

11

COLECCIÓN DE
INVESTIGACIONES
EN DERECHO

Michel Foucault: discurso y poder

Adriana María Ruiz Gutiérrez &
David Antonio Rincón Santa (compiladores)



Grupo de Investigación sobre Estudios Críticos
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas



Universidad
Pontificia
Bolivariana

194
U58

Universidad Pontificia Bolivariana. CIDI. Grupo de Investigación sobre Estudios Críticos, autor

Michel Foucault : discurso y poder / Adriana María Ruiz Gutiérrez y David Antonio Rincón Santa, compiladores –. Medellín: UPB, 2017.

326 páginas, 17 x 24 cm. (Colección de Investigaciones en Derecho, No. 11)

ISBN: 978-958-764-454-8

ISBN: 978-958-764-455-5 Versión web

1. Foucault, Michel, 1926 – 1984 – Crítica e interpretación – 2. Filosofía – Francia – 3. Educación – 4. Exclusión social – 5. Biopolítica – I. Ruiz Gutiérrez, Adriana María, compilador – II. Rincón Santa, David Antonio, compilador – III. Título – (Serie)

CO-MdUPB / spa / rda

SCDD 21 / Cutter-Sanborn

© Adriana María Ruiz Gutiérrez

© David Antonio Rincón Santa

© Enán Arrieta Burgos

© Esteban González Jiménez

© Hernando Blandón Gómez

© Julia Urabayen

© Luis Bernardo Ruiz Jaramillo

© Tommaso Gazzolo

© Editorial Universidad Pontificia Bolivariana

Vigilada Mineducación

Michel Foucault: discurso y poder

ISBN: 978-958-764-454-8

ISBN: 978-958-764-455-5 (versión web)

Primera edición, 2017

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Grupo de Investigación sobre Estudios Críticos

Línea de investigación en Conflictos, violencias y resistencias.

Proyecto de investigación Biopolítica de la sobrevida: exclusión y control en estado de excepción

Radicado 272B-09/14-37

Gran Canciller UPB y Arzobispo de Medellín: Mons. Ricardo Tobón Restrepo

Rector General: Pbro. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda

Vicerrector Académico: Álvaro Gómez Fernández

Decano Escuela de Derecho y Ciencias Políticas: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Editor: Juan Carlos Rodas Montoya

Coordinadora de Producción: Ana Milena Gómez Correa

Diagramación: Geovany Snehider Serna Velásquez

Corrector de Estilo: David Rincón Santa

Ilustraciones: Hernando Blandón Gómez

Dirección Editorial:

Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2017

E-mail: editorial@upb.edu.co

www.upb.edu.co

Telefax: (57)(4) 354 4565

A.A. 56006 - Medellín - Colombia

Radicado: 1578-09-05-17

Prohibida la reproducción total o parcial, en cualquier medio o para cualquier propósito, sin la autorización escrita de la Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.



E

El cuerpo como objeto de la verdad jurídica

Luis Bernardo Ruiz Jaramillo¹
(Universidad de Antioquia, Colombia)

Introducción

En los estudios que realizó Michel Foucault sobre las formas de obtener la verdad en las prácticas judiciales en la historia se presentan unas relaciones estrechas entre el derecho y la política. El ejercicio del poder político y otros poderes dentro de la sociedad se encuentran conectados a las formas jurídicas para obtener la verdad en las prácticas judiciales. Foucault diferencia entre lo que podría denominarse una historia interna de la verdad, que es la misma historia de las ciencias, y lo que denomina como historia externa de la verdad, con la que hace referencia a aquellos ámbitos en la sociedad en los que se definen un cierto número de reglas de juego a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto y tipos de saber (Foucault,

¹ Magíster en Filosofía Política y abogado. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. Esta composición hace parte de mi tesis de maestría *La filosofía, el derecho y el poder político desde Foucault: El caso del cuerpo humano como objeto de la verdad jurídica*, (2010).

2003, p. 15); entre estos ámbitos se encuentran las prácticas judiciales, en las cuales se pueden hallar estos tres elementos.

Precisamente, Foucault refuta al romanticismo (desde el siglo XIX) y a la escuela de Fráncfort el cuestionamiento que hacen de la racionalidad con el peso de poder que le sería propio. Para Foucault la crítica del saber no se debe dirigir a lo opresivo que hay bajo la razón, ya que la sinrazón es igualmente opresiva; tampoco debe dirigirse a la presunción de poder que existe en toda verdad afirmada, pues la mentira o el error son abusos de poder semejantes. Dice el autor: “La crítica que les propongo consiste en determinar en qué condiciones y con qué efectos se ejerce una veridicción, es decir, una vez más, un tipo de formulación dependiente de ciertas reglas de verificación y falseamiento”. Por ejemplo, en el caso de la psiquiatría, no se trataría de criticarla con respecto a su carácter opresivo por ser verdadera o por que resulte ser falsa, sino que se busca poner de relieve las condiciones que debieron cumplirse para poder pronunciar sobre la locura –lo mismo que la delincuencia o el sexo– los discursos que pueden ser verdaderos o falsos, según las reglas correspondientes a la medicina, la confesión o la psicología (Foucault, 2007, pp. 54-55).

Explica Foucault que no se procura hacer la historia de lo verdadero o de lo falso de un saber, sino la historia de la veridicción. Se muestra la conexión de un régimen de verdad con la práctica gubernamental (p. 55) y se encuentra una conexión estrecha entre la política y la verdad cuando convergen las regulaciones jurídicas y el mercado como lugar de veridicción. Con la idea de los fisiócratas, según la cual el mercado es opaco al derecho, ya que obedece a mecanismos naturales o espontáneos, lo que se está generando a partir de allí es la transformación del mercado en un patrón de verdad que permite discernir lo verdadero o lo falso de la práctica gubernamental. De la misma forma, en el ámbito del poder punitivo la concepción del delito como natural implicó para las prácticas judiciales que tuvieran un patrón de lo verdadero o lo falso sobre el delincuente y el castigo.

En el campo de las prácticas judiciales punitivas se han dado diversos regímenes de verdad. Entre ellos, Foucault destaca el propio de la época del iluminismo que se centra en el “acto” delictivo y que responde a la pregunta: ¿qué has hecho? Luego, durante el siglo XIX y parte del XX se ocupará del “criminal”, y lo que interesa es el “quién eres”. Siguiendo con esta misma

idea, se da una mutación hacia “el medio” en el que se desenvuelve el criminal y el acontecimiento; donde las preguntas son ¿quién es el probable criminal? y ¿cuáles son los acontecimientos criminales posibles? Puede también decirse que el régimen de verdad en el Antiguo régimen es el de la autoridad del soberano, por lo que la pregunta de la que se parte es: ¿quién ha desobedecido, quién se ha rebelado?

En relación con estos regímenes de verdad se presentan diversos objetos sobre los cuales recae la intervención del Estado con las prácticas judiciales punitivas. Y en cada objeto de verdad se tiene un sujeto al cual se le dirige. Esta objetivación es la que lleva a que los individuos sean sujetos de determinados saberes y del ejercicio del poder político.

Sobre la relación poder, derecho y verdad dice Foucault:

El poder nos obliga a producir la verdad, dado que la exige y la necesita para funcionar; tenemos que decir la verdad, estamos forzados, condenados a confesar la verdad o a encontrarla. El poder no cesa de cuestionar, de cuestionarnos; no cesa de investigar, de registrar; institucionaliza la búsqueda de la verdad, la profesionaliza, la recompensa. Tenemos que producir la verdad del modo mismo que, al fin y al cabo, tenemos que producir riquezas, y tenemos que producir una para producir otras. Y por otro lado, estamos igualmente sometidos a la verdad, en el sentido de que ésta es ley; el que decide, al menos en parte, es el discurso verdadero; él mismo vehiculiza, propulsa efectos de poder. Después de todo somos juzgados, condenados, clasificados, obligados a cumplir tareas, destinados a cierta manera de vivir o a cierta manera de morir, en función de discursos verdaderos (2000a, p. 34).

Debe tenerse presente que en el caso concreto de la verdad jurídica hay tres dispositivos que permiten develar las relaciones entre el saber y el poder, que se cruzan al momento de estudiar la verdad en las prácticas judiciales punitivas: la indagación, la confesión y la seguridad. El funcionamiento de estos dispositivos es lo que permite develar las relaciones de saber-poder sobre los individuos para hacerlos objeto de diversos discursos o prácticas gubernamentales. Por ejemplo, en el Estado absoluto, la indagación y la confesión han cumplido un papel muy importante en el régimen de verdad. Luego, en la modernidad, la confesión cumple un papel protagónico en la implementación del examen propio del poder disciplinario. En la época actual, el

dispositivo de la seguridad es el que permite realizar las intervenciones en el cuerpo de personas que pertenecen a ciertos grupos sociales de riesgo.

Para hacer este análisis se procederá a partir de las mutaciones de objeto que se han presentado históricamente en las prácticas judiciales hasta la época actual. Estas mutaciones consisten en lo siguiente: en el poder de soberanía, en el caso de la monárquica, se tiene como objeto directamente al cuerpo del infractor. En el poder disciplinario el objeto es la psiquis del individuo y la posibilidad de reforma. En la biopolítica, el objeto es el medio social en el que se inserta el probable delincuente. En consideración a que el análisis se centra sobre las prácticas judiciales punitivas es necesario que se les estudie en el marco de las prácticas gubernamentales de cada forma de gobierno de los hombres (poder de soberanía, poder disciplinario y biopolítica). Dentro de los regímenes de verdad se estudian los dispositivos mencionados (en especial, la indagación y la confesión) y las conexiones que tienen con sus diversos objetos.

Poder de soberanía: el cuerpo, la indagación y la confesión

En el poder de soberanía el régimen de verdad busca establecer la desobediencia o la sublevación del súbdito contra el soberano; el levantamiento del individuo-súbdito contra el individuo-soberano; una lucha del monarca contra el desobediente. Este es el régimen del llamado Estado absoluto (siglos XVI, XVII y gran parte del XVIII), en el cual el cuerpo humano del justiciable se instrumentaliza con el fin de obtener la verdad para la realización de la justicia del soberano; constituyéndose el cuerpo del justiciable como el objeto central de tales prácticas. El régimen de la verdad en esta época es una suerte de combinación entre la indagación que se venía desarrollando desde atrás y la confesión bajo tortura que funcionaba a la manera medieval de la ordalía. La confesión es un dispositivo complejo que no solo tiene gran incidencia en el poder de soberanía, sino que se relaciona con el denominado “examen” de la modernidad.

En el Medioevo, bajo la influencia del derecho germano, la liquidación judicial se presenta como una forma de lucha entre los contendientes. El derecho era una forma singular y reglamentada de conducir la guerra entre los individuos y de encadenar los actos de venganza (Foucault, 2003, pp. 68-74). Lo más característico de este sistema es que la prueba judicial era una manera de ritualizar la guerra o transponerla simbólicamente; darle ciertas formas derivadas y teatrales de modo que el más fuerte sería designado, por ese motivo, como quien tiene la razón. La prueba es un operador de derecho, un permutador de la fuerza por el derecho, especie de *shifter* que permite el pasaje de la fuerza al derecho (pp. 71-75).

La posible explicación a esta forma jurídica de resolver las disputas se encuentra en que eran escasos los mecanismos para asegurar la circulación de bienes en la Europa medieval y por tal razón se recurría constantemente al enfrentamiento bélico, militar, extrajudicial y al judicial. En esta época existía una frontera difusa entre el derecho y la guerra; se concebía el derecho como una forma de continuar con la guerra. La concentración de las armas se dio en manos de los más poderosos. Vencer a alguien es privarlo de sus armas, de donde proviene la concentración del poder armado que dio fuerza a los más poderosos en los Estados feudales y, finalmente, al más poderoso de todos, el monarca. El poder judicial no existía en la alta Edad Media, la liquidación de los conflictos se daba entre los particulares, no obstante, se le solicitaba al más poderoso o al que ejercía poder de soberanía, en razón de su poder político, religioso o mágico que comprobaba la regularidad del procedimiento, pero no se le llamaba para que hiciera justicia. De esta forma, los más poderosos controlaban los litigios judiciales para asegurar la circulación litigiosa de los bienes a su favor (pp. 76-78).

