánime y neutral, el narrador está involucrado en la lucha que narra.

Finalmente, el triunfo de los vencedores sobre los vencidos no se explica por la superioridad de unos sobre otros, sino como producto de traiciones y astucias inconfesables. En los siglos XVII y XVIII, estos análisis ponían en entre dicho el origen divino de los monarcas así como su pretendida racionalidad política que se hacía descansar en el derecho y la justicia.

## **2.8. La pluralidad de racionalidades**

Foucault se abstiene del uso de una razón universal, lo que no puede entenderse como el rechazo de la misma para caer en el irracionalismo. Reconoce la ambivalencia en el uso de la razón al ser ella una necesidad y un peligro a la vez, en la medida en que no se puede dejar de apelar a ella pero tampoco podemos controlar las consecuencias de su utilización.

Sus análisis muestran que la misma varía según el campo de experiencia en que se use, de allí la exclusión de conceptos formales o genéricos sobre la razón. La razón también tiene su historia. No es la misma razón instrumental la que se utiliza en el siglo XVII que tiene como finalidad excluir, apartar o segregar a los locos y criminales, que la razón instrumental utilizada en el Siglo XIX que busca un efecto normalizador y corrector.

Lo anterior muestra que en Foucault hay una concepción pragmática de la razón, un *pluralismo racional* que ve en ésta un acontecimiento singular que se constituye al interior de una práctica social cambiante. (racionalidad psiquiátrica, criminológica, médica, etc.). Este desconocimiento de una razón única o universal en cualquiera de sus versiones: *Vernunft* (Hegel), razón vital (Ortega ), razón comunicativa (Habermas) entre otras y la apuesta por un *pluralismo racional* ha sido vista por algunos<sup>61</sup> como una nueva vuelta al relativismo.

Sin embargo, sus textos parecen decir otra cosa, es posible constatar en más de uno, que Foucault no niega la noción de “progreso científico” como un instrumento de estudio ineludible, o las rupturas al interior de una disciplina científica que originan una nueva forma de la verdad, ni tampoco la existencia de normas epistemológicas, que regulan la validez de los enunciados.

## **2.9. Foucault y la crítica del sujeto**

Este proyecto crítico de Foucault o puede entenderse desarticulado de su crítica al sujeto, de su pregunta por el sujeto y por la formación de las subjetividades en nuestra historia. Sus trabajos proponen de entrada una ruptura con la filosofía del sujeto que ve en éste una instancia constituyente, un ser trascendental, una condición de posibilidad de conocimiento o de sentido. Para Foucault el sujeto no es esencia, fundamento o estructura universal, dada de antemano que se realiza

---

<sup>61</sup> Especialmente Habermas y sus discípulos. Podemos hacer mención a las críticas de Hilary Putnam, quien lo acusa de fundar sus teorías en un relativismo epistemológico.

en todas sus posibilidades y que por lo mismo es el espacio absoluto de donde emerge toda significación posible. El sujeto es una creación histórica, un “invento” que no permanece, que se configura a partir de prácticas sociales y culturales, de allí que no se a posible hablar de un sujeto único y universal sino de una multiplicidad de sujetos y de subjetividades.

Foucault señala como cuando se hace historia, se parte de la existencia de ese sujeto de conocimiento, y de su representación, que se constituye en condición de posibilidad del conocimiento y de la verdad. De lo que se trata es de indagar como se produce a través de la historia ese sujeto de conocimiento, que aparece como si fuese dado definitivamente. De mostrar como más bien se constituye al interior mismo de la historia y como a cada instante es fundado y vuelto a fundar. El proyecto crítico de Foucault buscaría llevar a cabo, en ese sentido, *la constitución histórica de un sujeto de conocimiento a través de un discurso tomado como un conjunto de estrategias que forman parte de las prácticas sociales.*<sup>62</sup>

Foucault muestra como las prácticas, arbitrarias y azarosas, se confabulan para dar origen a las diversas constituciones del sujeto moderno, de allí que uno de sus propósitos sea el de reelaborar la historia de los diferentes *modos de subjetivación* de los seres humanos en nuestra cultura. En ellos trata de señalar los *modos de objetivación* que trasforman a los seres humanos en sujetos: una de

---

<sup>62</sup> Foucault . Op. Cit. Pág. 16-17

ellas son *las forma de saber* que al objetivar al sujeto lo convierten en dominio posible de conocimiento.<sup>63</sup>

Desde esta perspectiva crítica del sujeto el mismo autor sintetizaba su proyecto intelectual desde una ontología crítica del presente<sup>64</sup> así:

- Ontología histórica de nosotros mismos en relación a la verdad que nos constituye como sujetos de conocimiento
- Ontología histórica de nosotros mismos en las relaciones de poder que nos constituyen como sujetos actuando sobre los demás
- Ontología histórica de nosotros mismos en la ética por medio de las cual nos constituimos como sujetos de acción moral

### 3. LA ARQUEOLOGIA DEL SABER

#### 3.1. Arqueología y discurso

Foucault ha denominado *arqueología del saber*<sup>65</sup> al análisis del *cuadro* que se realiza sobre una historia general, no global. Esta no se identifica con el espíritu de

---

<sup>63</sup> Esta problemática esta presente en *Las Palabras y las Cosas*, cuyos interrogantes intentan hacer explícito los dominios de saber que han permitido la constitución de las ciencias que al objetivar al hombre como ser que habla lo estudia como ser simbólico y fuente de significaciones, (estudios filológico-cultural) o la objetivación que se opera para analizar al ser vivo que tiene representaciones, percepciones y deseos, (investigaciones biológico-psicológicas) o en el caso del ser que trabaja y que está subordinado a las relaciones sociales (estudios económico-sociológicos). Otra práctica examinada por él tiene que ver con *las técnicas de poder*, analizadas en libros como *La Historia de la Locura, Nacimiento de la Clínica, La Verdad y las Formas jurídica y Vigilar y Castigar, Historia de la sexualidad tomo 1*. Foucault denomina a estas *prácticas escindentes (prácticas divisantes)* a partir de las cuales se individualizan y escinden a los seres humanos en normal y anormal, sano y enfermo, delincuente y honesto., etc, y que se hacen visible en las prácticas de internamiento, disciplina, encerramiento, reeducación, examen, indagación, confesión. Estas prácticas dividen al sujeto al interior de sí mismo o lo dividen de los otros. Finalmente, las prácticas que los seres humanos utilizan para modelar sus propias vidas y que permiten al sujeto dar forma a su propia existencia, temas son investigados por él en los últimos dos tomos de *La Historia de la Sexualidad* y en un libro póstumo *La tecnología del Yo*.

<sup>64</sup> Morey. Ibidem. Pág. 25

una época o con un conjunto de fenómenos, hechos, instituciones, etc., que podrían realizarse en una historia de las ideas. El cuadro se expresa a través de un discurso que articula regularidades y en ellos se incluyen lo que Foucault denomina umbrales, cortes, discontinuidades y límites.

El *discurso* en la obra de Foucault es *lo que se dice*, es un orden que precisa un campo de experiencia y de saber posible, por lo mismo define *el modo de ser* de los objetos que aparecen en el campo delimitado; en él se hacen visibles una serie de procedimientos que permiten distinguir lo admitido de lo no admitido, lo normal de lo anormal, etc. El discurso, en ese sentido, no es elaborado por los hombres, más bien, es él el que forma a los hombres, el que los aloja o los excluye.

La arqueología también puede verse como una tentativa de establecer un conjunto de condiciones en las que se ejerce la función enunciativa,<sup>66</sup> por ello no puede identificarse con una historia más de las ideas<sup>67</sup>. Ella se orienta al análisis de los discursos, pero no viendo en estos un signo que esconda un discurso o un

---

<sup>65</sup> Ferrater Mora. Op. Cit. pp. 241.

<sup>66</sup> Véase, Michel Foucault. *La Arqueología del Saber. La función enunciativa*. Siglo veintiuno editores, décima edición, pp. 146-177. Foucault entiende por *enunciado*, algo distinto de lo que se entiende en la lógica y la gramática; según él, un enunciado es *un decir* que se comprende en función del contexto. El enunciado es una unidad básica superponible a unidades elementales básicas gramaticales o lógicas. Todo enunciado se entiende en virtud de una función (*función enunciativa*) en donde se tiene en cuenta, no sólo la relación del que se establece entre el sujeto que enuncia y el enunciado, es decir, lo que enuncia, sino también la relación que se establece entre el contexto de enunciados y el modo como el sujeto funciona con ellos. (Véase, Ferrater Mora. Op. Cit. pp.1033).

<sup>67</sup> Michel Foucault. Op. Cit. *Arqueología e historia de las ideas*. pp. 227-235.

objeto, le interesa el discurso en su especificidad, el *discurso-objeto* o si se quiere, *los tipos y reglas de prácticas discursivas que atraviesan obras individuales*.<sup>68</sup>

### 3.2. Arqueología y análisis histórico

Podemos decir que si bien la propuesta arqueológica de Foucault se interesa por la historia, lo hace de un modo específico: sus trabajos sobre la historia de la locura, la historia la sexualidad, el nacimiento de la prisión o la clínica, toman distancia de la tradición historiográfica narrativa clásica de los grandes metarrelatos, su historia no es una historia global y continua en el que los acontecimiento se explicarían atados a una racionalidad evolutiva.

En ese sentido, su misión no es la de realizar la historia del pensamiento en general, sino de lo que hay de pensamiento en una cultura,<sup>69</sup> y de todo aquello en lo que hay pensamiento; es decir, *saber*. La arqueología del saber sugiere una forma especial de interesarse por la historia, su aproximación a ella no tiene un propósito interpretativo. El hecho histórico permite poner de presente una determinada forma de ver y hablar, no para descubrir los que esos enunciados y

---

<sup>68</sup> La arqueología no pretende ser psicología, sociología o antropología de la creación de una obra, no aspira a descubrir continuidades históricas en el discurso, ni quiere restituir lo que ha sido pensado ( querido, experimentado, deseado, etc.,) por el sujeto en el momento de *proferir el discurso*, es una reescritura, una descripción sistemática de un discurso-objeto. (Ferrater Mora. Op. Cit. pp. 241)

<sup>69</sup> Aquí hay que señalar que para Foucault hay pensamiento en la filosofía y en la ciencia, pero también lo hay en una novela, en una jurisprudencia, en un discurso político, en un sistema administrativo como la prisión, etc. esta tesis está articulada a su afirmación de que la filosofía no existe, en la medida en que no se halla actualizada en ningún discurso, ni en ningún texto, la misma e ha diseminado en una multitud de actividades diversas. (Véase a Miguel Morey. *Lectura de Foucault*. Ediciones Taurus, S.A. Madrid. 1983. pp. 15-16. infra 1)

esas visibilidades esconden sino para interrogar en la realidad el modo en que ellas existen.<sup>70</sup>

### 3.3. Arqueología y episteme

Ahora bien, al interesarse por ciertas prácticas sociales no lo hace para instalarse en ellas sino para captar el sentido estratégico de las formaciones discursivas, sus transformaciones y sus correlaciones.<sup>71</sup> Formación, transformación o umbral y correlación se convierten en los tres criterios que permiten a Foucault sustituir la historia totalizante, por el análisis diferenciado, según un campo epistemológico o episteme (*épistème*).

La episteme es lo que permite demarcar un campo de conocimiento posible, en palabras de Foucault, es un *espacio de dispersión*, un *campo abierto y sin duda indefinidamente descriptible de relaciones*<sup>72</sup> que define la forma como los objetos son percibidos, agrupados, definidos; por ello no puede identificarse con una suma de conocimientos o un estilo general de investigaciones. La *episteme* por consiguiente, es un *lugar* desde donde el cual el sujeto conoce según unas reglas

---

<sup>70</sup> Foucault. Michel. *La Arqueología del Saber*. Siglo veintiuno editores, décima edición. Pág. 143

<sup>71</sup> Mauricio García V. Eficacia Simbólica del derecho, ediciones Uniandes, Santa fe de Bogotá. 1991. Pág. 47 . Véase además, Foucault, Michel. *Saber y Verdad, La función política del intelectual. Respuesta a una cuestión*, Las Ediciones de la Piqueta , Traducción y prólogo: Julia Varela y Fernando A. Madrid, 1991. pp. 50.

<sup>72</sup> Foucault. Ídem. pp. 51. Véase además Miguel Morey. Op. Cit. pp. 122 y Ferrater Mora. Op. cit . pp. 1039.

estructurales, no obstante lo anterior, no puede hablarse de continuidad entre diversas epistemes ni historia de *epistemes*<sup>73</sup>.

#### **4. LA GENEALOGIA DEL PODER**

Si la *arqueología* como el mismo Foucault lo afirma intenta alcanzar un cierto modo de descripción de los regímenes de saber en dominios determinados, definir y caracterizar un nivel de análisis en el dominio de los hechos en un corte relativamente breve, la *genealogía* pretende, apelando a la noción de relaciones de poder, explicar lo que la arqueología describe, la genealogía explica o analiza el nivel de la arqueología.