En los siglos XII y XIII empieza a usarse la indagación como forma para obtener la verdad en diversas prácticas del ejercicio del poder político. El proceso de formación y consolidación de la indagación va hasta la Inquisición. El delito comienza a ser una infracción contra el soberano y no simplemente algo entre particulares; infracción que no solo tenía el carácter civil sino también religioso, una conjunción entre delito y pecado. Esto permitió que las grandes monarquías se construyeran con base en las confiscaciones de bienes a los infractores o enemigos del soberano y la religión; al monarca le producía grandes réditos políticos y económicos la concentración de la justicia en su poder. Por esta vía desaparece la prueba como un juego o

desafío entre particulares, ya que ni el procurador ni el Rey arriesgarían su vida en estas prácticas de hacer justicia. Para esto se crea la indagación, y con la misma se constituyen nuevas formas jurídicas de establecer los hechos (pp. 81-84).

Esta indagación es una reelaboración de la que existió en la antigua Grecia clásica y luego desapareció con el desvanecimiento del imperio romano. Con la indagación como nueva forma de justicia se les impone a los contendientes un aparato de justicia para resolver el litigio. Aparece la figura del procurador que investiga los hechos y que sustituye a la víctima del delito. De esta forma, el poder político se apodera del conflicto (pp. 76-78). Con el término indagación, Foucault se refiere a una técnica que permite saber quién hizo qué cosa, en qué condiciones y en qué momento. Técnica que reaparece en la Edad Media como forma de investigación de la verdad, en el seno de algunas prácticas gubernamentales administrativas (técnica del soberano para controlar el territorio conquistado y cobrar impuestos) y en el ámbito judicial. Fue utilizada por los filósofos del siglo XV al XVIII y por los científicos, fuesen geógrafos, botánicos, zoólogos o economistas. Además, es una forma muy característica de la verdad en las sociedades actuales (pp. 16-17).

En la antigua Grecia, la indagación se superpuso a otras formas de resolver los conflictos (los desafíos mediante el juramento y la retórica) y fue inicialmente utilizada por historiadores (Herodoto), naturalistas, botánicos, geógrafos y viajeros; al punto que Aristóteles se ocupó de totalizar y convertir la indagación en saber enciclopédico. Para Foucault, el desarrollo de los saberes filosóficos, técnicos y científicos de la actualidad tomaron su matriz metodológica de la indagación (pp. 16-17; 66-67). Para este autor, el destino de la indagación es coextensivo al destino mismo de la cultura llamada europea u occidental. La indagación es una forma política de gestión, de ejercicio del poder, que por medio de la institución judicial pasó a ser, en la cultura occidental, una manera de autenticar la verdad y de adquirir cosas que habrán de ser transmitidas y consideradas como verdaderas (pp. 74 y 92).

La indagación entendida como investigación o búsqueda autoritaria de una verdad comprobada o atestiguada se oponía así a los antiguos procedimientos del juramento, la ordalía, el duelo judicial, el juicio de Dios o la transacción entre particulares. La investigación era el poder soberano abrogándose el derecho de establecer la verdad por medio de cierto número de

técnicas reguladas. Ahora bien, si la investigación, desde ese momento forma cuerpo con la justicia occidental, se encuentra vinculada al nacimiento de los Estados y la soberanía monárquica (Foucault, 1988, p. 228)².

Por su parte, la combinación entre la tortura y la confesión funcionó a la manera de una ordalía que consistía en un juego judicial estricto. Entre el juez que ordena el tormento y el sospechoso a quien se tortura existe también como una especie de justa; sométase al “paciente” –tal es el término por el cual se designa al suplicado– a una serie de pruebas, graduadas en severidad, de las cuales triunfa “resistiendo” o ante las cuales fracasa confesando. Pero el juez no impone la tortura sin aceptar ciertos riesgos (y no únicamente el peligro de ver morir al sospechoso). Arriesga en la partida una baza, a saber, los elementos de prueba que ha reunido ya, pues la regla impone que, si el acusado “resiste” y no confiesa, el magistrado se ve obligado a abandonar los cargos. Incluso, se consideraba que cuando se trataba de delitos muy graves era riesgoso recurrir al tormento ya que si no se obtenía la confesión no era posible condenar a muerte (p. 46).

En la tortura van también mezclados un acto de información y un elemento de castigo. La razón por la cual el castigo se hacía valer como un medio de prueba se encuentra en la manera en que la justicia penal hacía funcionar la producción de la verdad. Las diferentes partes de la prueba no constituían otros tantos elementos neutros; no aguardaban a estar reunidos en un haz único para aportar la certidumbre final de la culpabilidad. Cada indicio aportaba consigo un grado de abominación. Así, una semiprueba no volvía inocente al sospechoso, en tanto que no había sido completada: hacía de él un semiculpable. La demostración en materia penal no obedecía a un sistema dualista –verdadero o falso–, sino a un principio de gradación continua: un grado obtenido en la demostración formaba un grado de culpabilidad e implicaba, por consiguiente, un grado de castigo. Cuando se había llegado

² Foucault (2003, pp. 228-229) trae a colación a Bacon, el hombre de la ley y del Estado, en el umbral de la época clásica (siglos XVII y XVIII), como quien intentó hacer la metodología de la investigación jurídica en lo referente a las ciencias empíricas. De esta forma, el modelo operatorio de la inquisición sirvió de inspiración para el conocimiento empírico; conocimiento que ha cubierto a todas las cosas del mundo y las ha ordenado en un discurso que comprueba, describe y establece los “hechos”.

a cierto grado de presunción se podía, por lo tanto, poner en juego legítimamente una práctica que tenía doble papel: comenzar a castigar con base en elementos de conocimiento ya reunidos, y servirse de este comienzo de pena para arrancar el resto de verdad que todavía faltaba. En el siglo XVIII, la tortura judicial funciona en medio de esta extraña economía en la que el ritual que produce la verdad corre parejo con el ritual que impone el castigo (pp. 47-48).

En el Estado absoluto hay que concebir el suplicio como un operador político. Se inscribe lógicamente en un sistema punitivo, en que el soberano, de manera directa o indirecta, pide, decide y hace ejecutar los castigos; en la medida en que es él quien a través de la ley ha sido alcanzado por el crimen. En toda infracción hay un *crimen majestatis*, y en el menor de los criminales un pequeño regicida en potencia. En los suplicios el soberano impone su marca sobre el cuerpo del infractor. En este contexto el establecimiento de la verdad era para el soberano y sus jueces un poder absoluto y exclusivo; por ello, se trataba de un proceso secreto y sin garantías (pp. 41 y 59).

La explicación histórico-económica de los suplicios es que hacen parte de un régimen de producción en el que las fuerzas de trabajo y, por ende, el cuerpo humano no tiene la utilidad ni el valor comercial que habría de serles conferido en una economía de tipo industrial. También el “menosprecio” del cuerpo tiene relación con una actitud general respecto de la muerte; y en esta actitud se podrían descifrar tanto los valores propios del cristianismo como una situación demográfica y en cierto modo biológica: los estragos de la enfermedad y del hambre, las mortandades periódicas por las epidemias, la formidable mortalidad de los niños, lo precario de los equilibrios bioeconómicos; todo esto hacía que la muerte fuera familiar y suscitaba en torno suyo hechos rituales para integrarla, hacerla aceptable y dar un sentido a su permanente agresión. También existen otros hechos de coyuntura que se pueden resaltar: la multiplicidad de los levantamientos durante esa época, el cercano fragor de las guerras civiles y la voluntad del rey de hacer que prevaleciera su poder sobre el de los parlamentos (pp. 59-60).

En el contexto socio-político del llamado Antiguo régimen se buscaba inquirir (con indicios, testigos o documentos) por quién y cómo se había cometido una infracción contra el soberano. La tortura en este sistema jugó un doble papel: obtener la confesión del delito con el ánimo de confirmar

la responsabilidad de quien es señalado con la prueba recaudaba (imputado); y que el sujeto ya condenado exprese públicamente su arrepentimiento. Con el tormento se hacía que el mismo condenado fuera el pregonero público de su responsabilidad. La tortura era una forma de obtener la mayor prueba que pudiera obtenerse: la confesión. Pero al mismo tiempo, era la forma de reafirmar la ley del soberano pregonando la culpabilidad. El tormento como prueba se practicaba en secreto y en un proceso con unas reglas estrictas en las que no había garantías procesales, como la defensa o la contradicción. Por su parte, el suplicio como castigo al condenado para pregonar su infracción se hacía en forma oral, pública y a manera de espectáculo (Foucault, 2003, pp. 47-49).

En lo que respecta al dispositivo de la confesión, Foucault la define de la siguiente manera:

es un ritual de discurso en el cual el sujeto que habla coincide con el sujeto del enunciado; también es un ritual que se despliega en una relación de poder, pues no se confiesa sin la presencia al menos virtual de otro que no es simplemente el interlocutor sino la instancia que requiere la confesión, la impone, la aprecia e interviene para juzgar, castigar, perdonar, consolar, reconciliar; un ritual donde la verdad se autentifica gracias al obstáculo y las resistencias que ha tenido que vencer para formularse; un ritual, finalmente, donde la sola enunciación independiente de sus consecuencias externas produce en el que la articula modificaciones intrínsecas: lo torna inocente, lo redime, lo purifica, lo descarga de sus faltas, lo libera, le promete la salvación. (2000b, p. 78)

De este concepto se pueden extraer las siguientes enseñanzas sobre la confesión que interesan al objeto de estudio planteado:

En primer lugar, la confesión es un ritual en el que se da una relación de poder entre sujetos que tienen diversos roles: uno que tiene el carácter de parlante y otro de instancia. El sujeto parlante es el sujeto pasivo de la relación de poder, en la cual se genera la exigencia o el requerimiento de la confesión. El sujeto que hace de instancia es el que exige o provoca la confesión con la cual se busca consolar, reconciliar o juzgar. Esa relación de poder puede ocurrir en muchos ámbitos de la vida, entre el pastor religioso y su oveja o seguidor; entre el posible delincuente y el funcionario judicial;

o entre el psicólogo o el médico y su paciente. Por lo tanto, solo puede hablarse de confesión cuando se hace referencia a un ritual en el que se inserta una relación de poder entre dos sujetos.

En segundo lugar, la confesión es un ritual para la obtención de la verdad. Al respecto dice Foucault que el mecanismo de la confesión es un ejemplo de que la verdad no pertenece al orden de la libertad: “una historia política de la verdad” muestra que “la verdad no es libre por naturaleza ni siervo el error, sino que su producción esta toda entera atravesada por relaciones de poder” (p. 76). Foucault considera que “Cuando la confesión no es espontánea ni impuesta por algún imperativo interior, se la arranca; se la descubre en el alma o se la arranca al cuerpo. Desde la Edad Media, la tortura la acompaña como una sombra y la sostiene cuando se esquivo: negras mellizas. La más desarmada ternura, así como el más sangriento de los poderes, necesitan la confesión. El hombre, en Occidente, ha llegado a ser un animal de confesión” (p. 75)³.

En tercer lugar, según Foucault, la confesión también ha servido de instrumento de los procedimientos de individualización por parte del poder desde la Edad Media. El individuo se autentificaba gracias a la referencia de los demás y a la manifestación de su vínculo con otro (familia, juramento de fidelidad, protección), y después mediante el discurso verdadero que era capaz de formular sobre sí mismo o que se le obligaba a formular. Por esto dice el autor que “la confesión se convirtió en Occidente, en una de las técnicas más altamente valoradas para producir lo verdadero. Desde entonces hemos llegado a ser una sociedad singularmente confesante. La confesión difundió hasta muy lejos sus efectos: en la justicia, en la medicina, en la pedagogía [...] en el orden más cotidiano” (pp. 74-75)⁴.

³ Asimismo, advierte Foucault (2000b) que “ya el derecho griego había unido tortura y confesión, al menos para los esclavos. Práctica que amplió el derecho romano imperial”.

⁴ En este mismo lugar dice el autor: “Al menos desde la Edad Media, las sociedades occidentales colocaron la confesión entre los rituales mayores de los cuales se espera la producción de la verdad: reglamentación del sacramento de penitencia por el concilio de Letrán, en 1215, desarrollo consiguiente de las técnicas de confesión, retroceso en la justicia criminal de los procedimientos acusatorios, desaparición de ciertas pruebas de culpabilidad (juramentos, due-

Explica Foucault que los cristianos de los primeros siglos utilizaron dos maneras de descubrir y descifrar la verdad acerca de sí: la *exomologēsis* y la *exagoreusis*. *Exomologēsis* es una forma de revelación del yo que se caracteriza por la palabra o “reconocimiento del hecho”; significa reconocer públicamente la verdad de su fe. El pecador voluntariamente adquiriría el estatuto de penitente y se sujetaba a unas reglas que ordenaban la forma de vestir y el comportamiento sexual. Para ellos la penitencia es una forma de vida continuamente regida por la aceptación del tener que descubrirse a sí mismos; sirve para señalar el rechazo del yo, la renuncia a sí mismo. Por su lado, la *exagoreusis* es una analítica y continua verbalización de los pensamientos llevada a cabo en la relación de la más completa obediencia hacia otro. La *exagoreusis* se parece a la *exomologēsis* en que hay en las dos una renuncia del propio yo. En la *exagoreusis*, al verbalizar los pensamientos y obedecer permanentemente al maestro, se está renunciando al deseo y al yo propios. A lo largo de todo el cristianismo se da una conexión entre la revelación del yo, dramática o verbalmente, y la renuncia del yo. Incluso, se considera que el hacerse cargo de sí es un acto de rebeldía o desobediencia con el pastor (Foucault, 1990, pp. 82-85 y 94).

La hipótesis de Foucault es que luego la verbalización adquiriría notoria relevancia en la historia, pues desde el siglo XVIII hasta el presente, “las técnicas de verbalización han sido reinsertadas en un contexto diferente por las llamadas ciencias humanas para ser utilizadas sin que haya renuncia al yo, pero para construir positivamente un nuevo yo” (p. 94).

En cuarto lugar, hay que destacar en la definición mencionada que en el ritual de la confesión es necesario vencer un obstáculo para que el sujeto parlante exprese con palabras su interioridad. Se da una especie de lucha de fuerzas: la una se genera con las prohibiciones que establece el poder (político, religioso o familiar) en el que se inserta el individuo; de otra parte, se encuentran las presiones que se generan en esa misma relación de poder

los, juicios de Dios) y desarrollo de los métodos de interrogatorio e investigación, parte cada vez mayor de la administración real en la persecución de las infracciones y ello a expensas de los procedimientos de transacción privada, constitución de los tribunales de inquisición: todo ello contribuyó a dar a la confesión un papel central en el orden de los poderes civiles y religiosos” (Foucault, 2000b, pp. 74-75).

para que el sujeto exprese o exponga aquél objeto que está prohibido. Por ejemplo, se da una conexión entre las prohibiciones de tipo punitivo con la incitación a decir la verdad por el justiciable y el control de los individuos y la población por parte del Estado. Al respecto, Foucault plantea la problemática de la constante en la cultura de occidente entre la prohibición legal o moral y la fuerte incitación a hablar en diferentes ámbitos sociales o institucionales. Se refiere en especial a las prohibiciones relacionadas con la sexualidad, en las que se establecen prohibiciones morales y jurídicas, y al mismo tiempo existe una continua obligación de decir la verdad sobre sí mismo. En el caso de la religión, el tema de la renuncia a la carne estaba ligado al de la confesión del monje al abad, y a la necesidad de informarle de todo lo que se le ocurría (pp. 45-47).

Foucault estudia la conexión entre el ascetismo, la verdad y la renuncia del sí. Sobre esta conexión, dice el autor que Max Weber se preguntó: si uno quiere conducirse racionalmente y regular su acción de acuerdo con principios verdaderos, ¿a qué parte de su yo debe uno renunciar?; ¿cuál es el ascético precio de la razón?; ¿a qué tipo de ascetismo debe uno someterse?. En contraste, Foucault propone la pregunta contraria sobre la misma problemática: ¿de qué forma algunas prohibiciones han requerido el precio de cierto conocimiento de sí mismo?. ¿Qué es lo que uno debe ser capaz de saber sobre sí para desear renunciar a algo? (pp. 46-47). En la pregunta de Weber se parte de la idea de que existe una verdad a la cual el ser humano deberá acomodar su conducta, renunciando a sí. En cambio, en la pregunta de Foucault se analiza de qué forma las prohibiciones morales o jurídicas llevan a que los seres humanos adquieran un conocimiento del sí, que los lleva a renunciar a algo.

Foucault, haciendo una descripción de lo que ha sido su obra, expresa: “He intentado elaborar una historia de la organización del saber respecto a la dominación y al sujeto”. Dice el autor que la locura no la estudia con el criterio de las ciencias formales, sino con la intención de mostrar cómo desde este extraño discurso es posible cierto tipo de control de los individuos, dentro y fuera de los asilos (p. 49). En *Vigilar y castigar* demuestra cómo los ilegalismos generan un juego complejo de saberes que van unidos al ejercicio del poder en variadas instancias estatales o privadas, jurídicas o científicas, que buscan la transformación del individuo. En *La verdad y las formas jurídicas* plantea cómo en las formas de arbitrar los conflictos entre los seres humanos

se constituyen unos saberes jurídicos que se conectan con diversas prácticas sociales y políticas de dominación (Foucault, 2003, pp. 32-33). Dice el autor en las *Tecnologías del yo*: “Este contacto entre las tecnologías de dominación de los demás y las referidas a uno mismo es lo que llamo gobernabilidad”; las *Tecnologías del yo* se concentran en la historia del modo en que un individuo actúa sobre sí mismo; una forma de dominación individual, una manera de interacción entre uno mismo y los demás (1990, p. 49).

En la actualidad, por ejemplo, en el caso de las prohibiciones penales relacionadas con la sexualidad (lo mismo que con el narcotráfico y los delitos que afectan la vida o la integridad corporal), se desarrollan unos mecanismos jurídicos de intervención y unos discursos de justificación de los mismos. Por ejemplo, en la ley procesal penal se tiene como mecanismo jurídico la admisión o allanamiento (confesión) por el imputado o acusado, obtenidos mediante premios; asimismo, se realizan indagaciones sobre el cuerpo de las personas renunciando, en todo caso, a la intimidad y a la integridad corporal.

Al Estado colombiano, estratégicamente la lucha contra ciertas prácticas sexuales, las drogas o las armas, le trae réditos ya que le permite justificar la intervención policial constante sobre la población, mediante requisas o registros corporales permanentes. E incluso, extender, en el ámbito judicial, el uso de la confesión y las intervenciones corporales sobre los individuos que hacen parte de ciertos sectores sociales de la población. Las prohibiciones de ciertas prácticas sexuales permiten al Estado interferir en las relaciones filiales que se tejen en la población. Con estas prohibiciones se busca la conservación de ciertas costumbres (la moralidad religiosa dominante), un aceptable uso de la razón práctica en las relaciones filiales (igualdad de condiciones, lealtad y buena fe en el trato sexual), como también una constante vigilancia que permita la productividad de los individuos y la población.

Todo esto lleva a que los individuos e incluso las poblaciones acumulen ciertos conocimientos sobre sí mismas, mantengan una reflexión constante sobre sus prácticas sexuales, comerciales o políticas, que busquen amoldarse a las condiciones de los diferentes centros de poder en los que constantemente están gravitando. Esta forma de ejercicio del poder es inmanente a ciertas prácticas del saber; por ejemplo, los estadistas, juristas y politólogos que generan reflexiones o justificaciones sobre la “seguridad democrática”;

asimismo, los psicólogos, psiquiatras o sociólogos que están vigilando, reflexionando y justificando las intervenciones en ciertas prácticas sexuales o de la familia; los penalistas, criminólogos, procesalistas o criminalistas se ocupan de las normas ideales para describir el delito y la pena, de las causas sociales o psicológicas del delito, y de las formas ideales de obtener y discutir la verdad fáctica y jurídica para imponer el castigo.

En quinto lugar, el ritual de la confesión conlleva, según el concepto reseñado, a unos efectos internos y otros externos para el sujeto parlante. Los primeros tienen relación con el arrepentimiento, la sensación de limpieza, redención o perdón. El efecto externo es, por ejemplo, el de la consecuencia jurídica como el fundamento de la pena o el castigo. Por lo tanto, el juego de efectos que se establecen en cada relación de poder en especial es inmanente a la confesión.

Por tanto, en la época del Estado absoluto se tiene una confesión que se caracteriza por lo siguiente: de un lado, se utiliza la tortura para su obtención, del otro, la verdad que se arranca violentamente se constituye en fundamento de la condena del mismo sujeto parlante. Es además un ritual que tiene un componente mágico-religioso, en el que se trenza una lucha entre el sujeto pasivo y el sujeto de la instancia judicial que la exige; es una ordalía en la que, si el sujeto pasivo resiste se le considerará inocente, de lo contrario se le confirma la incriminación. Por último, se constituye un juego de verdades en el que se requiere de una mínima verdad para someter al sujeto pasivo a la tortura, y si este se rinde en el ritual y confiesa, se establece la verdad suficiente para condenar. Por lo tanto, se presenta la estructura siguiente: mínima verdad (indicios u otras “semipruebas”) como condición para el ritual tortura-confesión; luego, la verdad allí obtenida conlleva a la condena (verdad-tortura-verdad-condena).

Se está entonces ante un régimen de verdad que, con la ayuda de sus dispositivos (como la indagación, la confesión), y con las diversas técnicas de obtención del conocimiento (como la tortura), la conjunción entre poder político y religioso constituye un sujeto enemigo sobre cuyo cuerpo cae todo el poder del individuo soberano, a través de sus instituciones, como jueces, procuradores y policías. El dominio del soberano con su poder de castigar recae directamente sobre el cuerpo del súbdito. La intervención del soberano sobre el infractor o el posible infractor es ilimitada, incluso se

toma la vida del mismo. La policía y las demás instituciones del soberano toman directamente el cuerpo del súbdito para afirmar el poder soberano vencedor. Como se verá en el acápite siguiente, con la introducción de las prácticas gubernamentales del liberalismo, el poder del soberano pierde el control total sobre el cuerpo del justiciable y surgen poderes socioeconómicos que se resisten y limitan al poder de soberanía.

Estado de derecho: sujeto de derecho-sujeto económico, el acto y la verdad común

El *homo legalis* de los ilustrados reformadores de las prácticas judiciales se constituye a partir de un régimen de verdad que tiene una conexión directa con el liberalismo como fenómeno económico, ideológico, y sobre todo con sus prácticas gubernamentales que conllevaría a unas profundas transformaciones de la forma de intervención del Estado en los individuos.