##### **4.1. La genealogía y la crítica al origen**

La genealogía es gris, meticulosa y pacientemente documentalista<sup>74</sup>, no busca describir ni ordenar génesis lineales de eventos, esto supondría que el mundo que se explora no ha estado sometido a las luchas, invasiones y trampas. La genealogía quiere percibir la singularidad de los sucesos y encontrarlos allí donde no se espera que estén: como en los sentimiento, el amor o los instintos; o definir el punto de su ausencia, el momento en que no han tenido lugar. Ello hace que el

---

<sup>73</sup> En el caso de las ciencias humanan no han constituido la episteme moderna, sino por el contrario, es la disposición general de la episteme la que permite su establecimiento.

<sup>74</sup> Para el desarrollo de la idea de genealogía en Foucault voy a tomar como guía su artículo *Nietzsche, la genealogía, la historia*. En *Microfísica del poder*, Las ediciones de la Piqueta, 1992.

espacio de la genealogía lo configuren las sendas embrolladas, garabateadas, muchas veces reescritas; y por ella, como lo sugirió Nietzsche, se opone a la búsqueda del origen.<sup>75</sup>

La búsqueda del origen presupone encontrar lo que estaba ya dado, lo que se adecua con una imagen previa. Es considerar como ocasionales las trampas y los disfraces que ha estado presente en los eventos. La genealogía por el contrario, reconoce que detrás de las cosas no hay esencia, que la misma fue construida a partir de figuras que le eran extrañas y que detrás de la excelsa razón que la justifica, se halla lo inconfesable y lo bajo: en el comienzo histórico de las cosas, no se halla la identidad aún preservada de su origen sino la discordia con las otras cosas, el disparate, el error.<sup>76</sup>

Los términos *Herkunft* o *Entstehung* precisan con más acierto el objeto propio de la genealogía que *Ursprung*. Comúnmente se les traduce por origen pero ello no es totalmente acertado. Fuente o *procedencia* parece que expresa mejor el significado de *Herkunft*, sin embargo no se trata de encontrar los caracteres genéricos que permitan asimilar una cosa o un individuo a otro por pertenencia un grupo sino de percibir todas las marcas sutiles y singulares que permita ponerlas aparte y establecer una diferencia.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> Foucault. Ibidem, Pág. 7-8

<sup>76</sup> Foucault. Ibidem, Pág. 10

<sup>77</sup> "...Allí donde el alma pretende unificarse, allí donde el Yo se inventa identidad o una coherencia, el genealogista parte a la búsqueda del comienzo —de los comienzos innumerables que dejan esa sospecha de color, esta marca casi borrada que no podría engañar a un ojo un poco histórico—; el análisis de la procedencia permite disociar al Yo y hacer pulular, en los lugares y plazas de sus síntesis vacías, mil sucesos perdidos hasta ahora. (Foucault. Ibidem. Pág. 13.)

La procedencia exige mantener lo que aconteció en la dispersión que le es propia, reconociendo los accidentes, las desviaciones, los errores, los malos cálculos que dan cuenta de lo que existe y es válido para nosotros, permite descubrir que en la raíz de lo que aceptamos, conocemos y somos no se halla ni la verdad ni el ser sino la exterioridad del accidente.<sup>78</sup>

#### 4.2. Genealogía: invención y ruptura

En la primera conferencia publicada en el texto *La verdad y las formas jurídicas*, apoyándose otra vez en Nietzsche, distingue entre *Erfindung* (invención) y *Ursprung* (origen). Señala Foucault que Nietzsche le criticó a Schopenhauer su error en querer encontrar el origen de la religión en un sentimiento metafísico presente en todos los hombres, lo que presupondría que la religión estaba dada, implícita, en ese sentimiento metafísico.

Pero la historia no puede hacerse de esa manera por que la religión no tiene origen (*Ursprung*) sino que fue inventada, hubo una *Erfindung*, en un momento dado hubo algo que la hizo aparecer. Este hecho señala una relación fundamental de oposición entre la continuidad que presupone el origen de algo y la ruptura de la invención.<sup>79</sup> La invención presupone por una parte la “ruptura” y por otro la señal de que lo inventado posee un comienzo bajo, inconfesable, mezquino,

---

<sup>78</sup> Foucault. *Ibiden*, Pág. 13

<sup>79</sup> Foucault, Michael. *La verdad y las formas jurídicas*. Editorial Gedisa. 1998. Pág. 21

sometido a las oscuras relaciones de poder por oposición al origen solemne de los filósofos.<sup>80</sup>

La expresión *Entstehung* hace relación a emergencia más que a origen, el punto de surgimiento, el principio y la ley singular de la aparición sin recurrir a la noción de fin o finalidad, que implica la percepción de que las cosas aparecieron siempre desde el principio para un destino específico<sup>81</sup>. La noción de origen supondría que las cosas están sometidas a un oscuro destino desde el primer momento. La genealogía desmitifica el poder anticipador de un sentido y en su lugar sugiere la existencia de *el juego azaroso de las dominaciones*.

### 4.3. El azar y la lucha

La genealogía muestra que la *Entstehung* se produce siempre en un estado de fuerza<sup>82</sup>, por ello la emergencia es la entrada en escena de las fuerzas. Si la procedencia designa la cualidad, el grado, la marca de un cuerpo, la emergencia señala el espacio del enfrentamiento, sin que este se equipare a un campo

---

<sup>80</sup> “El historiador no debe temer a las mezquindades pues fue de mezquindad en mezquindad, de pequeñez en pequeñez, que finalmente se formaron las grandes cosas. A la solemnidad del origen es necesario oponer, siguiendo un buen método histórico, la pequeñez meticulosa e inconfesable de esas fabricaciones e invenciones. Foucault. Op. Cit. Pág. 21-22.

<sup>81</sup> Según esta noción el ojo apareció desde el principio de los tiempos destinado a la contemplación o el castigo hubiese surgido con la finalidad de dar ejemplo, cuando en realidad el ojo primero sirvió para la caza y la guerra y el castigo para vengarse, excluir al agresor, meter miedo a los otros. (Foucault. Ibidem. Pág. 15)

<sup>82</sup> “El análisis de la *Entstehung* debe mostrar el fuego, la manera como luchan unas contra otras, o el combate que realizan contra las circunstancias adversas, o aún más, la tentativa que hacen (...) para escapar a la degeneración y revigorizarse a partir de su propio debilitamiento. Por ejemplo la emergencia de una especie (animal o humana) y su solidez están aseguradas ‘mediante un largo combate contra condiciones constantemente y esencialmente desfavorables’” (Foucault. Ibidem. Pág. 16)

cerrado en el que los adversarios estarían en igualdad de condiciones; éste es mas bien un no lugar, una pura distancia que muestra que los adversarios no pertenecen a un mismo espacio, un intersticio.

Nadie puede por ello puede ser responsable ni vanagloriarse de una emergencia.<sup>83</sup> La genealogía definida como búsqueda de la *Herkunft* y de la *Entstehung* invierte la relación aceptada habitualmente entre la irrupción de un suceso y la necesidad continua defendida por la tradición de la historia (racionalista o teológica), que disuelve el suceso singular en una continuidad ideal teleológica o natural,<sup>84</sup> mostrando las fuerzas presentes en la historia que no obedecen ni a un destino ni a una mecánica, sino al azar de la lucha<sup>85</sup>

La genealogía explica el conocimiento y la diferenciación de los valores, apelando a las relaciones de dominación de unos hombres sobre otros, según esta, es como consecuencia de esa dominación que aparecen las idea de libertad,

---

<sup>83</sup> Foucault. Ibidem. Pág. 17.

<sup>84</sup> La aproximación a la historia que propone la genealogía se opone a las tres modalidades de la historia que propone el platonismo y que pretenden hacer de la historia una contra-memoria que evite la sujeción a un modelo metafísico o antropológico: (i) Una tiene que ver con la utilización de la parodia y bufa que se opone a la historia- reminiscencia o reconocimiento, (ii) otro es el uso disociativo y destructor de identidad que se opone a la historia -continuidad y tradición. (iii) finalmente, el uso sacrificial y destructor de verdad que se opone a la historia-conocimiento.

<sup>85</sup> “Al contrario del mundo cristiano, tejido universalmente por la araña divina, a diferencia del mundo griego dividido entre el reino de la voluntad y el de la gran estupidez cósmica, el mundo de la historia efectiva no conoce más que un solo reino, en el que no hay ni providencia ni causa final (...) ...Aun más, no hay que comprender este azar como una simple jugada de suerte, sino como el riesgo siempre relanzado de la voluntad de poder que a toda salida del azar opone, para matizarla, el riesgo de un mayor azar todavía. Si bien el mundo que conocemos no es esta figura , simple en suma , en la que todos los sucesos se han borrado para que se acentúen poco a poco los rasgos esenciales, el sentido final, el valor primero y último; es por el contrario una miríada de sucesos entrecruzados (...) Creemos que nuestro presente se apoya sobre intenciones profundas, necesidades estables; pedimos a los historiadores que nos convenzan de ello. Pero el verdadero sentido histórico reconoce que vivimos, sin referencias ni coordenadas originarias, en miríadas de sucesos perdidos” (Foucault. Ibidem. Pág. 21-22)

de lógica, de derecho y obligaciones, de procedimientos y de regla.<sup>86</sup> En si misma, las reglas están vacías, son violentas y carecerían de finalidad, pueden asimilarse por ellos a herramientas o utensilios que permiten servir a esto o aquello. La cuestión es saber quién hará uso de ella en el juego de la historia, quién ocupara la plaza de aquellos que la utilizan hoy, quien se disfrazará para pervertirlas y usarla contra aquellos que las crearon, haciendo que los dominadores se vean dominado por sus propias reglas<sup>87</sup>

Spinoza afirmaba que para comprender las cosas en su naturaleza y en su verdad, es necesario abstenerse de reír de ellas, deplorarlas o detestarlas, Nietzsche sostiene todo lo contrario, el conocimiento es el resultado de cierto juego, composición o compensación entre reír, deplorar y detestar. Estas tres pasiones o impulsos tienen en común el que permiten mantener a distancia el objeto en el acto de conocimiento, no permiten la identificación con el objeto sino su diferenciación, ello sugiere que en el acto de conocimiento hay una voluntad oscura de romper con el objeto, de protegerse de él por la risa, desvalorizarlo por el acto de deplorar, y finalmente, destruirlo por el odio.

Por consiguiente, en la raíz del conocimiento no hay impulsos que aspiren a la unidad y al amor sino al odio, al desprecio o el temor frente a todas aquellas cosas

---

<sup>86</sup> "Sería un error creer, siguiendo el esquema tradicional, que la guerra general, agotándose e sus propias contradicciones, termina por renunciar a la violencia y acepta suprimirse a sí misma en las leyes de la paz civil. La regla , es el placer calculado del encarnizamiento, es la sangre prometida. Ella permite relanzar sin cesar el juego de las dominaciones. Introduce en escena una violencia repetida meticulosamente. El deseo de paz, la dulzura del compromiso. La aceptación tacita de la ley, lejos de ser la gran conversión moral, o el útil calculo que ha dado luz a las reglas, a decir verdad, no es más que el resultado y la perversión..." (Foucault. Ibidem. Pág. 18.)

<sup>87</sup> Foucault. Ibidem. Pág. 18

que son amenazadoras o presuntuosas.<sup>88</sup> En consecuencia, no existe adecuación al objeto, ni asimilación, ni nada que se parezca al amor o la felicidad, hay más bien, distancia, odio, hostilidad y dominación.