Foucault aborda el sistema punitivo de la Ilustración en *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. No obstante, en la descripción de este sistema se utilizará al filósofo del derecho de la época actual Luigi Ferrajoli, quien prescribe tal sistema punitivo ilustrado como el ideal; incluso, su propuesta filosófica de derecho punitivo se estructura a partir de la filosofía política y de los principios jurídicos que nacen del iluminismo (Ferrajoli, 1995, pp. 37-40). Todo el esquema prescriptivo que propone Ferrajoli tiene una base utilitarista muy importante. Al respecto, Foucault anota que los estudios realizados por los reformadores del siglo XVIII sobre el sistema punitivo, a partir del utilitarismo y la economía (Beccaria, Bentham y Colquhoun) son análisis clásicos. En estos autores existe un cálculo económico de las medidas de intervención punitiva del Estado. Por ello, buscaban disminuir los costos del sistema exigiendo, por ejemplo, la taxatividad legal y la proporcionalidad de la pena. El mismo Ferrajoli pone en la base de su sistema las ideas de Bentham, Voltaire, Beccaria y otros ilustrados cuyas tesis se resumen en las siguientes condiciones para la intervención coactiva del Estado sobre los ciudadanos:

1. En lo que respecta al delito, la justificación es impedir la comisión de acciones dañosas que afecten los bienes jurídicos ajenos; al respecto,

Ferrajoli cita también a Hobbes, Pufendorf y Thomasius, Montequieu, Hommel y Mill.

2. El proceso debe versar sobre hechos, no sobre la moralidad; la jurisdicción se justifica cuando su actividad recae sobre hechos; el ciudadano solo puede ser juzgado por lo que ha hecho, y no por lo que es. El juicio debe tener carácter cognitivo y jurisdiccional: los delitos deben consistir en hechos empíricos taxativamente señalados de manera que resulten verificables (y refutables) las tesis judiciales.
3. En la justificación de la pena y de sus modos de ejecución, el Estado no tiene facultad para alterar –reeducar, redimir, recuperar, resocializar– la personalidad de los reos. El ciudadano tiene el derecho de ser interiormente malvado. El tratamiento no debe ser con fines pedagógicos o correccionales, sino para llegar a sanciones expresas y taxativas (pp. 222-224).
4. En cuanto a lo epistemológico acude Ferrajoli a un concepto denominado “verdad como correspondencia”, el cual es una redefinición de la filosofía ilustrada de la “verificación del hecho”; la cual a su vez corresponde a una epistemología objetivista o cognoscitivista. Para los ilustrados había una concepción de la verdad en la que las proposiciones gramaticales son “proyecciones” o “imágenes del mundo”, lo cual implicaba una “correspondencia” ontológica entre las tesis de las que se predica la verdad y la realidad de la que ellas hablan. La redefinición de Ferrajoli consiste en hacer referencia a una correspondencia nominal mas no realista (p. 49).
5. Se reacciona contra la detención preventiva del Antiguo régimen y su uso desproporcionado (Beccaria, Voltaire, Diderot, Bentham). Ferrajoli critica a los filósofos ilustrados por no haber abogado por la supresión de esta práctica y haberse limitado a denunciar su uso irracional (pp. 551-553).
6. En cuanto a las garantías procesales aparecen en la Ilustración las siguientes: juez natural, el sistema acusatorio con las garantías que se le asignan: publicidad, contradicción, la no obligación de declarar contra sí ni contra sus parientes y la presunción de inocencia (pp. 591 y 608).

El mismo Ferrajoli califica su sistema como un ideal al que nunca se podrá llegar, pero al que tendencialmente se le podría apuntar. Va señalando en su obra *Derecho y razón* todas aquellas tendencias históricas y actuales que van contra un sistema de esta naturaleza. A partir de la axiomática que construye con las bases filosóficas del iluminismo, Ferrajoli hace una crítica severa de otras propuestas de sistemas punitivos; entre ellas, las del positivismo criminológico de fines del siglo XIX y principios del XX, en las que se busca la reeducación o reforma del delincuente (p. 229), lo mismo que otras teorías más recientes como las del funcionalismo sistémico de Gunther Jakobs en las que la pena se pone como factor de cohesión del sistema político-social, la estabilidad del ordenamiento y la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones (pp. 275-276).

Para un normativista de inspiración kantiana e iluminista como Ferrajoli, el principio de la dignidad humana impide que la entelequia o la máquina puedan anteponer sus intereses a los del hombre; la entelequia se encuentra al servicio del hombre. Ferrajoli, antepone la razón jurídica a la razón de Estado: considera inicialmente a esta última como propia del Estado absoluto, siendo superada luego por el Estado de Derecho que aparece a partir del iluminismo. La razón de Estado crea un sustancialismo al perseguir al individuo peligroso para el Estado; es una lógica amigo-enemigo del Estado; y en la actualidad se manifiesta con el poder punitivo de emergencia (pp. 813-816). Como se estudiará más adelante (*Los derechos fundamentales, el caso de las intervenciones corporales y la filosofía analítica de la política desde Foucault*), el neoconstitucionalismo de Ferrajoli se inspira en el ideario revolucionario iluminista de los derechos humanos, que sirve de base para el estudio de los actuales derechos fundamentales, los cuales se han constituido, aunque parezca un argumento circular, en el fundamento y a la vez el fin del Estado. En la actualidad, el constitucionalismo ha tomado todo este ideario bajo la forma de derechos fundamentales con la finalidad de limitar al Estado.

La perspectiva de Foucault no es la de analizar los ideales universales con sus instituciones, sino más bien los efectos que tiene la implementación de tales ideales y sus instituciones sobre el individuo o la población. Hay que reconocer que el método fenomenológico que utiliza Ferrajoli para la crítica de la realidad de la aplicación del derecho resulta rico conceptualmente, en la medida en que no se detiene en el mundo normativo sino que trata de comprender la realidad. No obstante, parte de la justificación de las estruc-

turas universales y por esta vía también entra a justificar, indirectamente, cierto trato de la estructura ideal a la realidad de los hombres. Con Ferrajoli, es la realidad la que debe amoldarse al ideal universal. Según Foucault, lo que debería ocurrir es que el ideal se ponga en cuestión ante la realidad que él ayuda a crear. Por esta razón, elude hablar en términos de justificación o legitimidad de los actos de las instituciones; prefiere más bien describir o develar los efectos que producen, en los seres humanos, las instituciones con el poder-saber que utilizan para gobernar.

El ideario libertario iluminista, si bien puede considerarse desde una perspectiva axiomática-jurídica, la doctrina de los derechos humanos (aquí interesan aquellos que recogen las denominadas libertades negativas) surge con el liberalismo como una forma de gobernar. La libertad entendida como la autonomía de los sujetos de interés en la sociedad civil limita la actividad del Estado. Pero es al mismo Estado al que le corresponde arbitrar los conflictos de intereses que se dan entre los sujetos a partir del ejercicio de sus libertades, y para ello tendrá que asegurar algunos de ellos sobre otros. A partir de la segunda parte del siglo XVIII comienza a surgir el liberalismo con todas sus prácticas económicas e ideológicas. Surge con su sujeto de intereses que pide autonomía y libertad frente al soberano, que se resiste al poder de soberanía y busca sus límites, los cuales son de facto: la naturalidad o espontaneidad de las relaciones entre los sujetos económicos de la vida social.

El iluminismo, el punto histórico en el cual Ferrajoli percibe el ideal filosófico-político creado por la razón para castigar, es visto por Foucault en términos muy diversos. Lo que percibe Foucault es la conexión histórica entre el *homo legalis* y el *homo oeconomicus*. Tal idealismo es creado pasando la comprensión de los fenómenos sociales bajo la grilla de la inteligibilidad de la economía. El sistema se crea con cálculos económicos en los que se mide la relación costo-beneficio de las instituciones punitivas. También Foucault percibe el panoptismo social dentro del iluminismo. Para la época el dispositivo disciplinario se extiende sobre la sociedad, no solo con la vigilancia y el control policial de la población, sino también por las fábricas, talleres, escuelas y hospitales, lugares en los que la conducta de los individuos es vigilada, controlada y sancionada permanentemente; son unos micropoderes con sus respectivos sistemas sancionatorios. Fuera de lo anterior, la forma ideal producto de la razón para obtener la verdad de la que trata Ferrajoli, encuentra desde Foucault una explicación diferente que podría

denominarse “régimen común de verdad en el liberalismo”. En lo que sigue se tratará de presentar la perspectiva de estos asuntos desde Foucault.

Esto es lo que se estudia como el régimen de verdad del sistema punitivo que se centra en el acto delictivo. Este régimen de verdad tiene como punto de legibilidad de los fenómenos sociales a la economía; tratando de calcular desde una racionalidad económica los fenómenos sociales, en este caso, el funcionamiento de la justicia penal. Por ejemplo, desde esta perspectiva se dice que sobre la base de los índices de criminalidad y el costo de la justicia, los suplicios no tienen efecto importante sobre la baja de la criminalidad. El cálculo utilitarista buscaba disminuir los costos del sistema, y para ello se exigía la taxatividad legal y la proporcionalidad de la pena. El *homo oeconomicus* es llevado a la estructura jurídica, dando aparición al *homo legalis* o al *homo penalis*, que es la posibilidad de que el hombre que se expone a la ley sea castigado por esta (Foucault, 2007, pp. 288-290).

En la época del iluminismo, la indagación sigue como dispositivo de la verdad que se obtiene por parte del órgano judicial del mismo Estado, en aras de realizar el derecho objetivo (también creado por el mismo Estado). La confesión continúa como mecanismo para obtener la verdad, pero se pone como correctivo la libertad del individuo para admitir los hechos desfavorables, por lo que no podrá ser objeto de presión alguna para declarar contra sí (*nemo tenetur se detegere*) ni sus parientes cercanos. Además, se le suprime el carácter decisivo a la confesión, por lo que en la ilustración este instrumento de conocimiento dejó de ser una prueba tarifada como suficiente y pasó más bien a ser objeto de investigación (Ferrajoli, 1995, pp. 607-608). Asimismo, se instaura la presunción de inocencia que desde esa época impide que una persona pueda ser tratada, castigada o su libertad restringida como culpable, sin que haya sido condenada en un juicio con todas las garantías (p. 559). Entre las garantías del juicio se instaura la publicidad, la contradicción y la posibilidad de defensa para el procesado.

En términos de Foucault, puede decirse que en el iluminismo se presenta, en cuanto a las formas de obtención de la verdad, una aproximación a los métodos comunes, ya que con el Antiguo régimen las prácticas se habían aislado de las formas comunes de demostración. Estas formas comunes se manifiestan en el iluminismo de finales del siglo XVIII con la prohibición de la tortura para obtener la confesión, la instauración de la libre aprecia-

ción de la prueba . Por lo tanto, son abolidas las denominadas “semipuebas” o “semiverdades” que producían “semiculpables”, como era lo propio de la tarifa legal probatoria. Forma “común de verdad” significa en el contexto de la economía del castigo de los iluministas que “la verificación del crimen debía obedecer a los criterios generales de toda verdad” o al “régimen común de verdad”. Versa sobre el método de libre apreciación, el cual consiste en un sistema complejo que utiliza el sentido común, las ciencias y una serie de discursos de relación infinita para conformar la convicción del juzgador (Foucault, 1988, p. 102).

Foucault cita a Risi (*Observaciones de jurisprudencia criminelle*) quien dice: “El que señorea la justicia no es ya señor de su verdad” (p. 102). Se puede decir que la verdad se libera del dominio del poder de soberanía para someterse a las reglas o principios que en forma “natural” o espontánea van creando los sujetos de interés en el ámbito de la sociedad. El régimen de verdad de los iluministas no solo cambia de objeto, al fijarse sobre el “acto” criminal, sino que también cambia de método ya que, aunque Foucault no lo diga expresamente, tiende a “naturalizarse”. Ya no es la verdad tarifada por la autoridad del soberano por medio de su ley, sino que el juez conforma su convicción libre de las fuentes que se producen espontáneamente en la sociedad en las que él se desenvuelve. Este cambio tiene una gran importancia, ya que aún en gran medida se encuentra vigente y ayuda a explicar que el Estado intervenga en los derechos fundamentales utilizando, por ejemplo, la biotecnología socialmente aceptada en la época actual.

Sin duda alguna, el liberalismo en sus desarrollos económicos y políticos requiere que la verdad de las prácticas judiciales se libere del poder soberano e ingrese a los procesos espontáneos que sufren los sujetos de interés en la sociedad civil. Como consecuencia, la verdad judicial debe estar controlada socialmente, para lo cual son imprescindibles las garantías procesales como la publicidad, la contradicción y la defensa. Esto explica la importancia que para el liberalismo tiene el debido proceso, el cual se constituye en una garantía de libertad para los sujetos económicos en la sociedad civil, que impide que el Estado pueda intervenir a su arbitrio sobre ellos.

Hay que precisar que la explicación según la cual los derechos o las garantías procesales son el producto de la razón humana que va hacia la perfección, resulta poco convincente si se les analiza en el marco de las prácticas guber-

namentales propias del liberalismo. Por ejemplo, dice Ferrajoli que el sistema de garantías fue producto de reflexiones filosófico-políticas creadas antes del nacimiento del Estado de derecho moderno (Ferrajoli, 1995, p. 234). Según esto, hay una línea de continuidad hacia la perfección entre los derechos naturales del Medioevo, los derechos humanos de la ilustración y los derechos fundamentales en la vida contemporánea. Podríamos estar de acuerdo en que todos hacen referencia a una idea de libertad o igualdad, pero tienen sentidos históricos y condiciones socioeconómicas y políticas diversas. También hay que estar de acuerdo con que los filósofos políticos y del derecho ayudan a construir un sistema de garantías o libertades que limitan el poder político, pero no debe perderse de vista que la libertad que reclaman los liberales del siglo XVIII es muy diferente a la que reclaman los nobles frente al Monarca del Medioevo; a su vez, la idea de libertad e igualdad en el liberalismo del ahora es diversa a la de los ilustrados. Además, la libertad de los liberales no es solo el sueño de la razón sino más bien una forma de gobierno.

En cuanto al papel de la policía en el iluminismo, Foucault destaca que el aparato de justicia va unido a un sistema de vigilancia que le está directamente coordinado. Policía y justicia marchan juntas como las dos acciones complementarias de un mismo proceso, con lo cual garantiza “la acción de la sociedad sobre cada individuo”, y la justicia “los derechos de los individuos contra la sociedad” (Foucault, 2988, p. 101). De esta forma, al mismo tiempo que se instaura todo el ideario libertario, la policía sigue cumpliendo su función de controlar y vigilar a todos los individuos dentro de la sociedad. La libertad y la seguridad se arbitran alrededor de la noción de riesgo o peligro en el liberalismo. Esta forma de gobernar la libertad en el liberalismo es algo inmanente al mismo. La intervención en la gubernamentalidad liberal se da ante el acontecimiento riesgoso o peligroso que activa la seguridad para garantizar la libertad; así sea el sacrificio de la libertad de unos para asegurar la libertad de otros.

Foucault hace referencia a que en el mismo siglo XVIII se superpusieron tres tecnologías del poder punitivo: 1) en el derecho monárquico, el castigo era un ceremonial de soberanía; utilizaba las marcas rituales de la venganza que aplicaba sobre el cuerpo del condenado; y desplegaba a los ojos de los espectadores un efecto de terror tanto más intenso cuanto que discontinuo, irregular y siempre por encima de sus propias leyes; la presencia física del soberano y su poder. 2) En el proyecto de los juristas reformadores, el

castigo es un procedimiento para recalificar a los individuos como sujetos de derecho; no utiliza marcas sino signos, conjuntos cifrados de representaciones, a los que la escena de castigo debe asegurar la circulación más rápida y la aceptación más universal posible. 3) El proyecto de institución carcelaria que se elabora en la misma época, en que el castigo es una técnica de coerción de los individuos; pone en acción procedimientos de sometimiento del cuerpo –no signos– con los rastros que deja en el comportamiento en forma de hábitos; y supone la instalación de un poder específico de gestión de la pena (pp. 134-136).

De esta forma se tienen tres componentes para tales técnicas: el soberano y su fuerza, el cuerpo social, el aparato administrativo. Se tienen tres series de elementos que caracterizan las tres técnicas punitivas: la marca, el signo, el rastro. Tres formas para su realización: la ceremonia, la representación, el ejercicio. Tres tipos de sujetos: el enemigo vencido, el sujeto de derecho en vías de recalificación, el individuo sujeto a una coerción inmediata. Tres objetos: el cuerpo objeto del suplicio, el alma cuyas representaciones se manipulan, el cuerpo que se domina. No se las puede reducir ni a teorías de la derecha (aunque coinciden con ellas) ni identificarlos a aparatos o instituciones (aunque se apoyen en ellos) ni hacerlos derivar de opciones morales (aunque encuentren en ellas su justificación). Son modalidades según las cuales se ejerce el poder de castigar (p. 136). De estas tres técnicas finalmente se ha impuesto la tercera, es decir, la prisión, la cual se encuentra ahora más vigente que nunca.

Puede también decirse que la intervención del Estado en las personas ha sufrido las siguientes mutaciones:

1. En el Estado absoluto el soberano en su intervención no tenía más límite que su propia sabiduría, que se activaba contra el individuo ante el desacato de su autoridad; por lo que el individuo tenía un carácter de súbdito, y el que se rebelara era considerado como un enemigo. La forma de la veridicción sobre la desobediencia era la autoridad del soberano. Es decir, el soberano ponía las reglas para establecer la verdad y el mismo soberano las podía derogar.
2. En el Estado de Derecho, en la época del iluminismo, la intervención en los individuos estaba limitada a los actos denotados como delitos en

las normas penales, y por esta razón se habla del *homo legalis*, ya que se le consideraba como a alguien que había roto el pacto social. Pero la verificación del acto dependía en gran medida de reglas sociales como las del sentido común o las ciencias. Tanto en el Estado absoluto como en el iluminismo el delito es infracción a la ley, pero en aquél la ley se confundía con el soberano.

3. En el Estado de Derecho, bajo el poder disciplinario, la intervención recae sobre el hombre “peligroso”, cuyo método de veridicción son las “leyes naturales” propias de las ciencias sociales, en especial la psicología, la sociología o la criminología⁵.
4. Finalmente, en el Estado constitucional, la intervención en los derechos fundamentales está dada por los métodos propios de las ciencias de la población, estadística, medicina, psicología social, tecnologías de la información. Todas estas técnicas de veridicción se encuentran superpuestas: el poder de soberanía con la policía, las reglas jurídicas y los jueces, lo mismo que las leyes del mercado, y otros saberes que van tejiendo las prácticas judiciales. A continuación se estudian las dos últimas mutaciones dentro del concepto de biopoder.

⁵ Para Foucault (1988, p. 29), desde que la Edad Media construyó el procedimiento de la información judicial juzgar implica tres condiciones que permiten fundar en verdad un juicio: “conocimiento de la infracción, conocimiento del responsable, conocimiento de la ley”. Dice el autor que en la modernidad en el juicio penal se encuentra inscrita una cuestión muy distinta con respecto a la verdad: no es ya simplemente “qué ley sanciona esta infracción, sino qué medida tomar que sea la más apropiada; cómo prever la evolución del sujeto; de qué manera sería corregido con más seguridad. Por lo tanto, otra verdad ha penetrado en el mecanismo judicial: “una verdad que, trabada con la primera, hace de la afirmación de culpabilidad un extraño científico-jurídico”.

El biopoder: la seguridad y el gobierno del acontecimiento

En este acápite se busca señalar cómo las formas de veridicción que se dan en el ámbito de las prácticas gubernamentales y las socio-económicas están conectadas con las que se dan en las prácticas judiciales. No se pretende decir que exista una causalidad entre lo socio-económico y lo judicial, ni que el derecho y sus prácticas sean la superestructura de la economía. El asunto es que el derecho y sus prácticas no son aislables del poder político ni de otros poderes en la vida social.

En efecto, los métodos de verdad en las prácticas judiciales punitivas no pueden mirarse como simples consecuencias de reglas de derecho, sino como técnicas específicas del campo más general de los demás procedimientos de poder. Los objetos de la verdad jurídica tienen conexión con las relaciones de poder que se presenten dentro de una sociedad. Los objetos de verdad en las prácticas judiciales se pueden estudiar desde la perspectiva de la táctica política. Para Foucault, la metamorfosis de los métodos punitivos es susceptible de estudiarse a partir de una tecnología política del cuerpo donde pudiera leerse una historia común de las relaciones de poder y las relaciones de objeto. De suerte que por el “análisis de la benignidad penal como técnica de poder, pudiera comprenderse a la vez cómo el hombre, el alma, el individuo normal o anormal han venido a doblar el crimen como objeto de intervención penal, y cómo un modo específico de sujeción ha podido dar nacimiento al hombre como objeto de saber para un discurso con estatuto “científico” (pp. 30-31).

Retomando las modulaciones del poder punitivo hay que aclarar, desde Foucault, que no es que exista una era de lo legal, de lo disciplinario o de la seguridad. Lo que se da es una coexistencia de diversos mecanismos legales, disciplinarios y de seguridad, pero en la historia se presenta alguno como predominante. Por ejemplo, la técnica celular, la reclusión en una celda, es un mecanismo disciplinario que históricamente puede estudiarse desde muy atrás. La técnica celular en la fase histórica en la que predomina lo legal ya se constataba como forma de castigo en las infracciones por deudas o religiosas. Una técnica de seguridad como la estadística criminal, si bien no es muy antigua ya era muy usual a principios del siglo XIX. En

la actualidad (se refiere el autor a los años 60 y 70), hay un predominio de las técnicas de la seguridad, ya que en el fondo lo que se hace es un cálculo económico entre el costo de la represión y el costo de la delincuencia; y al mismo tiempo se presenta una multiplicación de las técnicas disciplinarias y una transformación de las jurídico-legales (Foucault, 2006, pp. 24-25).

Uno de las cuestiones que aborda Foucault es si de acuerdo a una suerte de economía del poder se puede hablar de una sociedad de la seguridad. Asimismo, es necesario precisar si las prácticas judiciales punitivas actuales con sus derechos fundamentales se encuentran inmersas en una sociedad de seguridad. Para abordar esta temática desde Foucault es necesario estudiar los siguientes cuatro dispositivos de seguridad: 1) los espacios de seguridad; 2) el tratamiento de lo aleatorio; 3) la forma de la normalización propia de la seguridad; 4) la correlación entre la técnica de la seguridad y la población (p. 27). Se procura demostrar cómo detrás de los discursos de los iusfilósofos sobre los derechos fundamentales y sus restricciones existen unas técnicas gubernamentales y socio-económicas de gestión del acontecimiento o de lo aleatorio.

En primer lugar, en cuanto al espacio, dice Foucault que sobre éste se dan diversos tratamientos que vienen desde el poder de soberanía, como el disciplinario y el de la seguridad. Mientras la soberanía capitaliza un territorio y plantea el problema de la sede del gobierno, la disciplina por su lado, arquitectura un espacio y se plantea como problema esencial una distribución jerárquica y funcional de los elementos; y finalmente, la seguridad trata de acondicionar un medio en función de acontecimientos, series de acontecimientos o elementos posibles; series que será preciso regularizar en un marco.

Por ejemplo, el asunto de la soberanía desde el siglo XVII es cómo consolidar un Estado bien capitalizado, es decir, con una ciudad capital que sea la sede del gobierno, el punto central de la circulación política y comercial. La ciudad capital fue pensada utópicamente como el centro del país, como el ejemplo estético y moral para la población: sede de las academias, foco de atracción de las mercancías y punto de distribución (pp. 29-32). Foucault se refiere también al emplazamiento de las ciudades, en el cual la disciplina trabaja en un espacio vacío, artificial, que va a construirse por entero. En tanto que la seguridad se apoyará en una serie de datos materiales: la seguridad “trata simplemente de maximizar los elementos positivos, que se circule lo mejor

posible, y minimizar, al contrario, los aspectos riesgosos e inconvenientes como el robo, las enfermedades, sin desconocer que jamás se los suprimirá. Por lo tanto, se trabaja no solo sobre datos naturales sino también sobre cantidades que son relativamente reducibles, pero nunca por completo. Como jamás se les puede anular, se trabajará sobre probabilidades” (p. 39)⁶.