Los filósofos se engañan y los estudiosos del derecho más aún cuando lo tratan de explicar en términos de adecuación, amor, paz perpetua, consenso, discurso racional, pacificación. No es posible comprender el conocimiento o el derecho desde la forma ascética tradicional de la filosofía y del filósofo, de ahí que si queremos saber que es y conocerlo realmente debemos acercarnos a él no como filósofos sino como políticos.<sup>89</sup>

## II. LA VERDAD Y LAS FORMAS JURÍDICAS

El texto que lleva por título *La verdad y las formas jurídicas*, se inscribe en el marco de los estudios genealógicos de Foucault. En el se señala desde el inicio que se trata de un investigación que si bien tiene como eje las formas jurídicas, ella se inscriben en una investigación que quiere responder a tres problemáticas.

la primera indaga por las prácticas sociales y a la forma como a partir de estas se generan dominios de saber que no sólo permiten la aparición de nuevos objetos, conceptos y técnicas sino que permiten el surgimiento de formas nuevas

---

<sup>88</sup> Foucault, Michael. )p. cit. Pág.26-27

<sup>89</sup> "Para saber qué es, para conocerlo realmente, para aprehenderlo en su raíz, en su fabricación, debemos aproximarnos a él no como filósofos sino como políticos, debemos comprender cuales son las relaciones de lucha y de poder. Solamente en esas relaciones de lucha y poder, en la manera como las cosas entre sí se oponen, en la manera como se odian entre sí los hombres, luchan, procuran dominarse unos a otros, quieren ejercer relaciones de poder unos sobre otros, comprendemos en que consiste el conocimiento." (Foucault . Op. Cit. Pág. 28.)

de sujetos y de sujetos de conocimientos.<sup>90</sup> La segunda problemática tiene una intención metodológica y que tiene que ver con el análisis de los discursos no como meros hechos lingüísticos sino como juegos estratégicos y polémicos de acción y reacción, de pregunta y respuesta, de dominación y retractación y también de lucha.<sup>91</sup> El tercer tema de investigación se constituye en un punto de encuentro de los dos anteriores y tiene que ver con una reelaboración de la teoría del sujeto en donde este aparezca desligado de la preeminencia que desde descartes se le ha dado en la filosofía occidental. A la cual ya hemos hecho referencias líneas atrás.<sup>92</sup>

Ahora bien la importancia de lo jurídico en el análisis de Foucault, radica en que para éste, las practicas judiciales están entre las más importantes de las prácticas sociales., pues para él, la manera en que los hombres se arbitran los daños y las responsabilidades, la forma en que se juzga a los hombres por los errores cometidos, las compensaciones y los castigos que se imponen por las acciones son formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividades, formas de saber, y por consiguiente relaciones entre el hombre y la verdad.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> En contra del marxismo académico que presupone que el sujeto de conocimiento y las formas de conocimiento se dan de alguna manera previa y definitivamente, de tal suerte que sólo hay que indagar por la manera como ellas se imprimen o depositan en el sujeto de conocimiento, Foucault señala que no sólo el sujeto de conocimiento y la relación que se establece entre éste y el objeto sino también la verdad misma poseen una historia (Foucault . Op. Cit. Pág 13-14)

<sup>91</sup> Foucault . Op. Cit. Pág. 14-15

<sup>92</sup> Foucault . Op. Cit. Pág. 16-17

<sup>93</sup> Foucault . Op. Cit. Pág. 17

## **1. LA PRACTICA JUDICIAL GRIEGA Y LA FORMACIÓN DE LA VERDAD**

### **1.1. La verdad como resultado de una prueba o juego**

La segunda conferencia se sugieren dos procedimientos judiciales o litigios presentes en la civilización griega que dieron origen a modelos de constitución de la verdad presentes en nuestra civilización y que valen no sólo en el dominio de la política sino en el de la ciencia. El primero de ello es bastante arcaico y se encuentra en la obra de Homero, se trata de la disputa que surge entre Antíloco y Menelao durante los juegos que se realizaron en honor a la muerte de Patroclo en el que se lleva a cabo una carrera de carros. Al producirse una irregularidad Menelao eleva una queja en contra de Antíloco ante el juez.

La disputa no se resuelve no se apela a el testigo que observó el hecho sino que la verdad aparece como consecuencia de un desafío, un juramento ante Zeus; en ese momento Antíloco ante el juramento que es una prueba, renuncia y no jura. Llama la atención de Foucault, que la forma de producir la verdad es una especie de juego o prueba, no de testimonio, y que en este procedimiento no hay juez ni sentencia, ni modo de establecer quien dice la verdad.

### **1. 2. La verdad como recuerdo o testimonio**

La segunda forma es la que aparece en *Edipo Rey*. La historia de Edipo es la historia de la búsqueda de una verdad, según Foucault, la de saber quien asesinó

a Layo, pues la peste que invade a Tebas es consecuencia de la maldición de los dioses en castigo por la falta y el crimen. Aquí aparece un personaje nuevo: el pastor que vio y que por lo tanto posee un pequeño fragmento de la historia, el pastor es el testigo.

Para Foucault una de las grandes conquistas de la democracia ateniense fue la instauración del derecho de dar testimonio, el derecho de decir la verdad y de juzgar a quienes los gobernaban, es el derecho de oponer una *verdad sin poder a un poder sin verdad*. Esta conquista de la democracia ateniense va a dar origen a una serie de grandes formas culturales: (i) las formas racionales de la prueba y la demostración que influyen en la filosofía, los sistemas racionales y los sistemas científicos. (ii) El desarrollo de la retórica y arte de persuadir, de convencer a los demás de la verdad de lo que se dice y de obtener la victoria. (iii) El desarrollo de una nueva forma de construir el conocimiento, un conocimiento por testimonio, recuerdo o indagación.

## **2. EDIPO Y LA PROBLEMÁTICA ENTRE EL SABER Y EL PODER**

En esta segunda conferencia, Foucault muestra como a través de la obra de Sófocles se puede esclarecer la relación que hay entre el saber y el poder. Según Foucault, la expresión *el saber es poder*, invierte el mito que hasta ese momento había dominado a occidente, y que había permitido separar la ciencia y el conocimiento del poder, mito según el cual la verdad nunca pertenece al poder

político. Es esta relación problemática entre el saber y el poder la que intenta esclarecer Foucault en su análisis de la obra de Sófocles *Edipo Rey*.<sup>94</sup>

Un primer análisis de la obra sugiere que Edipo es el hombre del olvido,<sup>95</sup> el que no recuerda, el que nada sabe, para Foucault sin embargo, Edipo no es aquel que no sabe, es más bien aquel que sabía mucho y que por eso unía su saber a un poder, de allí que el tema de la obra que esta presente de principio a fin es el problema del poder y como hacer para conservarlo.

Edipo simboliza al tirano griego, el que se caracteriza no sólo por el poder sino también porque poseía un cierto tipo de saber<sup>96</sup> que involucra a la experiencia y a la soledad. El saber del tirano que encarna Edipo, es el del hombre que quiere ver con sus propios ojos, sin apoyarse en nada ni nadie<sup>97</sup> y es ese exceso de saber “tiránico” y de poder “solitario” la verdadera tragedia de Edipo<sup>98</sup>.

Esta figura del tirano que sabe, presente tanto en la obra de Sófocles como en la de Platón, va a sufrir una fragmentación a partir del siglo V, de tal suerte que, en los cinco o seis siglos posteriores se operará una separación total en el que el hombre del poder será el hombre de la ignorancia.<sup>99</sup> Si el poder es ignorante, solo el filósofo y el adivino podrán estar en comunicación con la verdad: este es el gran

---

<sup>94</sup> A propósito de este análisis Foucault nos señala como esta obra es representativa de una nueva forma de relación entre el saber (conocimiento) y el poder (político), relación de la cual nuestra civilización no se ha liberado aún. (Foucault, Michael. Op. cit. Editorial Gedisa. 1998. pp. 39 )

<sup>95</sup> Sin embargo Edipo quien asesina a su padre layo en la encrucijada de los tres caminos, parecer no recordarlo, se ha olvidado de ese acto.

<sup>96</sup> Foucault. Op. Cit. pp. 54

<sup>97</sup> Foucault. Op. Cit. pp. 56

<sup>98</sup> Foucault. Op. Cit. pp. 56

<sup>99</sup> Foucault. Op. Cit. pp. 58

mito que dominará – según Foucault- toda la historia de occidente.<sup>100</sup> Esta relación entre saber y poder va a guiar gran parte de la obra de Foucault<sup>101</sup> y tendrá unas implicaciones decisivas para el análisis del derecho por parte de él y de otros.<sup>102</sup>

Los análisis de Foucault muestran, que tanto el conocimiento como la regla son el producto de las relaciones de fuerza y de poder. Nos hemos acostumbrado a pensar que el derecho y el conocimiento que obtenemos de él, a través de múltiples acercamientos y disciplinas, son el producto de una racionalidad interna desligada de las relaciones de poder, por lo que el ámbito del derecho y de la política estarían diferenciados.

Mientras que este último se ocuparía de las relaciones de fuerza o del interés por la obtención del poder, el derecho construiría su espacio en relación al conocimiento en busca de la justicia o el bien común. Sin embargo, el análisis genealógico nos muestra los disfraces que encierra esta separación entre un saber desligado del poder y un poder ignorante, o entre el derecho como ejercicio de la razón y el poder como ejercicio de la fuerza.<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> “Occidente será dominado por el gran mito de que la verdad nunca pertenece al poder político, de que el poder político es ciego, de que el verdadero saber es el que se posee cuando se está en contacto con los dioses o cuando recordamos las cosas, cuando miramos hacia el gran sol eterno o abrimos los ojos para observar lo que ha pasado. Con platón se inicia un gran mito occidental: lo que de antinómico tiene la relación entre el poder y el saber, si se posee el saber es preciso renunciar al poder; allí donde está el saber y la ciencia en su pura verdad jamás puede haber poder político. (...) Hay que acabar con ese mito (...) El poder político no está ausente del saber, por el contrario, está tramado con este (Foucault. Op. Cit. pp. 59)

<sup>101</sup> Puede consultarse del mismo autor: *Vigilar y Castigar*. El nacimiento de la prisión. Editorial Siglo XXI. 1990.

<sup>102</sup> Consúltese también a García Villegas, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho*. Ediciones Uniandes. 1993.

<sup>103</sup> García Villegas, M. Ibidem. Pág. 1.

### **3. DERECHO FEUDAL Y LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES**

#### **3. 1. El derecho germánico y el sistema de la prueba**

##### **3.1.1 El derecho germánico y derecho griego arcaico**

En la tercera conferencia Foucault nos muestra los puntos de contactos entre el derecho griego y el derecho germánico que operará en el Medioevo. El antiguo Derecho Germánico por medio del cual se resolvían los litigios guarda mucha semejanza con el Derecho Griego Arcaico, pues estos litigios, al igual que aquel, se regían por el sistema de la prueba. El sistema que reglamenta los conflictos y litigios de las sociedades germánicas de la época señalada, prescribe un procedimiento regido por la guerra y la transacción, es una prueba de fuerza que puede terminar con un acuerdo, no hay un tercer individuo neutro que busca la verdad o que puede determinar quine de los dos miente.

##### **3.1.2. El derecho: una manera reglamentada de hacer la guerra**

En primer lugar no hay acción pública, es decir, no hay un personaje que representando a la sociedad, a un grupo o al poder tenga a su cargo acusaciones contra individuos. Para que hubiese litigio bastaba que alguien hubiese sufrido un daño, o afirmara haberlo sufrido o designara su adversario y la trama se

desarrollaba en una especie de duelo o prueba, había sólo dos personajes y nunca tres, el que se defiende y el que acusa.<sup>104</sup>

Además de lo anterior, el proceso se desarrollaba como una especie de guerra particular, por lo que el proceso penal será una especie de ritualización de la lucha entre dos individuos. El Derecho germánico no opone la guerra a la justicia, ni identifica justicia y paz, supone por el contrario que el derecho es una forma singular y reglamentada de conducir la guerra entre los individuos y de encadenar los actos de venganza. *El derecho es, pues una manera reglamentada de hacer la guerra.*<sup>105</sup>

Finalmente, a pesar de que no existía oposición entre derecho y guerra, es posible llegar a un acuerdo e interrumpir el procedimiento. Este puede lograrse mediante una transacción o en un pacto de carácter económico. Foucault advierte, que esto no puede entenderse como el rescate de una falta, pues esta noción no existe, en el derecho germánico sólo hay daño y venganza, lo que se rescata es el derecho a tener paz, a escapar de la posible venganza de su adversario.<sup>106</sup>

### **3.1.3. El sistema de pruebas germánico no probaba la verdad sino el peso o la importancia social**

·

Cuando se desmorona el Imperio Carolingio en el siglo X, el Derecho Romano cae en el olvido en favor el Derecho Germánico, por consiguiente, la forma como se

---

<sup>104</sup> Foucault. Op. Cit. Pág. 66.

<sup>105</sup> Foucault. Op. Cit. Pág. 66-67.

<sup>106</sup> Foucault. Op. Cit. Pág. 67.

reglamento la forma de resolución de los litigios en el mundo medieval fue el *sistema de la prueba*. Los conflictos se resolvían apelando a una serie de prueba aceptadas por los dos y que en manera alguna pretendían probar la verdad, ellas permitían probar la fuerza, el peso, la importancia.

En primer lugar había pruebas sociales que demostraban la importancia social de un individuo. Alguien podía probar su inocencia reuniendo doce testigos que tuviera con él relaciones de parentesco quienes juraban que él no había cometido el hecho que se le atribuía. Este acto no era en realidad un testimonio, mostraba más bien la solidaridad social que el individuo tenía, su importancia o peso en el grupo al que pertenecía y por consiguiente, el respaldo que era capaz de obtener en caso de una batalla.<sup>107</sup>

En segundo lugar encontramos las pruebas de tipo verbal. Cuando alguien era acusado debía responder con cierto tipo de formulas alegando no haber cometido el delito, el litigio se podía perder incluso sino se pronunciaba correctamente la formula, un error gramatical podía invalidar la formula, en ocasiones el acusado podía ser sustituido por otra persona y si fallaba en la formula aquel a quien remplazaba perdía el proceso.<sup>108</sup>

En tercer lugar estaban las pruebas corporales u ordalías cuya finalidad era la de someter a una persona a un juego o a una especie de lucha con su propio cuerpo, si pasaba la prueba ganaba el caso, de lo contrario fracasaba.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Foucault. Op. Cit. Pág. 69.