El buen funcionamiento es tener en cuenta lo que puede pasar. En la seguridad el problema es el de la serie. Serie indefinida de elementos que se desplazan (la circulaciones, las cantidades), serie indefinida de acontecimientos (escasez, epidemias o delincuencia), serie indefinida de las unidades que se acumulan (habitantes, casas). Lo que caracteriza en esencia al mecanismo de seguridad es la gestión de esas series abiertas y que, por consiguiente, solo pueden controlarse mediante un cálculo de probabilidades.

El espacio en el cual se despliegan series de elementos aleatorios es lo que se llama medio. El medio es un elemento en cuyo interior se produce un cierre circular de los efectos y las causas, porque lo que es efecto de un lado, se convertirá en causa de otro lado. El medio también aparece como un campo de intervención que recae, precisamente, sobre una población. Por tanto, ya no se busca afectar a los individuos como un conjunto de sujetos de derechos capaces de acciones voluntarias, como sucedía con la soberanía, ni de afectarlos como una multiplicidad de organismos de cuerpos susceptibles de prestaciones y de prestaciones exigidas, como en la disciplina (pp. 39-42).

En segundo lugar, el acontecimiento o la gestión de lo aleatorio. La escasez y, en general, la desdicha inevitable, desde lo filosófico político, se ha estudiado a partir de los conceptos de la “mala fortuna” y la “mala índole del hombre”. La “mala fortuna” es un concepto grecolatino en el que no solo se hace la constatación de la impotencia, sino que es sobre todo un concepto político, moral y hasta cosmológico y que fue una manera de pensar filo-

⁶ En este mismo lugar, pone como ejemplo Foucault (2006, p. 39): “¿Qué es una buena calle?. Una calle en la cual habrá, desde luego, circulación de lo que se denomina miasmas y por ende de las enfermedades y será preciso manejarla en función de ese papel necesario aunque poco deseable. La calle será también el lugar a través del cual se trasladan las mercancías y en cuya extensión se instalan las tiendas. Será igualmente la vía de tránsito de ladrones y de amotinados. El ordenamiento consiste en poner en juego todos estos elementos positivos y negativos”.

sóficamente la desventura política; en Maquiavelo hay toda una serie de reglas de juego con respecto a ella. En cuanto a la mala índole del hombre, se mira cómo el egoísmo del hombre puede acentuar la escasez con el acaparamiento. Hasta mediados del siglo XVIII el problema se afrontaba con un sistema legal y disciplinario de prohibiciones y de medidas policivas (pp. 47-50). Desde fines del siglo XVIII se le comienza a afrontar con los mecanismos propios de seguridad, los cuales dejan el acontecimiento librado a la espontaneidad, que siga su curso natural según sus propias leyes, principios o mecanismos (pp. 69-70).

En tercer lugar, la normalización como mecanismo de seguridad. La normalización disciplinaria consiste en plantear un modelo óptimo que se construye en función de determinado resultado y la operación de normalización disciplinaria pasa por intentar que la gente, los gestos y los actos se ajusten a ese modelo; lo normal es lo que es capaz de adecuarse a esa norma y lo anormal aquello que es incapaz de hacerlo. Por lo tanto, lo primero y fundamental en la normalización disciplinaria no es lo normal o anormal, sino la norma. Esta tiene un carácter primariamente prescriptivo, y la determinación y el señalamiento de lo normal y lo anormal resultan posibles con respecto a esa norma postulada. Por lo tanto, la disciplina va de la norma a la diferenciación de lo normal o anormal. Lo que caracteriza a las disciplinas es la “normación” antes que la normalización; con esto se destaca el carácter primario y fundamental de la norma en la disciplina (pp. 75-76)⁷.

Para explicar los mecanismos de seguridad, Foucault utiliza el ejemplo de las prácticas médicas para el control de la epidemia por viruela a partir del siglo XVIII. La viruela se caracterizaba por ser un fenómeno endémico, por lo que se aplicaron técnicas de carácter preventivo y generalizable a la población, como las de inoculación o variolización, y luego la vacunación. Este mecanismo de la variolización o vacunación es análogo con el fenómeno de la escasez, ya que el mecanismo de seguridad para superarla se apoya en el proceso mismo que ella sufre. Se apoya en la realidad de la

⁷ Aclara Foucault (2006, p. 74-75) que el concepto de “norma” en este contexto no es el mismo del jurídico. En términos jurídicos, desde la teoría kelseniana se habla de “norma fundamental” como referente del sistema jurídico. En cambio, las técnicas de normalización disciplinaria se desarrollan “[...] a partir y por debajo, en los márgenes e incluso a contrapelo de un sistema de la ley”.

escasez para superarla, como aquélla se apoya en la inoculación de la enfermedad (pp. 76-79). De la escasez y la epidemia Foucault esboza una serie de elementos propios de los dispositivos de seguridad: caso, riesgo, peligro y crisis. 1) El caso consiste en documentar y vigilar la situación individual o colectiva. 2) El riesgo es el cálculo de probabilidad de ciertos factores que inciden en el individuo o el colectivo para que se presente el fenómeno. 3) El peligro hace referencia al grado de riesgo según los factores que amenacen al individuo o al colectivo. 4) La crisis es el fenómeno de intensificación circular que solo puede ser detenido por un mecanismo natural y superior que va a frenarlo o por una intervención artificial (pp. 80-82).

Dado que es en la ciudad donde principalmente se encuentran la escasez, la epidemia, la criminalidad o la revuelta, es en la misma que se multiplican los mecanismos de seguridad. Por tanto, estos mecanismos tienen su asiento en la población y buscan prevenir aquellos fenómenos. Con tales mecanismos ya no se emprende imponer en forma arcaica la voluntad del soberano, ni tampoco es posible la vigilancia extensiva de toda la ciudad, sino que con se intervienen los procesos naturales de la población, aunque la injerencia no se hace directamente sobre ésta⁸.

Finalmente, en cuarto lugar, la población. Es un dato dependiente de toda una serie de variables que le impiden ser transparente a la acción del soberano, o hacen que la relación entre una y otro no pueda ser del mero orden de la obediencia o el rechazo de la obediencia (o la revuelta). De hecho, las variables de las que depende la población llevan a ésta, en una medida muy considerable, a escapar de la acción voluntarista y directa del soberano, expresada en la forma de la ley (p. 94).

⁸ En términos de Foucault (2006, p. 87): Ya no se acomete imponer la voluntad de uno con respecto a otros, como ocurre con la soberanía y la disciplina. No se refiere a la totalidad de los súbditos sino a la población con sus fenómenos propios. La idea del panóptico es arcaica, pues este mecanismo intenta poner en el centro a alguien, un ojo, una mirada, un principio de vigilancia que pueda hacer actuar su soberanía sobre todos los individuos situados dentro de esta máquina de poder. El panóptico es el sueño más viejo del más antiguo de los soberanos. Desde el soberano, con esta técnica, se diría: “que ninguno de mis súbditos me eluda y ninguno de los gestos me sea desconocido”.

La naturalidad de la población se pone de manifiesto en el hecho de que la población está compuesta de individuos perfectamente diferentes unos de otros y cuyo comportamiento, al menos dentro de ciertos límites, no se puede prever con exactitud. No obstante, según los primeros teóricos de la población del siglo XVIII, hay un motor que impulsa la acción en todos los individuos: el deseo. El deseo es la búsqueda del interés para el individuo y contra éste no se puede hacer nada. No obstante, en el juego de intereses se genera espontáneamente el interés colectivo. Aquí aparece la idea de una gestión de las poblaciones sobre la base de la naturalidad de su deseo y la producción espontánea del interés colectivo (pp. 95-96).

Pregunta Foucault: ¿Qué era el soberano para los juristas medievales y los teóricos del derecho natural, tanto Hobbes como Rousseau?. “El soberano era la persona capaz de decir no al deseo de cualquier individuo; el problema consistía en saber de qué manera ese “no” opuesto al deseo de los individuos podía ser legítimo y fundarse sobre la voluntad misma de estos”. Con los fisiócratas se forma una idea diferente: “el problema de quienes gobiernan no debe ser en modo alguno saber cómo pueden decir no, hasta dónde pueden decirlo y con qué legitimidad. El problema es saber cómo decir sí a ese deseo. No se hace referencia, entonces, al límite de la concupiscencia o al amor propio entendido como amor a sí mismo, sino a todo lo que va a estimular y favorecer ese amor propio, ese deseo, a fin de que éste pueda producir los efectos benéficos que debe necesariamente producir. Se tiene aquí la matriz de toda una filosofía utilitarista, entendida como tecnología de gobierno (pp. 96-97).

Con esta descripción de los mecanismos de seguridad quiere ponerse de presente que con el liberalismo, en la época moderna, las formas de verdad en las prácticas judiciales punitivas plantean una intervención del Estado sobre la población. No obstante, ésta es intervenida a partir de sus procesos espontáneos o “naturales”, que son objeto de diversas ciencias como la economía, la medicina, la biología o la estadística. Por ello, la injerencia sobre la población se verifica sobre el “medio” en el que se desarrollan los procesos espontáneos que sufre. Lo que viene a activar la intervención del Estado obedece al acontecimiento, como el hecho espontáneo o artificioso que genera un daño, riesgo o peligro para los bienes particulares o colectivos de una sociedad. La finalidad última de la intervención es controlar el caso o

la crisis para tratar de reducirla o ponerla en unos niveles soportables para la población misma.

En la época contemporánea los métodos de obtención de la verdad en las prácticas judiciales se pueden resumir en los siguientes: indagación, examen y dispositivos de seguridad. La indagación aparece desde la Edad Media y sigue funcionando en la actualidad, ya que todavía el soberano, manifestándose en el orden jurídico (Constitución Política, leyes y jurisprudencia), con los medios de prueba configurados legalmente (testimonio, documento, indicio, confesión), sigue investigando qué infracciones se cometen, por quién, con quién y las diversas circunstancias en que ocurren. Al lado de la indagación, funcionan los procedimientos disciplinarios de vigilancia policial, el examen científico social sobre la criminalidad y los criminales en aras de prevenir la criminalidad o la victimización. También se insertan los mecanismos de seguridad, como las diversas modalidades de intervención en los grupos de la población para que colaboren como informantes o delatores de la criminalidad, y se utilizan mecanismos técnicos como la videovigilancia, las intervenciones masivas de comunicaciones, las intervenciones en las grandes bases de datos, para detectar los sectores sociales peligrosos y buscar su separación o exclusión. Ley, ciencias, tecnología y prácticas gubernamentales confluyen con sus diversos saberes a controlar, vigilar, castigar, separar o polarizar a la población.

Hoy, los métodos de verdad en el ámbito punitivo pueden verse como una economía política del cuerpo, que ya no se refiere al cuerpo sometido mediante la fuerza o la violencia, como en el poder de soberanía, sino al cuerpo que se vuelve dócil y útil para el sistema socio-económico, como en la disciplina o en los procesos naturales que sufre el ser humano como especie. Según Foucault, en la disciplina este cuerpo es transformado en la modernidad a partir del alma. Es en cierto modo una microfísica del poder que los aparatos y las instituciones ponen en juego a través de diversos saberes, que han construido conceptos diversos y se han delimitado campos de análisis: psique, subjetividad, personalidad, conciencia. Sobre el alma se han edificado técnicas y discursos científicos; a partir de ella, se ha dado validez a las reivindicaciones morales del humanismo. El alma no se avista como una substancia, ni es la misma alma del cristianismo, sino que es más bien un efecto de unas relaciones de poder-saber, mediante las cuales unos hombres gobiernan a otros a partir de ella; o realizan ciertas transformacio-

nes sobre ella para acomodar su conducta y adiestrar su cuerpo de acuerdo a la utilidad social⁹.