<sup>108</sup> Foucault. Op. Cit. Pág. 69

<sup>109</sup> Foucault. Op. Cit. Pág. 70

### **3.2 Características del sistema judicial feudal de la prueba**

El sistema de la prueba judicial feudal no busca establecer la verdad, quien ganaba la lucha ganaba el proceso y no requería que dijera ni probara la verdad. Tiene como características.<sup>110</sup> (i) Es una especie de juego de estructura binaria. Si no acepta el reto pierde el proceso, si lo acepta vence o fracasa, no hay otra posibilidad. (ii) No hay resolución o sentencia. El litigio finaliza con la victoria o el fracaso. (iii) La prueba es automática, el juez sólo interviene para garantizar la regularidad del procedimiento. (iv) Ella no establece quien dice la verdad sino quien es el más fuerte y al mismo tiempo quien tiene la razón. En el caso de la guerra o de una prueba no judicial se prueba quien es el más fuerte pero no quien tiene la razón. La prueba judicial ritualiza la guerra, opera en ella una transmutación simbólica de tal manera que permite su asociación con el derecho, permite que el más fuerte sea designado como el que tiene la razón<sup>111</sup>.

### **3.3. Derecho feudal: guerra, litigio y circulación de bienes**

¿Cómo se puede explicar esta frontera difusa entre derecho y guerra? Uno de los particularidades de la sociedad feudal europea occidental era que la circulación de los bienes y la riqueza se llevaba a cabo por la herencia o el enfrentamiento bélico, como consecuencia de ello, uno de los mecanismos más importantes para

---

<sup>110</sup> Op. Cit. Pág. 71-72

<sup>111</sup> “La prueba no tiene una función apofántica, no designa, manifiesta o hace aparecer la verdad, es un operador de derecho u operador apofántico” (Foucault. Op. Cit. Pág. 72)

el tráfico de las riquezas era la ocupación de las tierras, de un castillo o una ciudad, que daba inicio a un largo al final del cual aquel que no tiene capacidad militar debe resignarse con un pago del invasor.

La guerra, el litigio judicial y la circulación de bienes constituye un proceso único y fluctuante en la alta edad media, el derecho se convierte en un instrumento simbólico a través del cual se continua la guerra. Las riqueza no solo son representativas de bienes y signos, además son sinónimo de armas; *las riqueza es el medio es el medio por el que se puede ejercer la violencia en relación con el derecho de vida y muerte sobre los demás.*<sup>112</sup>

Privar a alguien de sus bienes es privarlo de sus armas, debilitarlo. Por un lado hallamos una concentración de las armas en manos de los poderosos que va a dar origen a la figura del monarca, por otro lado y concomitante con esto las acciones y los litigio judiciales; esto explica por que los mas poderosos intentaron controlar los litigios judiciales y las armas.

### **3.4. Poder judicial y poder político**

Sin embargo en la alta edad media no había una noción clara de poder judicial la resolución del litigio era algo que los individuos realizaban sin apelar a una figura exterior, como ya lo señalamos, solo se le pedía al mas poderoso que constatará la regularidad del proceso y no que hiciese justicia; no obstante, en la medida en

---

<sup>112</sup> Foucault. Op. Cit. Pág. 74.

que el pleito aseguraba la circulación de bienes este derecho de administrar justicia va ser confiscado por los más poderosos a mediados del siglo XII.

En la alta edad media se pasa entonces de un tribunal arbitral ocasional al que se accedía por consentimiento mutuo con la intención de poner fin a un litigio privado, a un organismo permanente de poder que puede intervenir de manera autoritaria, la alta edad media ve aparecer un conjunto de instituciones específicas y estables que dependen del poder político. Esta transformación se operó a partir de dos procesos.

A través del juego de las multas, de las confiscaciones y otros ingresos la justicia se convierte en manos de los poderosos en medio de apropiación, coerción y fuente de ingresos, producía una ganancia junto con los renta feudales. Las justicias eran unas propiedades producían bienes que se intercambiaban y se vendían o se heredaban con los feudos. Se invierte el funcionamiento arcaico de la justicia. Antiguamente era un derecho de los justiciables y un deber por parte de los árbitros, ahora es un derecho lucrativo del poder y obligación costosa de los subordinados.<sup>113</sup>

El segundo proceso es la articulación creciente entre la justicia y las fuerzas armadas. Se sustituyen las guerras privadas por una justicia obligatoria y lucrativa en la que el poder político es a su vez juez, parte y fiscal. La justicia aparece ahora apoyada por las fuerzas armadas<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> Foucault, Michel. *Sobre la Justicia popular. Debate con los Maos*. En "Dialogo sobre el poder y otras conversaciones". Alianza editorial, Madrid, 1984. Pág. 24.

<sup>114</sup> Foucault Ibíd. Pág 25.

## **4. EL NACIMIENTO DE LA INDAGACION**

Este sistema de la prueba judicial va a desaparecer a finales del siglo XII y principio del XIII para darle paso a nuevas formas de prácticas y procedimientos judiciales. En esta nueva reformulación de la justicia y de su práctica se inventó una determinada manera de saber que será decisiva para occidente: la indagación. Ahora aparece una justicia que muestra diferencias con la sociedad feudal.<sup>115</sup>

### **4.1. Características del nuevo modelo de la justicia**

El nuevo modelo de justicia tiene como características: (i) que no depende de la voluntad de los individuos sino que le es impuesta por un poder exterior al que deben someterse y que se manifiesta como poder judicial y político. (ii) Que surge una figura nueva sin referente en el derecho romano: el procurador, quien representa al soberano, al rey o al señor. (iii) Que el poder político representa a la víctima, la dobla y por consiguiente si hay un crimen o pleito se entiende que se lesiona al poder político. Por consiguiente, el procurador representa al soberano lesionado por el daño.

(iv) que surge una noción que sustituye al daño: la infracción. Anteriormente se trataba de un daño que un individuo causaba a otro y por ello el proceso tenía como eje principal la necesidad de establecer el daño y saber quien tenía la razón;

---

<sup>115</sup> Foucault. Op. Cit. Pág. 75-77.

a partir de este momento la lesión incluye al soberano, es un daño que también alcanza al poder político, a la ley misma del Estado. La infracción no es ahora un daño cometido contra un individuo, sino un ataque al orden, la ley, la sociedad, el Estado, la soberanía o el soberano.

(v) Se inventa la figura del soberano que es no sólo la parte lesionada sino la que exige reparación. El infractor no solo debe reparar el daño al que lo sufrió sino también debe reparar la ofensa cometida contra el soberano. Aparecen las confiscaciones y las multas como mecanismos de reparación de la ofensa al soberano lo que constituye un fuente de ingresos y de riqueza.

#### **4.2. Modelos de búsqueda de la verdad**

Si la víctima es el soberano es imposible que la solución del pleito se de por el mecanismo de la prueba, ni el soberano ni el procurador pueden arriesgar sus vidas o bienes cada vez que se comenta una infracción. Es en este escenario y bajo estos presupuestos que aparece el modelo de la indagación. Había dos formas o modelos para resolver la cuestión de cómo saber si alguien es culpable o no.<sup>116</sup> El modelo Intra-jurídico que provenía del antiguo Derecho Germánico y que operaba en el caso del delito flagrante cuando alguien era sorprendido en el momento de cometer el crimen. El modelo extra-jurídico, la indagación, que para la época tenía una doble existencia.

---

<sup>116</sup> Foucault. Op. Cit. Pág. 78.

Había un modelo que existía en el Imperio Carolingio. Cuando el soberano necesitaba saber algo, se apelaba un método de gestión administrativa, la *inquisitio*. El representante del poder llamaba a quienes conocían las costumbres, el derecho o títulos de propiedad y les interrogaba sobre lo que sabían o habían visto y escuchado y luego los dejaba solos para que deliberaran y solucionaran el problema.<sup>117</sup>

Estos procedimientos fueron olvidados en los siglos X y XI, pero no lo fueron del todo debido a que la iglesia merovingia y carolingia los utilizó en su beneficio. Este procedimiento se le denominó la *visitatio* que era realizada por el obispo quien debía realizar visitar a las comarcas de su diócesis. Ella se concretizaba en la *inquisitio generalis*, que buscaba explorar lo que había ocurrido en su ausencia y la *inquisitio specialis* que pretendía averiguar qué se había hecho y quien o quienes lo habían hecho.

En los siglos X, XI y XII estos procedimientos fueron utilizados por la iglesia no solo para conocer sobre los pecados y crímenes cometidos (indagación espiritual) sino además para saber como eran administrado los bienes de la iglesia (indagación administrativa). Este es el modelo que será utilizado por el nuevo procedimiento judicial y que desempeñará la función de delito flagrante. Este análisis lleva a Foucault a algunas conclusiones.

---

<sup>117</sup> Foucault. Op. Cit. Pág. 79

### 4.3. Características de la indagación

La primera de ella es que Podría afirmarse que la indagación presupone un progreso de la razón al establecer un sistema racional de la prueba y del establecimiento de la verdad en oposición a los sistemas bárbaros, arcaicos e irracionales; sin embargo no es sólo a la razón sino también como consecuencia de las transformaciones políticas y el ejercicio del poder.

La indagación en la Europa medieval, es una técnica de administración y de gestión que presupone una forma específica de ejercicio del poder. No puede verse en la indagación una razón que actúa sobre si mismo y hace sus progresos o un sujeto de conocimiento elaborándose, su aparición se articula a un fenómeno político complejo. La indagación surge articulada a un cierto tipo de relaciones de poder y de ejercer el poder.<sup>118</sup>

En razón de ser introducida en el derecho a partir de la iglesia ella está impregnada de elementos religiosos, en la resolución litigiosa a través de los mecanismos de la prueba en la Alta Edad Media no había referencia a las nociones de falta, ni pecado, ni culpabilidad, ni infracción, como si los hay en el

---

<sup>118</sup> Nos engañaríamos si viésemos en la indagación el resultado natural de una razón que actúa sobre sí misma, se elabora, hace sus progresos; o bien si viésemos en ella el efecto de un conocimiento, de un sujeto de conocimiento elaborándose. Ninguna historia expresada en términos de progreso de a razón, perfeccionamiento del conocimiento, puede dar cuenta de la adquisición de la racionalidad de la indagación (...) Ninguna referencia un sujeto de conocimiento y a su historia interna podría dar cuenta de este fenómeno. Sólo el análisis de los juegos de fuerza política, de las relaciones de poder puede explicar las razones del surgimiento de la indagación. (Foucault. Op. Cit. Pág. 83)

momento en que se introduce la indagación. Esto hace que el daño comience a ser tratado como una falta moral, casi religiosa.<sup>119</sup>

Finalmente La indagación se extiende a otros dominios del saber como la economía o la administración. Como consecuencia de ello se indagó sobre el estado de las poblaciones , las riquezas y los recurso que facilitaron el aumento del poder monárquico.<sup>120</sup>A partir del siglo XIV y XV el modelo de la indagación se extiende a otros dominios tales como la Geografía, la Astronomía, la Medicina, la Botánica, la Zoología, asumiéndose esta como forma general del saber en detrimento de la prueba.

## **5. EL NACIMIENTO DE LA SOCIEDAD DISCIPLINARIA**

En la conferencia cuarta, Foucault se sitúa en los siglos XVIII y XIX, que es el momento en que se constituye lo que el denomina la sociedad disciplinaria y en el que se suceden dos hechos que se muestran contradictorios: la reforma y reorganización del sistema judicial y penal en los diferentes países de Europa y el mundo.

---

<sup>119</sup>Foucault. Op. Cit. Pág. 84

<sup>120</sup> “así fue también como se acumuló al final de la edad media, en los siglos XVII y XVIII todo u saber económico acerca de la administración de los Estados y es de esta forma regular de administrar los Estados, de transmisión y continuidad del poder político, que nacieron ciencias como la Economía Política, la estadística, etc. (Foucault. Op. Cit. Pág. 84)

### **5.1. Las transformaciones del sistema penal moderno**

Las transformaciones del sistema penal implica primariamente la reelaboración de la ley penal (Beccaria, Benthan Brissot) esta tuvo los siguientes matices.<sup>121</sup> (i) La separación de la infracción de la falta religiosa. La falta designa la violación de la ley natural o religiosa, la infracción es la ruptura con la ley establecida en una sociedad por el legislador político; en adelante para que halla infracción se requiere que exista una ley. (ii) La ley penal no debe apelar a la ley natural o religiosa sino reprimir lo que es nocivo porque ataca lo que es útil para la sociedad. (iii) El crimen no esta relacionado con la falta o el pecado es algo que daña a la sociedad. (iv) El criminal es un enemigo social, alguien que daña a la sociedad o el que ha roto el pacto social, el criminal es un enemigo interno. (v) La ley penal no puede prescribir una venganza sino facilitar la reparación de la perturbación causada.

### **5.2. Las nuevas formas de penalidad y castigo**

Las ideas anteriores conducen a estos teóricos a proponer unas formas específicas de castigo: la deportación, la exclusión, el trabajo forzado, la pena del Talió. Sin embargo, a pesar de estas propuestas el sistema de penalidades que realmente se impuso no se correspondió con lo proyectado debido a que en la practica se impuso fue el encarcelamiento o prisión, institución esta que no

---

<sup>121</sup> Foucault. Op. Cit. Pág. 92.

pertenece al proyecto y que surge de hecho en el siglo XIX casi sin justificación teórica<sup>122</sup>.