Actualmente, en el ámbito del poder disciplinario, a pesar de que científicamente haya caído en desuso la investigación que tiene como objeto la etiología del delito, el examen sobre la psiquis humana por parte de psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales y hasta criminólogos, sigue por la vía de la prueba pericial fundando las decisiones de los jueces, que tienen que ver con la peligrosidad social del individuo. Las prácticas judiciales punitivas siguen tomando muchas decisiones de intervención punitiva sobre los individuos a partir del riesgo que representan para las demás personas o para la sociedad.¹⁰ Lo disciplinario con su método de veridicción (el examen) y los mecanismos de seguridad confluyen en lo relacionado con la intervención sobre los individuos, para efectos de precaver los efectos de los individuos desviados sobre la sociedad.

Otra manifestación de los métodos de veridicción de las prácticas sociales y políticas del liberalismo en la prácticas judiciales es que, en las sociedades contemporáneas, el Estado no solo emplaza a la policía por todo el territorio, tal cual lo ha hecho desde el siglo XVII para registrar, controlar y vigilar a los individuos, sino que también, en las grandes ciudades y ante

⁹ Dice Foucault (1988, p. 36): “El hombre de que se nos habla y que se nos invita a liberar es ya en sí el efecto de un sometimiento mucho más profundo que él mismo. Un “alma” lo habita y lo conduce a la existencia, que es una pieza del dominio que el poder ejerce sobre el cuerpo. El alma, efecto e instrumento de una anatomía política; el alma, prisión del cuerpo”.

¹⁰ Menciona Foucault (1988, p. 26) El examen pericial psiquiátrico y una manera más general la antropología criminal y el discurso insistente de la criminología encuentran aquí una de sus funciones precisas: al inscribir solemnemente las infracciones en el campo de los objetos susceptibles de un conocimiento científico, proporcionar a los mecanismos del castigo legal un asidero justificable no ya simplemente sobre las infracciones, sino sobre los individuos; no ya sobre lo que han hecho, sino sobre que son, serán y pueden ser. “El suplemento de alma que la justicia ha conseguido es en apariencia explicativo y limitativo, es de hecho anexionista. Desde los 150 o 200 años que hace que Europa ha establecido sus nuevos sistemas de penalidad, los jueces poco a poco, pero por un proceso que se remonta a mucho tiempo, se han puesto, pues, a juzgar otra cosa distinta de los delitos: el “alma” de los delincuentes”

los niveles de criminalidad, se ubican videocámaras en lugares estratégicos, y se extiende la biotecnología como forma de identificación y como castigo (limitando la libertad de locomoción). Asimismo, ante acontecimientos como el terrorismo y otros delitos considerados de importancia para el poder político, se manipula a ciertos sectores de la población para que actúen como testigos y contribuyan a encontrar a los criminales. También, ciertos sectores sociales que tengan relación directa o indirecta con la criminalidad, como las drogas o los grupos armados, son llevados mediante premios o beneficios diversos a que admitan su responsabilidad, y delaten a sus cómplices o colaboradores.

Por lo tanto, la intervención del Estado se verifica en el “medio” mismo en que se ubica la población, y se utilizan unos sectores contra otros, mediante mecanismos “naturales” como el dinero o los beneficios. La “naturaleza humana” (la ambición, el dinero, el estatus social) se pone al servicio de la persecución del peligroso o del sospecho. Es el gobierno de los deseos de la población el que se pone en juego cuando la intervención del Estado inocula los mismos intereses naturales de los sectores sociales peligrosos con los que ellos funcionan. Aquí se avista el mismo método del control de la escasez y el de la epidemia. La “gran enfermedad” de la viruela es atacada con la inoculación de la “pequeña enfermedad” de la misma viruela. De esta forma, por ejemplo, “la gran enfermedad” que constituyen los grupos armados que viven del narcotráfico son atacados en su interior cuando se les inoculan “pequeñas enfermedades” como los negociados con dinero o diversos beneficios de la delación, con el fin de romper la lealtad interna de los mismos grupos. Así se comprende cómo las prácticas judiciales están insertas en los mecanismos de seguridad de las sociedades liberales contemporáneas.

Todos estos mecanismos de seguridad que se aplican a las prácticas judiciales tienen en común lo siguiente: 1) se utilizan como forma de veridicción de una criminalidad presente o futura; 2) afectan de manera graduable los derechos fundamentales que contienen muchas de las Constituciones políticas actuales; 3) intervienen en el “medio” en que se encuentra ubicada la población, los espacios que frecuenta y en los que se desenvuelve, se manipulan unos sectores sociales de población contra otros, como una forma de guerra de intereses y; 4) los acontecimientos que ponen en juego estas intervenciones pueden obedecer a hechos espontáneos que ocurren en la población o tratarse de artificios que se generan en el poder.

Así, adquiere especial importancia el manejo de lo aleatorio en el gobierno del acontecimiento. A partir de este componente pueden dilucidarse las intervenciones de los derechos fundamentales, y los saberes y técnicas de poder involucradas. La gestión del riesgo o del acontecimiento explica en gran medida la forma de verdad en las prácticas judiciales en la actualidad. ¿Cuáles son los tipos de acontecimientos que llevan a que el Estado intervenga en los derechos fundamentales de los individuos que conforman una determinada población, con la finalidad de reducir la criminalidad?. Los acontecimientos que llevan que el Estado, por medio de las prácticas judiciales, intervenga el “medio” en el que la población se desenvuelve se pueden clasificar así:

1. La opinión pública, las actividades socio-económicas de la población, las prácticas gubernamentales de control social generan como acontecimiento el carácter de sospechoso que tienen ciertos sustratos de la población. La policía tiene la posibilidad de extender a la población en general su control sobre los cuerpos de las personas, bien sea limitando o restringiendo la libertad de locomoción, o realizando registros, cacheos, identificaciones en diversos espacios de las ciudades o campos, o en puestos de control o de aduana. La policía utiliza dentro de sus instrumentos las videocámaras o aparatos de intervención de comunicaciones, con la finalidad de prevenir el terrorismo o contrarrestar los grupos armados. Estas actividades son preventivas, recaen sobre el reincidente o simplemente sobre el sospechoso. Con estos métodos se puede obtener la verdad jurídica necesaria para soportar un proceso judicial.
2. En las prácticas judiciales se genera el sujeto indiciado, inculpatado o probable criminal como acontecimiento que permite la intromisión del Estado en las libertades. Los jueces pueden ordenar diversas intervenciones en los derechos fundamentales en aras de asegurar la verdad jurídica, con base en lo que se ha denominado como “prueba mínima”, o un “motivo razonable” para creer fundadamente que una persona es la probable infractora. Esta calidad de probable criminal es la misma que en las prácticas judiciales se denomina indiciado o inculpatado. Sobre este sujeto pueden recaer medidas restrictivas a sus derechos fundamentales a fin de asegurar la verdad que sirva para confirmar la culpabilidad o demostrar la inocencia. Por ejemplo, al probable violador sexual (de acuerdo a la evidencia que arroje la investigación criminal) se le puede

someter a una intervención corporal (examen de sus fluidos u orificios corporales) con el fin de confirmar su culpabilidad o inocencia.

Precisamente el tipo acontecimiento que activa la intervención es lo que permite distinguir la que realizan los jueces o las autoridades judiciales de las que son obra de la policía. En la intervención que hacen los jueces también hay una categoría de sujeto sospechoso, a pesar de que se hacen con una base epistemológica más fuerte: motivo razonable o prueba mínima. En cambio, la intervención policial versa sobre motivos más débiles epistemológicamente hablando, o que obedecen al simple interés del gobernante o de la sociedad.

No obstante, tanto la intervención judicial como la policial implican restricciones a los derechos fundamentales sobre quien está cobijado con la presunción de inocencia. La intervención de los jueces puede verse acompañada de un variable grado de violencia para someter a la persona según la importancia de la investigación. Fuera de lo anterior, en muchos eventos afectan a ciertos sectores sociales, como es el caso de las intervenciones sobre denominadas “mulas del narcotráfico”, lo mismo que en los casos de infracciones de tipo sexual. En estos eventos, aunque la intervención es sobre un individuo, resulta afectando a sectores poblacionales que tienen ciertas características que los hacen vulnerables frente a prohibiciones legales como el tráfico de drogas o ciertas costumbres sexuales.

Como se verá en los numerales que siguen, el acontecimiento no es pura y simplemente un hecho físico, sino que las interpretaciones y las concepciones filosóficas, morales y políticas tienen una gran incidencia. Por ejemplo, los ilegalismos o prohibiciones legales o morales de por sí generan motivos de intervenciones. Asimismo, los procesos de normalización social en las ciencias sociales como la psicología, pueden generar un cambio en la percepción de ciertos hechos, y justificar importantes intervenciones en la sociedad; este es el caso de la creciente racionalización de la vida sexual en las personas o en las familias, en el marco de la sociedad civil. Lo que se quiere decir es que, en muchos eventos, cuando se interviene sobre una persona como probable autor de un crimen, no se trata de una injerencia aislada, sino que recae sobre ciertos individuos que tienen ciertas características, como el sector social al que pertenecen. “Las mulas del narcotráfico” son personas que de alguna manera se encuentran por fuera de los circuitos

económicos que ofrece la sociedad. En este sentido, a pesar de que la intervención es individualizada, hay unos efectos masivos que recaen sobre ciertos sectores sociales.

Hay que admitir que en muchos casos se hace referencia a acontecimientos más individualizados, que corresponden al probable acto de una persona en especial, cuyos motivos y efectos de la intervención no tienen un carácter masivo; por lo que no podría hablarse de una subjetividad sospechosa, sino más de la figura legal del imputado o indiciado sobre el que recae una restricción a sus derechos fundamentales. No obstante, subsiste el problema de tratarse de una forma de intervención de los derechos fundamentales de graduable gravedad, por lo que versa sobre el sujeto legal, pero a la vez se le da trato de enemigo social. Con estas prácticas se constituye un sujeto legal-enemigo.

3. El acontecimiento puede consistir en diversos intereses de Estado o de la sociedad. Ciertos intereses de Estado son los predominantes, por ejemplo, para activar las inmensas intervenciones en la población en lo relacionado con las drogas ilícitas; lo que existe es una política de Estado, aunque presionada por otros Estados más poderosos. Existen algunos tipos de intervención que se relacionan más con la presión de algunos sectores sociales que con el interés de Estado, como el caso de las infracciones de tipo sexual. La sociedad civil, apoyada en la psicología y otros saberes sociales, presiona para que esta intervención del Estado se haga cada día con más fuerza. Tanto la persecución del narcotráfico como de los delitos sexuales, hace que la verdad jurídica se obtenga de manera que llega a afectar en forma importante los derechos fundamentales de la misma población, en especial en algunos sectores.

La importancia del acontecimiento depende de una decisión sobre intereses particulares y colectivos en conflicto. Los legisladores históricamente han decidido la intervención del Estado con base en un juicio político en el que se compromete la libertad de los individuos y el interés del Estado, o de diversos intereses que se generan en la sociedad civil. En este momento, con los derechos fundamentales como fundamento y fin del Estado, los jueces están decidiendo intervenciones en los derechos fundamentales con la finalidad de hacer justicia y hacer valer otros intereses diversos (ejemplo, las víctimas de delitos sexuales o conductas relacionadas con el género) con base en el denominado juicio de proporcionalidad. Este permite, por ejemplo, que un juez

ordene un seguimiento policial a una persona o a un grupo de personas que tengan relación con el narcotráfico o con grupos armados; decisión que depende de un juego de intereses diversos. El acontecimiento depende del gobierno de los deseos de la población, por parte del legislador o de los jueces.