Ello no sólo ocurre con la Institución de la prisión sino con toda la legislación penal. Durante todo el siglo XIX la legislación penal se apartará cada vez más de la idea de utilidad social para tratar de ajustarse cada vez más al individuo, se busca cada vez menos definir lo nocivo para la sociedad, lo que sugiere que en la práctica la penalidad del siglo XIX se interesa menos en la defensa de la sociedad y más en el control y la reforma psicológica y moral de las actitudes y el comportamiento de los individuos.

La penalidad del siglo XIX está interesada por el control no tanto por saber si lo que hacen los individuos está o no de acuerdo con la ley sino por lo que pueden hacer o son capaces de hacer, están dispuestos a hacer o están a punto de hacer, esto es, la peligrosidad, que significa que el individuo debe ser considerado por la sociedad a nivel de sus virtualidades y no por sus actos; esto conduce a que la institución penal ya no pueda estar en manos de un poder autónomo.

Al lado de la justicia aparecen unos poderes laterales como la policía y toda una serie de instituciones de vigilancia y corrección: psiquiátricas, educativas, religiosas. Este conjunto de instituciones no tienen como finalidad el castigo de

---

<sup>122</sup> Foucault. Op. Cit. Pág. 98

las infracciones sino la corrección de las virtualidades, entramos a una edad que Foucault denomina de *ortopedia social o sociedad disciplinaria*.<sup>123</sup>

### 5.3. el poder panóptico la sociedad disciplinaria

De alguna manera esta sociedad de la vigilancia y del control fue prefigurada por Bentham con el *Panóptico*, el simboliza un modelo de sociedad dominada por un tipo de poder del espíritu sobre el espíritu y que se materializó efectivamente en hospitales, prisiones, escuelas , reformatorios, etc. Foucault define la forma de poder que se ejerce en nuestra sociedad como panoptismo<sup>124</sup> y el constituye una forma de saber que no se apoya ya sobre la indagación sino sobre el *examen*.<sup>125</sup>

Ya no se trata de saber lo que pasó, de reactualizar un conocimiento por el recuerdo y el testimonio, de lo que se trata ahora es de vigilar y examinar, se trata de una vigilancia sin interrupción y totalmente. Quien vigila (el maestro, el siquiatra, el director de prisión, etc.,) ejerce un poder y porque puede ejercer ese poder tiene la posibilidad de construir un saber sobre el individuo, sobre lo que hace, si cumple la regla o no, si progresa, etc. Este modelo de saber-poder dará lugar no a las grandes ciencias de la observación como la indagación sino a lo que hoy denominamos las ciencias humanas.

---

<sup>123</sup> Foucault. Op. Cit. Pág. 97

<sup>124</sup> “Vivimos en una sociedad panóptica. Tenemos unas estructuras de vigilancia absolutamente generalizadas, de las que el sistema penal, el sistema judicial es una pieza, y de las que la prisión es a su vez una pieza, de la que la psicología, la psiquiatría, la criminología, la sociología, la psicología social son sus efectos. Es en ese punto, en este panoptismo generalizado de la sociedad en donde debe situarse el nacimiento de la prisión” (Foucault *Ibíd.* Pág. 63)

<sup>125</sup> Foucault. Op. Cit. Pág. 99

### III. CONSIDERACIONES FINALES

Estos análisis de Foucault sobre las formas jurídicas y las practicas judicial no invalidan aunque si critican otras concepciones y análisis del derecho. Entre otras podríamos citar a las concepciones marxistas y las liberales.

#### 1. EL DERECHO UN DISCURSO ESTRATÉGICO DE PODER

El análisis marxista ha visto en el derecho un instrumento de clase que ha sido utilizado por una clase que lo detenta o posee en su beneficio y en detrimento de otra que lo padece y es oprimida. Es evidente la deuda de Foucault con el modelo marxista. El marxismo ha señalado un camino y mostrado como el derecho se hace impensable desligado de las condiciones reales en que es generado.

Sin embargo, difiere del mismo, por cuanto las formas jurídicas en la teoría de Foucault, no son vistas como un discurso que se posee. El derecho es un discurso estratégico que atraviesan la realidad, una estrategia que no puede poseerse sino que se inventa en una emergencia específica; en el intersticio de un no lugar, de lucha y confrontación; una estrategia que no funciona en una sola vía.

El análisis marxista ve en el derecho la exteriorización de una prohibición y en el poder una instancia puramente negativa, como delimitación, obstáculo o censura. Efectivamente el derecho a servido en occidente como mascara de poder

pero esa explicación es insatisfactoria. Como ya se ha señalado, el derecho fue una estrategia esencial en la sustitución de los poderes monárquicos en Europa y durante mucho tiempo el pensamiento político estuvo dominado por las categorías de soberanía y los derechos, pero también es cierto, que en el siglo XVIII, el derecho se convirtió en un discurso estratégico, en un arma de lucha contra ese mismo poder monárquico que se había apoyado en él.<sup>126</sup>

Las formas jurídicas nunca han pertenecido a alguien en especial, ellos han funcionado como utensilios que han servido para una cosa y para otra. Por otra parte no puede perderse de vista que la teoría marxista de Marx y Engels no presentan una teoría del derecho acabada y sistemática, ella ha sugerido, muy dispersamente, en el conjunto de su obra unos esbozos de crítica del derecho de la sociedad burguesa de entonces.

## **2. UN ANÁLISIS CONTRA-HISTÓRICO DEL DERECHO Y EL PODER**

Tampoco los argumentos y registros históricos de Foucault niegan o invalidan aproximaciones más recientes que se han hecho desde la filosofía moral, política o del derecho. Análisis como los de Rawls o Habermas y otros son necesarios y pertinentes, sugieren expectativas, ideas regulativas de lo que debe ser la

---

<sup>126</sup> “El derecho no es ni la verdad ni la coartada del poder. Es un instrumento a la vez complejo y parcial. La forma de la ley y los efectos prohibitivos que implica, deben ser colocados entre otros mecanismos no jurídicos. Así el sistema penal no debe ser analizado pura y simplemente como aparato de prohibición y represión de una clase sobre otra, ni tampoco como una coartada que escuda las violencias sin ley de la clase dominante; permite una gestión política y económica a través de la diferencia entre legalidad e ilegalismos (Foucault *Ibíd.* Pág. 81.)

realidad, y por ello son estrategias discursivas que deben ser utilizadas para criticar y deslegitimar el funcionamiento de nuestra sociedad. Sin embargo, creo que en lo que nos hace caer en cuenta Foucault, es que no se puede perder de vista que se están partiendo de ideas, supuestos ideales, o si se quiere, contra-fácticos, que el derecho no funciona así, o por lo menos no lo ha hecho hasta ahora, que las formas jurídicas y las relaciones de poder que la recorren deben ser tenidas en cuentas a la hora de entender el derecho en nuestra sociedad postradicional.

Su análisis no presupone ni propone un deber o una idea regulativa de lo justo, inclusive parece ser que sugiere que las formas jurídicas tal y como efectivamente se han materializado en la práctica parecen negar que su finalidad sea el consenso, la justicia social, la igualdad, etc. Su objetivo no quiere prescribir el contenido del derecho (una moralidad sustantiva) o un procedimiento para determinarlo (moralidad formal) a fin de tener sociedades justas y estables o hacer legítimo el ejercicio del poder y las formas jurídicas que de este emanen.

Su análisis si se quiere, propone un modelo de exploración del derecho contra-histórico que señale sus límites y que sospeche del derecho. Lo que Foucault pretende es mostrar cual ha sido el funcionamiento no contra-fáctico del derecho sino real, histórico, ello es, fáctico, determinar como ha sido utilizado, a quien ha servido y cuales han sido sus desplazamientos efectivos. Se puede entender porque este análisis es visto por cierto círculo académico e intelectual

como venenoso, quizá por que vuelve movedizo un terreno donde antes solo encontraban “paz perpetua”.

No puede aceptarse tampoco que los estudios de Foucault sobre el derecho puedan asumirse como un salto al vacío del relativismo, sino como una vuelta a la realidad del discurso y de la práctica jurídica. Es necesario seguir luchando por la justicia, por la legitimidad de las instituciones, por las utopías sociales y para ello es necesario apoyarse en los ideales y en los *bellos sueños*, no en los bellos soñadores que los niegan, pero para ello no solo se debe ver al “gran sol”, ello no es posible partiendo de las ideas o los ideales.

Los ideales son el punto de llegada, como lo muestra la lucha por los derechos y libertades den occidente: desde la Carta Magna hasta los Bill of Right en1626. E punto de partida es la realidad concreta, el hombre concreto, el que sueña, el que tiene pasiones, emociones, hambre, el que es más bien irracional que racional, el que no sabe hablar, el que miente, el que odia, el que nunca ha sido amado o no le interesa amar.

El *deber ser* no es el punto de partida sino el punto de llegada, el punto de partida es el *ser*. Hay que reconocer que el derecho no es, no ha sido, no puede ser, el producto solo de un sujeto racional sino además de un sujeto que casi siempre actúa apelando a sus pasiones, sus intereses, su voluntad de poder y de dominio y que no esta dispuesto a taparse los ojos para no ver, no sentir, no desear, cuando de trata de tomar una decisión que afecta su modo de ser social. Esto último es un presupuesto ineludible para alcanzar una sociedad más

humana, de lo contrario lo que tenemos es un nuevo platonismo disfrazado.

Finalizo citando estas palabras de Foucault:

“Solo la ficción puede hacer creer que las leyes están hechas para ser respetadas y que la policía y los tribunales están destinados a hacerlas respetar. Solo una ficción teórica puede hacernos creer que hemos suscrito de una vez por todas las leyes de la sociedad a la que pertenecemos. Todo el mundo sabe que las leyes han sido hechas por unos e impuestas por otros(...) Todo dispositivo legislativo ha organizado espacios protegidos y aprovechables en los que la ley puede ser violada, otros en los que puede ser ignorada y otros, en fin, en las que las infracciones se sancionan.”<sup>127</sup>

---

<sup>127</sup> Michel Foucault. *De los suplicios a las celdas*. En “Saber y verdad”, Ediciones de la Piqueta, Madrid, 1991. Pág. 87

## BIBLIOGRAFIA

1. Alvares – Uria, Fernando y Varela, Julia. Prologo, Saber y Verdad, (Michel Foucault) Editorial la piqueta, Madrid, 1991
2. Michel Foucault. De los suplicios a las celdas. En *Saber y verdad*, Ediciones de la Piqueta, Madrid, 1991
3. Foucault, Michel. *Saber y Verdad*, La función política del intelectual. Respuesta a una cuestión, Las Ediciones de la Piqueta , Traducción y prólogo: Julia Varela y Fernando A. Madrid, 1991
4. Foucault, Michel. ¿Qué es la ilustración? En *Saber y Verdad*. Las ediciones de la Piqueta. Madrid. 1991
5. Foucault Michel. Conferencia pronunciada en mayo de 1978 ante la Sociedad Francesa de Filosofía titulada: " *Qu'est-ce que la Critique?*", y publicada en revista de filosofía –ULA, 8, 1995, como *Critica y Aufklarung " Qu'est-ce que la Critique?"*, en traducción de Jorge Dávila
6. Foucault, Michel. *La Arqueología del Saber*. Siglo veintiuno editores, sexta edición 1979
7. Foucault, Michel. Sobre la Justicia popular. Debate con los Maos. En *Dialogo sobre el poder y otras conversaciones*. Alianza editorial, Madrid, 1984
8. Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Editorial Gedisa, madrid 1998

9. Foucault *Nietzsche, la genealogía, la historia*. En *Microfísica del poder*, Las ediciones de la Piqueta, 1992
10. García Villegas, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho*. Ediciones Uniandes. 1993.
11. Morey, Migue *Lectura de Foucault*. Ediciones Taurus, S.A. Madrid. 1983
12. Morey, Miguel. Introducción, *Tecnologías del yo y otros textos afines*. Ediciones Paidós ibérica, S.A. Barcelona. . 1990

**ENSAYO III**  
**DERECHO, DISCURSO Y PODER EN LA HISTORIA**  
**CONSTITUCIONAL DE OCCIDENTE**  
*(Aproximación al caso colombiano)*

El presente trabajo se inscribe dentro de un eje temático básico que se podría enunciar como: “Democracia y control racional al ejercicio del poder político” y su desarrollo quiere en el fondo responder a un interrogante básico ¿Cómo debemos entender el derecho en occidente: un discurso estratégico o un control racional al ejercicio del poder? Nuestra respuesta va a ser que como bien lo ha señalado Foucault. La historia constitucional y política es palucha por el derecho y las libertades, y que esta lucha no revela que no es posible pensar hoy la democracia moderna, sin las ideas de constitución y de control racional al ejercicio del poder, y que por tanto, no es permitido discutir la encrucijada actual colombiana sin ese marco de referencia conceptual.

Nuestra argumentación se desarrollará primero haciendo una breve exposición de lo que consideramos las tradiciones constitucionales más importantes de la modernidad en occidente: el modelo inglés, el modelo norteamericano y el modelo francés. Luego intentaremos abordar la idea de democracia moderna, la que a mi juicio, no puede entenderse sin la idea de

constitución y sin la idea de control racional al poder político. Finalmente trataremos de aproximarnos a la problemática colombiana.

## I. LAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES Y DEMOCRATICAS EN LA MODERNIDAD

### 1. EL MODELO CONSTITUCIONAL INGLES

La idea de democracia y constitución en el mundo anglosajón surge atada a dos hechos: en el plano normativo, al establecimiento de las libertades, y en el plano político, a la lucha por la constitución de un gobierno mixto en contra de las pretensiones absolutistas de la realeza.

#### 1.1. La constitución o gobierno mixto medieval .

Una idea presente en el mundo medieval, es la de que el poder no tenía frente a los sujetos, bienes, fuerzas y ordenes que tenían asiento dentro de sus jurisdicciones, una pretensión totalizadora, por el contrario, los poderes tienen en común el hecho de que los mismos no son soberanos.<sup>128</sup> Esta forma del ejercicio del poder medieval presentaba varias características. Una de ella era su intrínseca limitación, que no tenía carácter normativo, sino fáctico. Esta consideración se

---

<sup>128</sup> Fioravanti, Mauricio. *Constitución: de la antigüedad hasta nuestros días*, Madrid, Trotta 2001. Pág. 35

derivaba del pensamiento medieval que consideraba que las cosas tenían reglas escritas.

Una segunda característica del mundo político medieval hace alusión a la idea que el orden jurídico dado tenía un carácter vinculante y prescribía un estado de cosas y un conjunto de relaciones no disponibles ni modificables por el poder humano alguno<sup>129</sup> de manera que el ejercicio del poder tenía siempre presente la existencia de límites reales, inscritos en la naturaleza de las cosas, y más allá de la cual, el príncipe o quien ejerza el poder, se convierte en tirano. Ello hace posible que podamos hablar de un gobierno mixto que no es comprensible al margen de las nociones de reglas, límites, equilibrios pactos y contratos. Esta idea de gobierno o constitución mixta estará presente en las luchas por las libertades en el mundo inglés.

## **1.2. La Carta magna a la Bill of Right**

En realidad el antecedente más remoto que se tiene sobre las libertades civiles en Inglaterra data del siglo XII<sup>130</sup>, sin embargo, es en el siglo XIII, que se desatan una serie de luchas por el establecimiento de ciertas libertades que garanticen algunos derechos frente al poder monárquico y aunque en la práctica estas

---

<sup>129</sup> Fioravanti, Mauricio. Op. cit. Pág. 36

<sup>130</sup> cuando Enrique I otorga la *coronación de Chartier* que ha sido considerado por muchos como el primer documento de las libertades inglesas. También puede señalarse, la *Carta de las libertades* concedida por Enrique II en 1154 y por medio de la cual se reforman las prácticas judiciales y se unifica la administración de justicia.

normas tuvieron poca eficacia, ellas constituyen un antecedente decisivo en la lucha por las libertades en el mundo inglés.

Consecuencia de estas luchas fue la *Carta Magna* (1215). Documento que consignan las pretensiones de los señores feudales, especialmente, en relación con algunos privilegios en favor de estos últimos que tratan de limitar la forma como hasta ese momento venía siendo ejercido el poder por la Corona. La importancia de la “Carta Magna” no radica en lo que fue sino en lo que sería posteriormente.

La Carta magna es la fiel expresión de un documento medieval celebrado entre los protagonistas sociales y culturales de la sociedad medieval inglesa y articula en su interior una visión específica de lo que debe ser el ejercicio del poder. En ella hay una propuesta de relaciones de poder que replantea la situación anterior y la representación del poder. Ahora la *Curia Real*, integrada por los barones eclesiásticos y civiles, y el Rey, constituyen la representación de la comunidad política, sugiriendo de esta manera un modelo compartido en el ejercicio de poder. La Carta Magna involucra una visión concreta de cómo se debe ejercer el poder: ya no de una manera absoluta sino compartida.<sup>131</sup>

Sin embargo, al negarse a cumplirla sistemáticamente, el Rey Juan Sin Tierra y sus sucesores, se realizarán una serie de rebeliones hasta que le impone a

---

<sup>131</sup> Según esta: (i) el rey no puede establecer auxilios económicos en su favor sin la autorización del *Consejo común* y que en la práctica conduce a que no puede haber impuesto sin representación, (ii) existen unas garantías expresas que deben ser aplicadas en los procesos judiciales, en las que se destaca el habeas corpus y el debido proceso, (iii) se establece un órgano representativo, el *Mágnam Concilium*, que tiene derecho a dar su consentimiento para el establecimiento de los impuestos y a presentar peticiones.

Enrique III las provisiones de Oxford que garantizan el derecho de los barones a conformar un comité encargado de ejercer supervisión sobre el tesoro del reino y a nombrar ciertos ministros. Al no ser tampoco estas cumplidas, acaece la llamada “Guerra de los barones”, en donde es nuevamente es derrotado (Batalla de Lewis) viéndose obligado no sólo a confirmar la Carta Magna sino a escuchar a los barones en el “Mágnam concilium”.<sup>132</sup>

Luego de la guerra civil inglesa (1455-1485) se instauró la dinastía de los *Tudor*. Esta se caracterizó por la concentración de poderes dentro de un marco de respeto a las potestades del parlamento, de suerte que concomitantemente con el fortalecimiento del poder monárquico, se da una simultanea estabilización de la institución parlamentaria, según la idea medieval de gobierno o constitución mixta y que se expresaba en la formula *King in parlament*<sup>133</sup>.

Sin embargo, esta relativa estabilidad de las relaciones entre Parlamento y Corona que se mantuvo durante los reinados de Enrique VII y Enrique VIII e Isabel I, se modificará con la dinastía de los *Estuardos*, quienes desde el principio mostraron sus pretensiones absolutistas y su deseo de unificación jurídica,

---

<sup>132</sup> Es en este hecho donde hallamos los orígenes del parlamento, institución sin la cual no pueden comprenderse en el mundo ingles la aspiración a un gobierno mixto. En un principio, las dos representaciones ( la de los barones y la de los condados) se hizo conjuntamente, pero a finales del siglo XIII se empiezan a reunir separadamente en dos salas distintas. Una correspondía a los barones, que con el tiempo dará lugar a la cámara de los Loores, y otra para los representantes elegidos por los condados (posteriormente también participarán de ella los elegidos en las ciudades), que dará origen a la cámara de los comunes. Cuando Eduardo I convocó en 1295 la reunión del parlamento al que se le denominó “parlamento modelo”, ya éste se encontraba dividido en dos cámara. (Jaramillo J. y Rodríguez A. *Desarrollo del constitucionalismo en Inglaterra*, En prensa. 2003 Dossier de Maestría en derecho, Universidad Nacional. Pág. 17)

<sup>133</sup> Jaramillo J. y Rodríguez A. Op. cit. Pág. 17

eclesiástica e institucional (parlamento)<sup>134</sup>. Bajo el reinado de Carlos I la situación de tensión no se modificará ni en el primero ni en el segundo parlamento, agudizándose en el tercer parlamento<sup>135</sup> lo que conduce a una petición de derecho (Bill of Right en 1626)<sup>136</sup>

### 1.3. La petición de derecho

Con posterioridad y como consecuencia de la ofensiva de Carlos I en contra de las potestades del parlamento se realiza la “Petición de derecho” de 1628 que junto a la Carta Magna constituyen dos documentos básicos del desarrollo constitucional y democrático Inglés, y que también tiene como finalidad delimitar las prerrogativas reales.

En ella se reafirma la prohibición de que (i) no puede haber impuesto sin consentimiento de los individuos expresados en el parlamento, (ii) que nadie puede

---

<sup>134</sup> En el primero parlamento (1603) la disputa verso entre otras cosas por la puesta en dudas por parte de la Corona de los privilegios del Parlamento. Éste fue disuelto en 1611 luego que le solicitaran al Rey que renunciara a sus derechos feudales. En el segundo Parlamento (Abril de 1614) éstos pusieron de presente al Rey su malestar por el continuo recurso de la Corona a la imposición de subsidios, que en principio eran voluntario y que luego se hicieron forzoso. Este parlamento fue disuelto el 7 de junio del mismo año. El tercero y cuarto parlamento no cambiará mucho la situación

<sup>135</sup> En esta ocasión el conflicto se centró, por una parte, en la pretensión del rey de imponer tributo sin la aprobación del parlamento, y por otra, por las medidas de carácter religioso que amenazaban la reforma protestante.

<sup>136</sup> en la “Bill of Right” se establecen los derechos del parlamento y la justicia, y las libertades frente al Rey; pues se consagra, que éste ya no tenía facultad para suspender las leyes, ni recaudar el impuesto, ni mantener una armada en tiempos de paz, sin el consentimiento del parlamento. El Rey no sólo perdía poder para legislar con exclusión del Parlamento, además, se otorga el derecho a los súbditos para realizar peticiones, se establece las elecciones libres del parlamento, y se dispone para este último la obligación y el derecho de reunirse frecuentemente y garantizándole la libertad de palabra y procedimiento a sus miembros (Oliveir, Duhamel y Cepeda espinosa, Manuel. *Las democracias*, Santa Fe de Bogotá, Universidad de los Andes. 1997, 5-6).

ser juzgado o encarcelado desconociendo a la “Carta Magna”, (iii) ni los soldados alojarse en la propiedad privada sin el consentimiento de su propietario, (iv) ni pueden los civiles ser juzgados por los militares.

En 1642 el Parlamento expidió lo que se denominó la “Gran Amonestación”; documento tiene como finalidad defender la libertad y permanencia del parlament, resaltándose de ella el cambio de tono y lenguaje, pues no se trata ya de una humilde petición, lo que éste contiene es una amonestación que constituye una verdadera crítica y un ataque a Carlos I.<sup>137</sup>

#### **1.4. La supremacía del parlamentaria**

Si el “Bill! of Right” garantizó la independencia y libertad del parlamento frente a la corona, el “Act of settlement” o ley de compromiso de 1701 garantiza por una parte, las libertades y derechos de los súbditos frente al monarca, y por otra, la supremacía del parlamento frente al rey. Este documento no sólo fija las reglas de sucesión al trono y establece la obligación del nuevo monarca de prestar juramento y firmar la declaración de derecho, sino que además otorga al parlamento el derecho de fijar las condiciones del ejercicio del poder por la monarquía a través de una ley, y si es del caso, volver a redefinirlos. La ley de

---

<sup>137</sup> En ella se denuncia la intención de la Corona de conculcar las leyes fundamentales, los principios del gobierno, la autoridad del parlamento y la religión protestante con la intención de reintroducir el papismo (Jaramillo J. y Rodríguez A. Op. cit. Pág. 44).

compromiso establece la soberanía del parlamento y la estricta subordinación del monarca a la ley creada por éste.<sup>138</sup>

Como hemos visto, el debate político constitucional en un primer momento se centro en el poder absoluto del rey, o el carácter mixto y equilibrado del gobierno, pasándose posteriormente a la idea de un parlamento sin límite frente a otro órgano o frente al derecho. Ulteriormente se añaden dos propuestas : una opción intermedia entre las tres primeras dándole un lugar central al parlamento y otra, una tendencia que exigía una constitución y una declaración de derechos.

## **2. EL MODELO NORTEAMERICANO**

### **2.1. El miedo a la tiranía facciosa**

El modelo norteamericano tiene su origen con ocasión de la declaratoria de independencia. Asegurada ésta los nuevos Estados expiden sus constituciones, conforme a los lineamientos del Congreso Continental de Filadelfia, en donde adoptan en general la forma de gobierno republicana apoyada en la división tripartita de poderes y se declara la independencia de los nacientes Estados.

Sucedió sin embargo, que en algunas asambleas representativas de los Estados triunfaron grupos radicales cercanos a personas que habían adquirido grandes deudas y que defendía los intereses de los desposeídos. Como

---

<sup>138</sup> Oliveir, Duhamel y Cepeda espinosa. Op. cit. Pág. 6

consecuencia de este hecho se expiden remedios legislativos que buscaban proteger los intereses de los deudores y en aquellos lugares donde no se dio esto, porque no controlaban la asamblea legislativa, los campesinos y los pequeños propietarios oprimidos por las deudas llevaron a cabo insurrecciones.

Todo esto conduce a que se produzcan una serie de manifestaciones de mayorías democráticas que desconocían el derecho de propiedad y rechazaban el pago de las deudas en detrimento de los propietarios y acreedores, entre los que se contaban algunos de los representantes más ilustres de la élite política y económica como Adams, Hamilton, Jay y Franklin entre otros.

## **2.2. La convención de Filadelfia: la democracia madisoniana**

En mayo de 1787 se convoca la convención de Filadelfia con el propósito de reformar los artículos de la Confederación, pero una vez reunida esta lo que sucedió fue que se redactó una nueva constitución, suscitando su aprobación intensos debates políticos en las antiguas colonias. De este debate constitucional y político se destaca<sup>139</sup> el logro de consenso en torno a (i) la forma de gobierno republicano, (ii) la necesidad de adoptar una constitución para una nueva nación, lo que en la práctica supuso la sustitución del proyecto de trece Estados independientes (iii) y el carácter limitado del gobierno; y también la intensa proliferación de documentos entre los cuales cabe destacar la aparición del

---

<sup>139</sup> Uprimny, Rodrigo y Rodríguez A. (2003): revolución, independencia y constitución en Estados Unidos, en prensa. Dossier de Maestría en derecho, Universidad Nacional. Pág. 22

*Federalista*, que se convierte rápidamente en el más celebre de los documentos que por entonces circulaban.

El modelo de democracia que defiende este documento, también denominada *democracia madisoniana*, quiso conciliar el régimen republicano con origen en el voto popular y el principio de separación de poderes, con el temor de los constituyentes americanos de una democracia sin controles de la cual ya tenían experiencia<sup>140</sup>. Miedo que se hace evidente en el *Federalista*<sup>141</sup> y que impulsa a sus autores a defender al nuevo gobierno como una república y a señalar reparos a la democracia, considerando a ésta como el primer paso hacia una tiranía facciosa.

### **2.3. El federalista y el modelo republicano**

#### **2.3.1. Los límites frente al poder de la tiranía facciosa**

El *Federalista* abandona la concepción romántica que ve en el pueblo un ente supremo y glorioso. Teme a las mayorías defendidas por los demócratas radicales, pues considera a estas como el primer paso para la injusticia de una mayoría facciosa sobre una minoría, pues es probable que una facción guiada por

---

<sup>140</sup> Uprimny, Rodrigo y Rodríguez A. Op. cit. Pág. 26 y Oliveir, Duhamel y Cepeda espinosa. Op. cit. Pág. 23-24

<sup>141</sup> Documento clásico de la cultura política norteamericana.

intereses egoístas forme una mayoría dentro de la democracia que oprima y desconozca los derechos de las minorías<sup>142</sup>.

De allí que la cuestión básica en el establecimiento de la democracia norteamericana, era ¿Cómo evitar que un gobierno republicano fundado en el principio de la mayoría conduzca a una tiranía facciosa que vulnere los derechos de las minorías? Las respuestas a este interrogantes sintetizadas en el federalista, parte de una concepción negativa del ser humano, del pueblo y por tanto de las mayorías.<sup>143</sup>

Para abordar este interrogante se parte de una tesis básica: en una sociedad republicana es inevitables los intereses de grupos y los conflictos entre los intereses a veces encontrados de estos grupos, como es imposible evitarlos lo que hay es que tratar de controlar sus efectos y así evitar que ello degenerare en el despotismo de las mayorías frente a las minorías. Ahora bien, la solución a esta cuestión será variada<sup>144</sup>.

La primera busca evitar que se formen mayorías estables y duraderas que impida la formación de una tiranía facciosa, en consecuencia se proponen diversos mecanismos institucionales: (i) el establecimiento de procesos distintos de selección de los funcionarios públicos, permitiendo que en la práctica los ciudadanos hagan parte de las distintas mayorías y evitando por ende una mayoría permanente, (ii) la distribución del poder entre varias instancias de tal forma que puedan llegar a controlarse mutuamente a tal punto que su equilibrio

---

<sup>142</sup> Uprimny, Rodrigo y Rodríguez A. Op. cit. Pág. 26

<sup>143</sup> Uprimny, Rodrigo y Rodríguez A. Op. cit. Pág. 27

<sup>144</sup> Uprimny, Rodrigo y Rodríguez A. Op. cit. Pág. 26

evite la tiranía mayoritaria, este fue uno de los propósitos de institucionalizar el Régimen Federal (diversificación horizontal) frente a varios regimenes estatales y de permitir el establecimiento de distintas ramas del gobierno en los diversos niveles (diversificación vertical).

### **2.3.2. La distinción entre la democracia y la republica**

Articulada a la estrategia de selección y la estructura de gobierno e propone la distinción entre democracia y república. La primera hace alusión a lo que hoy se conoce como democracia directa y la segunda al *régimen representativo*. La apuesta por el modelo republicano permite, por una parte, la comprensión del interés general pues la representación permite moderar las pasiones y evita los riesgos de una tiranía facciosa, facilitando así, la deliberación y el consenso, y por otra, en una nación de gran extensión se hace imprescindible la representación si se quiere tener un régimen y una forma de gobierno operativo<sup>145</sup>.

### **2.3.3. La separación de poderes**

Un tercer mecanismo hace alusión al concepto mismo de separación de poderes que se consagra en forma estricta y que tiene como finalidad permitir el funcionamiento de un sistema de *frenos y contrapesos* frente a los posibles

---

<sup>145</sup> Uprimny, Rodrigo y Rodríguez A. Op. cit. Pág. 28-29

excesos de los poderes públicos. Esto asegura la existencia de un poder distribuido y limitado, y por consiguiente respetuoso de las minorías y el individuo.

#### **2.3.4 La constitución escrita y control constitucional**

Una última solución pasará por el establecimiento de una constitución escrita y del control de constitucionalidad de las leyes por parte del poder judicial. La constitución escrita es de por sí una limitación del ejercicio abusivo del poder político de una mayoría facciosa, pero no basta; el *control de constitucionalidad* permite que se declare nula una ley que desconozca la constitución así halla sido aprobada por las mayorías.

### **3. EL MODELO DEMOCRÁTICO FRANCÉS.**

Entre las ideas más significativas que aporta el modelo francés se encuentran: la idea de Constitución y de gobierno de las leyes, la idea de soberanía nacional, y la idea de control político al órgano legislativo.

#### **3.1. La idea de constitución: el gobierno de las leyes**

El debate en torno a la idea de constitución en Francia, dividió a aquellos que defendían la idea de una constitución esencialista según la cual la misma era el

reflejo del alma política de la sociedad desde sus orígenes, y una tendencia contraria que afirmaba que la constitución debía entenderse como el producto de la voluntad soberana del pueblo. Según la primera idea, defendida sobre todo por los diputados monárquicos, lo que exigía el momento político histórico francés era el de ajustar la constitución histórica originaria a la situación actual. Por el contrario, para la segunda tendencia, el acto constituyente es fundamentalmente un acto popular voluntario, que crea una nueva realidad y que no guarda relación alguna con el pasado, ni tiene límite ni condición alguna. Lo cierto es que el texto final no reflejó ninguna de las posiciones.

Ahora bien, desde la teoría política este enfrentamiento puede verse como la oposición entre aquellos partidarios del gobierno apoyado en *la virtud* y la voluntad de los mejores hombres y los partidarios de un gobierno fundado en *mejores leyes*. Los primeros pensaban que siendo los gobernantes los mejores hombres, sus leyes mantendrían la virtud propia de quienes las creaban, tal era el planteamiento de Rousseau, los segundos, viendo en el hombre una naturaleza no propensa a la virtud defendía la necesidad de buenas leyes que sirvieran de límite racional al gobierno de los hombres, tal era la posición de pensadores como Locke.

### **3.2. La noción de Soberanía**

El debate en torno al concepto de soberanía fue esencial en la estructuración de

una teoría política que permitiera otorgar legitimidad a la forma de gobierno y a la forma de ejercer el poder político en Francia. La cuestión sin embargo no se orientó sólo a discutir el concepto mismo de soberanía sino también, a quien se le podía otorgar el carácter de soberano.

Para los partidarios de la monarquía la soberanía se formaba por fuera de los miembros del cuerpo político, bien fuese como consecuencia del derecho divino, bien por el acuerdo del monarca y el cuerpo político. Una visión contraria planteaba la necesidad de legitimar el poder político a través de las voluntades de los individuos que conforman la sociedad.

A pesar de consolidarse esta última idea, va a persistir el interrogante respecto de quien puede ser el titular de la soberanía nacional<sup>146</sup>. Si bien existía consenso de que era el pueblo el que debía gobernar, la cuestión es saber quien es el representante legítimo del pueblo, Así el artículo tercero va a enunciar que la soberanía reside en la nación.

Este debate sobre la soberanía conduce inevitablemente al problema de la legitimación del poder político y sobre todo al de la especificidad misma de su ejercicio. Los partidarios de la monarquía considerarán que el poder político es el ejercicio de intereses particulares y no de una mayoría, y por ello habría necesidad de articular al poder los tres estamentos: el rey, el parlamento y los jueces. Por el contrario los radicales se opusieron a esta idea defendiendo el carácter unitario e

---

<sup>146</sup> García V., Mauricio y Rodríguez A, La revolución Francesa, en prensa. Dossier de Maestría en derecho, Universidad Nacional. 2003. Pág. 23

indivisible de la soberanía. Desde esta perspectiva el parlamento tiene una visión predominante y el ejecutivo viene a ser un simple delegado.<sup>147</sup>

### **3.3. El control político al órgano legislativo**

El debate en torno al control del legislativo pasa por el debate sobre la posibilidad del veto real. La discusión giraba en torno a sí podía el monarca o no ejercer un control político a los legisladores. En torno a ella surgieron tres posiciones: una primera defendida por los partidarios de la monarquía apoyaba la tesis de un veto indefinido e ilimitado.

Uno de sus argumentos principales era el de que el enorme poder de la asamblea podía utilizarse en detrimento de la separación de poderes. La segunda posición, negaba cualquier veto real, defendida por Sieyes, pues para él la asamblea legislativa era el órgano central del poder, depositario de la voluntad general y se hallaba libre de cualquier limitación por parte de los otros poderes constituidos. La tercera propuesta es la del veto suspensivo. Que fue la teoría apoyada por la mayoría de los diputados.<sup>148</sup>

## **II . DEMOCRACIA, CONSTITUCIÓN Y EJERCICIO DEL PODER POLÍTICO.**

---

<sup>147</sup> García V., Mauricio y Rodríguez A, Op. cit. Pág. 25

<sup>148</sup> García V., Mauricio y Rodríguez A, Op. cit. Pág. 27

## 1. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Un sistema político democrático en el mundo moderno debe entenderse como un sistema regido por una constitución y ello supone la necesidad de configurar instituciones efectivas en donde se asegure, la distribución del ejercicio del poder político entre los detentadores y se garantice el control del mismo por parte de sus destinatarios, pues la naturaleza humana no tiende a la virtud y a la autolimitación voluntaria sino en ocasiones al trágico abuso del poder. (Loewenstein, 1983, 149)

Pero las instituciones e control no nacen ni se crean solas, son elaboradas racionalmente a partir de una experiencia particular. Así le hemos visto que sucedió en Inglaterra, en EEUU y en Francia. La experiencia concreta de cada pueblo le permitió configurar sus instituciones y sus discursos propios, por ello lo que vemos es que en cada sociedad estas son creadas o re-creadas, es decir, adaptadas, y concientemente incorporadas al ejercicio del poder (Loewenstein, 1983, 150).

La idea moderna y contemporánea de sociedad justa se articula a otra que presupone límites al ejercicio del poder, independientemente de que este se legitime fáctica, religiosa o jurídicamente. Ahora bien, lo que la historia muestra es que la lucha por la democracia es la lucha por un conjunto de reglas fijas (Constitución) que establezca límites al abuso del poder de manera que no exista un estamento que pueda estar por encima del otro o que pueda escapar a su control. La constitución tiene como finalidad en ese sentido no negar el ejercicio

del poder sino permitirlo en forma tal que siempre pueda operar el sistema de frenos y contrapesos, en ese sentido ella es un dispositivo fundamental del mundo actual para el control del proceso del poder.

Insistimos, la democracia constitucional no niega el ejercicio del poder, todo lo contrario, es un discurso que deslegitima una forma de su ejercicio (despótico, monárquico o autoritario) y justifica su utilización en otro sentido: el de unas relaciones de poder en equilibrio y de distribución entre diversos estamentos, pues allí donde el poder está distribuido no hay monopolización y por tanto hay un dominio limitado. En consecuencia una lectura analítica de la historia de la democracia moderna nos revela sesgada si se deja al margen la idea de constitución y del constitucionalismo cuyo propósito no es otro que la búsqueda de las limitaciones al ejercicio de un poder absoluto y autárquico.

## **2. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN**

Afirmó el constituyente *francés*: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esta asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución” (Artículo 16 de la declaración francesa de 1789). El concepto de constitución es antes que nada un concepto político e ideológico, designa en una sociedad la forma como se organiza el poder y la manera como se hace uso de la libertad en una sociedad. El que una sociedad tenga constitución supone que ella organiza el poder según un fin: garantizar la libertad de los ciudadanos y

establecer instituciones se configuren de tal manera que el poder resulte limitado y las libertades aseguradas <sup>149</sup>.

El pensamiento aristotélico señala que toda Constitución (politeia) refleja un conjunto de convicciones compartidas por los individuos que conforman una sociedad y ciertas formas de conducta reconocida materializadas en principios que rigen la relación entre gobernantes y gobernados. La totalidad de esos principios y normas fundamentales conforman lo que el constitucionalismo moderno ha denominado la Constitución ontológica de toda sociedad. Ahora bien este conjunto de principios, conductas y convicciones pueden estar contenidos en un documento escrito (Constitución en sentido formal) o simplemente enraizadas en las prácticas cotidianas de los individuos y de la sociedad sin formalización expresa (Constitución material o espiritual).

En un sentido ontológico, la finalidad o propósito de toda constitución es el establecimiento de instituciones y la creación de mecanismos para limitar y controlar el poder político. Por consiguiente, ella tiene una doble significación ideológica. Por una parte, liberar a los destinatarios del abuso del poder y del control y la dominación hegemónico de quienes lo detentan, y por otra, permitir que quienes son destinatarios del mismo puedan participar en el proceso del poder lo que sólo puede garantizarse si se respetan los procedimientos y las reglas por quienes detentan del poder. (Loewenstein, 1983, 151)

---

<sup>149</sup> De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona Ariel. 1999 Pág. 11-12

Ahora bien, la idea de La idea de constitución en sentido formal es desarrollada mucho después por el constitucionalismo moderno. Ella no constituyó un postulado básico ni griego ni romano, mas bien la idea que se tenía concordaba con el sentido aristotélico y platónico de Constitución (politeia) que nos remite a la noción moderna que hoy se tiene de Constitución material.

En realidad, tanto en Grecia<sup>150</sup> como en Roma se tenía la idea de un derecho superior que conforme a la naturaleza de las cosas y del cosmos se imponía sobre las disposiciones humanas, pero nunca se exigió para su validez que se concretaran en un documento escrito.

Es en el Siglo XVII y XVIII que se conforma la idea de Constitución moderna, articulada a la idea de *contrato social* y hace referencia a (i) un documento específico que contenía las *leyes fundamentales* de la sociedad y que tenía como finalidad (ii) limitar (doblegar) la arbitrariedad de quien detentaba el poder hegemónico (Monarca) sometiéndolo a controles y restricciones y (iii) dividir la soberanía monolítica del Príncipe o Monarca en diversos compartimientos, determinando para cada uno, una actividad específica, de manera que la unidad orgánica del estado sea el resultado de articular y combinar todos los compartimientos autónomos e independientes. Lo novedosa de esta nueva expresión de la idea de constitución es que todos estos dispositivos aparecen

---

<sup>150</sup> La idea de Politeia griega, remite a una idea descriptiva de Estado y comprende las innumerables características que determinan su naturaleza. Guarda relación con el término Constitución cuando esta hace referencia a la constitución de un hombre o de la materia. En ese sentido hay que señalar que, los griegos establecieron una analogía entre la organización del Estado y el organismo individual del ser humano. Cada constitución tenía su correspondiente *ethos*, de allí que incidía directamente en todas las relaciones de la vida. La constitución es el *ethos* del pueblo

ahora consignados en un documento que se elevó al rango de *Ley Fundamental* o *Instrumento de Gobierno* o *Constitución*. (Loewenstein, 1983, 152)

Estos principios serán desarrollados con posterioridad y materializados por las revoluciones modernas. En todo caso a partir de los siglos señalados se exigirá como mínimo de una autentica constitución, (i) la división o desconcentración del poder, (ii) un sistema de frenos y contrapesos que permita la cooperación y el control entre los detentadores del poder y mecanismos de desbloqueo de un órgano con respecto de otro en caso de no cooperación, (iii) un procedimiento que permite modificar la constitución pacíficamente (reforma constitucional) y finalmente, (iv) el reconocimiento expreso de esferas de autodeterminación individual concretizadas en garantías y libertades fundamentales (derechos individuales, sociales y culturales) y mecanismos para su protección en caso de abuso o conculcación por parte de quien ejerce el poder.

Como se ve la idea de constitucionalismo y de constitución esta atada a la filosofía política y a la ideología liberal, por ello para algunos los términos Constitución, constitucionalismo y liberalismo son equivalentes. En ese sentido la idea de constitución, en cuanto expresión de la filosofía política liberal se opone a la idea de régimen absolutista y despótico, ello es al gobierno fundado en la virtud de los hombres y defiende más bien la idea de gobierno de las leyes. Por consiguiente, que una sociedad tenga constitución supone que el Estado y el poder están organizados según una esencia y unos fines y que las instituciones

están configuradas de tal manera que el poder resulta limitado y la libertad asegurada.<sup>151</sup>

### **3. LA IDEA DE SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN**

Históricamente podemos hallar dos versiones mas o menos delimitada de constitución. Una de ellas es la visión europea. En Europa no llega a consolidarse la idea de que la Constitución es una norma jurídica con poder vinculante frente a los poderes constituidos del Estado y que por consiguiente su violación tiene un carácter antijurídico. Allí estado constitucional significó un ente organizado con arreglo a ciertos principios y valores que tenían más bien un carácter simbólico y que a lo sumo constituían aspiraciones de carácter moral en un estado de cosas ideales, pero que en manera alguna representaban normas supralegales que subordinaban la actividad de los poderes del Estado; por consiguiente en la cúspide del ordenamiento jurídico se encontraba la ley elaborada por el parlamento. Esta concepción tuvo vigencia durante todo el siglo XIX y nuestras instituciones colombianas comulgaron con tales ideas.

La visión que propone el constitucionalismo americano, era radicalmente distinta. Para ellos en cambio la constitución es derecho con fuerza y poder vinculante. Es por excelencia el derecho supremo de un país al que deben sujetarse y someterse el resto de los poderes que conforman al Estado, siendo por

---

<sup>151</sup> De Otto, Ignacio. Op. cit. Pág. 12

ello posible el control constitucional del mismo. Este modelo es el que se afianza en Europa y en Colombia en el período de entreguerras.

El término Constitución, no designa sólo un régimen sino además una norma con poder vinculante a la que deben someterse todos los poderes. Ella presupone distinguir en un Estado, (i) los órganos con supremacía y función normadora por medio de la cual habitualmente se crea ordinariamente el derecho, (ii) la norma suprema que se constituye en límite y fundamento de validez de la creación normativa, (iii) la legislación ordinaria de la Constitución y (iv) un órgano encargado de guardar la supremacía de la norma suprema.

Por consiguiente. No todo ordenamiento jurídico tiene una constitución. No hay constitución en el sentido moderno y democrático sí la creación no esta separada de la aplicación o sí la creación no esta sometida igualmente a normas superiores. En el primer caso se hará alusión a la soberanía de los jueces o del monarca o dictador, en el segundo la soberanía parlamentaria. En estos últimos casos es posible hablar de Estados constituciones sin constitución.

### III EN DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

#### 1. IMAGINARIO CULTURAL, EJERCICIO DEL PODER Y CONSTITUCIÓN

A la Constitución Política de 1991 pueden hacerse reparos, críticas. Sin embargo, es necesario reconocérsele sus avances y acierto; sobre todo porque a

partir de su existencia se ha oxigenado la democracia colombiana, en la medida en que esta se ha ampliado a sectores que anteriormente no tenían acceso al control y a la participación del poder y ha hecho visibles aspectos de la vida de los colombianos que antes permanecían ocultas. La sola idea de que es posible controlar a través de mecanismos judiciales como la tutela o las acciones de grupo, el ejercicio del poder del Estado es ya un progreso en relación con la Constitución de corte autoritario de 1886.

Bajo la influencia de la anterior Constitución se cultivó una cultura del poder como imposición que no buscaba integrar sino oponer y que se expresaba en todos sus espacios como violencia, como exclusión y discriminación para las minorías (sexuales, étnicas, sociales, culturales etc.) y como marginación social y económica para la gran mayoría de los habitantes.

La constitución actual ha tenido el acierto por lo demás, de establecer dentro del poder jurisdiccional un organismo independiente y autónomo como la Corte Constitucional cuyos fallos se han convertido en modelos de argumentación para el mundo. Y que con señalados errores, debe reconocérsele sus grandes aciertos en la lucha por las libertades individuales y democráticas.

Ahora bien, sin lugar a dudas el gran acierto de la Constitución de 1991 fue el de haber invertido en el imaginario colectivo del colombiano el referente de poder político con el que se comulgaba muy ligado a una visión totalitaria y tradicional del mismo y que fomentó una cultura del poder como dominación y como imposición en el que en todos los niveles sociales se reproducían amos siervos, y

la transmutó por una idea de poder controlado y compartido, por la imagen de un poder democrático, no despótico que halla sus demarcaciones en los derechos fundamentales y que puede ser limitado y controlado por los otros poderes especialmente por quien tiene la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución. Hoy podemos ver como no sólo en las grandes esfera donde se ejerce el poder, sino también en instituciones tradicionales como la familia o la escuela se esta invirtiendo por padres de familias y maestros el esquema de valores en relación con la forma como se ejercía el poder en esos espacios.

La Constitución Política de 1991, invirtió el esquema del poder. A permitido sobre todo que los jóvenes no vean en éste algo negativo, algo que se ejerce en contra y que niega su esencia e historicidad, sino por el contrario, algo que también debe y puede ejercerse para fomentar el sentido profundo de lo humano, del deseo. Nos ha mostrado además que la insubordinación frente al poder, no es la deshumanización sino en el ejercicio de la libertad, en el ejercicio de una cultura de la autorrealización y el autodomínio, del deseo y del fomento de todas las formas de expresión de lo humano.

## **2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS LÍMITES RACIONALES DEL PODER**

Desde su creación no ha habido gobierno que no haya querido modificar la constitución para tratar de acomodarla a sus intereses. Quizás el aspecto que más

ha incomodado se encuentre en la figura de la tutela y en el excesivo poder a juicio de algunos de la Corte Constitucional, que incluso a llegado a convalidar la doctrina según el cual pueden revisarse por vía de tutela las decisiones de casación de las mas altas cortes ha hecho que sobre estas arrecien las críticas.

Los argumentos en contra de la tutela van desde los que plantean que su vigencia congestiona a la justicia hasta los que afirman que sólo se debe permitir para defender sólo derechos individuales. Los argumentos en contra de la Corte Constitucional van desde los que plantean una reforma constitucional para convertirla en un tribunal constitucional que no se inmiscuya en los asuntos económicos del Estado hasta aquellos que proponen su supresión y la vuelta a la forma vigente en la antigua constitución.

En realidad lo que esta detrás de todas estas críticas es una concepción del derecho que como ya lo señalamos, prevaleció en la Europa del siglo XIX y que concibió a la Constitución como un conjunto de proclamas de carácter ético siendo la fuente primordial de derecho y de legitimidad del ejercicio del poder la legalidad expedida por los poderes constituidos, en especial por el parlamento en tiempos de normalidad y el presidente o monarca en tiempos de excepción. Esta fue, por demás la cultura política y constitucional que prevaleció bajo el reinado de la Constitución política de 1886, cuyos postulados esenciales fueron violados por los gobiernos de turno en materia de libertades individuales, sociales y democráticas y en donde no había la más mínima posibilidad para el ciudadano que veía

amenazada su libertad o conculcado sus derechos de defender sus derechos ante el poder jurisdiccional.

Lo que hay detrás de todas estas argumentaciones, es la concepción decimonónica de la teoría constitucional y del derecho, que no admite que por encima de las leyes y de los poderes constituidos se hallan un conjunto de valores y principios vinculantes que no están disponibles para el legislador político y mutable, y que no lo están en la medida en que son anteriores al Estado y por ello constituyen la fuente de su legitimidad y el límite de su actuación.

La expedición de la Constitución política de 1991 delegó en la Corte Constitucional el poder para su guarda y su integridad. Ahora bien, si la Constitución de 1991, es la norma de normas, ello es, la fuente de todo derecho en tanto el marco formal y material para su creación y la Corte Constitucional el órgano competente para interpretarla con autoridad, debe concluirse que es este último órgano es quien puede hacer de cierre del sistema jurídico y ello significa, nada más y nada menos que quien tiene la última palabra.

e está de acuerdo con eso, lo que hay que modificar el diseño constitucional. No puede en consecuencia el Parlamento o el Presidente expedir una normatividad de carácter general o en el caso de las altas cortes una norma particular (sentencia) que vulnere las normas, valores o principios de la Constitución vigente. Si lo hicieren, es menester que quien se sienta conculcado en sus derechos fundamentales ejerza las acciones judiciales que la misma constitución le otorga a manera de contrapeso y de control racional al ejercicio del

poder del Estado. Finalizo citando constituyente francés que si no estoy mal dijo:  
*Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esta asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución*” (Artículo 16 de la declaración francesa de 1789). O lo que es lo mismo no tiene democracia.

## BIBLIOGRAFÍA

1. De Otto, Ignacio. (1999): Derecho constitucional: sistema de fuentes. Barcelona Ariel.
2. Fioravanti, Mauricio. (2001): Constitución: de la antigüedad hasta nuestros días, Madrid, Trotta.
3. García V., Mauricio y Rodríguez A, (2003): La revolución Francesa, en prensa. Dossier de Maestría en derecho, Universidad Nacional
4. Jaramillo J. y Rodríguez A. (2003): Desarrollo del constitucionalismo en Inglaterra, En prensa. Dossier de Maestría en derecho, Universidad Nacional.
5. Loewenstein, 1983
6. Oliveir, Duhamel y Cepeda espinosa, Manuel. (1997): Las democracias, Santa Fe de Bogotá, Universidad de los Andes.
7. Uprimny, Rodrigo y Rodríguez A. (2003): revolución, independencia y constitución en Estados Unidos, en prensa. Dossier de Maestría en derecho, Universidad Nacional.