Desde el punto de vista jurídico, tanto la intervención policial como la de los jueces debe estar basada en el denominado juicio de proporcionalidad. De acuerdo a este principio, tanto en un ámbito como en otro hay que ponderar en la intervención los diversos intereses que se encuentren en conflicto, entre ellos los derechos fundamentales y otros intereses como los de Estado. Las prácticas de órganos de la justicia, como la Corte Constitucional, irrumpen en el gobierno de los deseos de la población.

4. Merece especial atención el acontecimiento del homicidio y la corrupción administrativa en Colombia. ¿Por qué frente al homicidio y la corrupción administrativa, que resultan afectando a las clases sociales más desfavorecidas socio-económicamente, no se da una intervención del Estado tendiente a una reducción considerable y significativa?. Por el contrario, ¿por qué muchos sectores sociales permiten la llamada “limpieza social” o los “falsos positivos” de los sectores excedentarios de la población?. ¿Por qué en Colombia los mecanismos sociales y gubernamentales no están dirigidos a reducir o prevenir el saqueo de los recursos públicos? ¿Por qué en Colombia el poder de indagación de las prácticas judiciales no alcanza para obtener la verdad que sirva de soporte para castigar el homicidio o la corrupción administrativa? Sin duda, en la sociedad se dan unos poderes socio-económicos (narcotráfico, directorios políticos) de mucha importancia que hacen que la justicia del Estado no pueda contrarrestar el actuar de los mismos sobre la población.

Con toda razón Foucault pregona una política de la verdad, pues considera que la verdad es producto de las relaciones de poder; por lo que no se encuentra en los manantiales de la paz, ni pertenece al orden de la libertad, sino que se origina en las luchas constantes de los poderes dentro de una sociedad. La verdad no depende de la voluntad del poder de soberanía en la creación o aplicación de la ley, sino que en ella intervienen los intereses sociales o gubernamentales que están insertados en los poderes que entran en lucha en una sociedad. Los objetos de la verdad y los métodos de verdad en

las prácticas judiciales punitivas no son simplemente la consecuencia de las reglas jurídicas. Tanto en su creación como en su aplicación se pueden ver como réplicas de los procedimientos de poder socio-económico y político.

El caso: las intervenciones corporales en las prácticas judiciales en Colombia

Después de estudiar los aspectos más importantes de la filosofía analítica de la política desde Foucault, en relación con el entendimiento del fenómeno según el cual el Estado administra la vida, las libertades de las personas y los distintos discursos y prácticas socio-económicas que convergen, se aborda ahora la misma temática pero en el caso concreto de las intervenciones que hace el Estado mediante las prácticas judiciales en el cuerpo de las personas. No se piensan las intervenciones corporales en su aspecto material, sino más bien desde los discursos filosófico-jurídicos, las teorías jurídicas y las prácticas judiciales que tienen relación con las justificaciones para que el Estado intervenga en el cuerpo de las personas a fin de obtener la verdad jurídica. Este estudio se hace en el marco del entramado de relaciones entre el derecho y la política, alrededor de la objetivación del cuerpo de las personas y la verdad en las prácticas judiciales.

A continuación se explica qué se entiende por prácticas judiciales, luego se describen las justificaciones de la Corte Constitucional para restringir los derechos fundamentales con las intervenciones corporales, más adelante se estudian los discursos filosóficos-jurídicos sobre las restricciones a los derechos fundamentales y, finalmente, se hacen algunas reflexiones desde Foucault sobre los mismos derechos y su conexión con el poder político.

El concepto de prácticas judiciales punitivas y la verdad jurídica

Las prácticas judiciales¹¹ punitivas son unas actividades en las que se producen y legitiman los castigos a las personas con una concurrencia de diversas verdades. En la época actual, en Colombia y otros países occidentales, estas prácticas –en el ámbito punitivo– tienen la siguiente estructura básica: la supresión o limitación, por parte de un órgano judicial, de un derecho o de una libertad a una persona, fundada en el establecimiento de la verdad jurídica o fáctica. Por lo tanto, el castigo es un juego de limitaciones a las libertades legitimado a partir de un repertorio de verdades. El castigo es básicamente un poder que se ejerce sobre el cuerpo y el alma de las personas, que se justifica a partir de una articulación de saberes. En los castigos, en estas prácticas, confluyen saberes legitimadores tanto intra-sistemáticos como extra-sistemáticos al derecho; que son jurídicos pero que se conectan con discursos desarrollados principalmente desde la filosofía política, la epistemología, la medicina y la psiquiatría.

El poder de castigar que se ejerce a partir de las prácticas judiciales punitivas se realiza mediante el poder de procesar¹² (también denominado de enjuiciar). Este comprende dos actividades: la de investigar (también de-

¹¹ En términos de Michel Foucault (2003, p. 16): “Las prácticas judiciales –la manera en que entre los hombres se arbitran daños y responsabilidades; el modo en que, en la historia de Occidente, se concibió y se definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido; la manera en que se impone a determinados individuos la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras; todas esas reglas o, si se quiere, todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia– creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas”.

¹² En la literatura jurídica procesal, el término “procesar” comprende las siguientes actividades: investigar, indagar, juzgar, enjuiciar o sentenciar. En términos generales cuando una persona es objeto de la actividad de “procesar” en el interregno de la misma, su estatus de inocencia se encuentra reducido; y al final de la misma actividad, se le puede suprimir tal estatus con la declaración en la sentencia de criminal o condenado. En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española procesar es “Declarar y tratar a alguien como presunto reo de delito”.

nominada instruir o indagar) y la de castigar (también llamada condenar, juzgar o sentenciar). A su vez, la de castigar comprende otras dos: condenar y ejecutar la condena.¹³ El poder de procesar implica transformar o mutar la condición jurídica de las personas; mutación que sufre el sujeto de derechos en lo que respecta a sus libertades. Este poder tiene en su objeto central a las personas y sus derechos o libertades. Estas actividades son realizadas por diversos órganos o sujetos, según las reglas del orden jurídico, y en todas ellas interviene el órgano jurisdiccional, por medio de sus jueces, en diversos grados y condiciones.

La policía también participa en estas prácticas ya que, pese a ser un órgano dependiente del poder ejecutivo, también actúa bajo las órdenes de los funcionarios judiciales. En su función de control y vigilancia social, se convierte en protagonista de la obtención de la verdad que sirve de insumo para las decisiones de los órganos judiciales. En dicha obtención, la policía es el personaje central en las prácticas judiciales punitivas colombianas. Si se trata de la policía judicial, se está ante un órgano que tiene capacidad de certificar la evidencia física, puede servir de testigo y es también perito. Tiene dependencia del órgano de la acusación y en muchos eventos del mismo poder ejecutivo. Además, en su función de verificación y control de la población, se encarga de aquellos sectores sociales excedentes que por alguna razón no se logran acoplar al sistema económico o social.

Las dos principales mutaciones que sufre la persona que actúa como sujeto pasivo del poder de procesar son la de imputado y la de condenado. La de imputado, que aquí equivale a indagado, procesado o acusado, se caracteriza por que se es objeto de investigación o averiguación y por lo tanto aún se le presume inocente. La de condenado o sentenciado implica que ya fue objeto de declaración de responsabilidad criminal mediante sentencia, por lo que su presunción de inocencia se encuentra enervada. La consecuencia del carácter de imputado es que, si bien el sujeto es objeto de cuestionamiento

¹³ Para el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* enjuiciar es “Instruir, juzgar o sentenciar una causa”. Por lo tanto, comprende todos los Estados en que se encuentra la persona frente a la práctica judicial punitiva: la de investigado o indagado o imputado, lo mismo que la de sentenciado o condenado. Por lo tanto, procesar puede entenderse la actividad de indagar o investigar hasta antes de la sentencia.

en su inocencia durante el proceso, no debería ser objeto de limitaciones o restricciones a sus libertades individuales. La del carácter de condenado es que se le restringen sus derechos, como es lo propio del castigo o la pena.

Además, se encuentra el sujeto sospechoso, que permite comprender la actividad de la autoridad policial de control y orden público, que recae sobre cualquier individuo que por alguna circunstancia, acontecimiento social o político se convierte en objeto de retenciones, interrogatorios, registros o requisas. El sujeto sospechoso también puede entenderse, en un sentido amplio, desde las categorías contenidas en la legislación procesal penal, que se han englobado en el sujeto imputado: la de indagado, imputado y acusado. Aquí, el término sujeto sospechoso se utilizará para designar al individuo que es objeto de restricción de sus derechos fundamentales por parte de la policía o de las autoridades judiciales (fiscales y jueces) a partir de un acontecimiento o circunstancia empírica, política o social.

El sujeto sospechoso, así entendido, a partir del ideal de la presunción de inocencia, es un individuo inocente pero que, en virtud de las prácticas gubernamentales policivas y la justicia penal, se convierte en objeto de detenciones, registros o intervenciones corporales que implican diversos grados de aflicción de sus derechos fundamentales. Este concepto de sujeto sospechoso es una categoría de connotación política, ya que el grado de intervención del Estado depende de diversos acontecimientos o circunstancias del orden socio-político, directamente ligadas al dispositivo de la seguridad. No obstante, hay que tener presente lo mencionado también sobre el sujeto legal-enemigo¹⁴.

Es pertinente mencionar que las actividades de la justicia punitiva del Estado giran alrededor del establecimiento de la verdad jurídica sobre dos temáticas centrales: la fáctica y la estrictamente jurídica. La verdad fáctica es una declaración que se hace al momento de la sentencia (y en otras decisiones anteriores a ésta que se denominan interlocutorias) sobre la existencia de los hechos a partir de las pruebas que tienen incidencia para el derecho. La verdad fáctica, finalmente, es el resultado de investigar o indagar, actividad que consiste en la obtención de la prueba judicial.

¹⁴ Véase *El biopoder: la seguridad y el gobierno del acontecimiento*

Por su parte, la verdad jurídica también se establece al momento de la sentencia, e incluso antes de ésta, en las decisiones denominadas interlocutorias. Esta actividad consiste en subsumir los hechos probados en las figuras delictivas de la legislación penal y de imponer la pena. Es una declaración de existencia del delito, del delincuente o responsable y de la pena o castigo correspondiente. Cuando esto ocurre en la sentencia se le denomina condena. Si ocurre en una decisión interlocutoria puede tratarse de medidas aflictivas de los derechos fundamentales de aseguramiento de la persona o de la prueba. Si es de la persona, la medida más trascendente es la detención preventiva y si es de la prueba, las más aflictivas son las intervenciones corporales.

La verdad jurídica en estricto sentido se manifiesta principalmente en el ejercicio de la hermenéutica para establecer el sentido de la normas, y en el procedimiento lógico de la subsunción del caso real al derecho para determinar el delito y luego, la condena y su ejecución. La verdad fáctica tiene dos mundos diversos: el epistemológico del razonamiento judicial (de inducción de los hechos a partir de los medios de prueba) y el de la validez (tiene que ver con los condicionamientos legales y constitucionales de legitimidad de la prueba). A su vez, estos últimos condicionamientos son el efectivo respeto de los derechos fundamentales, tales como la vida, la prohibición del trato cruel e inhumano, la autonomía de la libertad, el secreto profesional y la intimidad. Lo anterior tiene especial incidencia al momento de decidir sobre la legitimidad de medidas restrictivas de los derechos fundamentales que buscan el aseguramiento de la verdad, tales como las intervenciones corporales.

Finalmente, es pertinente precisar que el término prácticas judiciales se refiere tanto a la actividad propia del juez y los demás operadores judiciales frente al caso, como a la creación del derecho. Así, comprende tanto el momento de la aplicación del derecho como el de su creación. Esto se explica debido a que ambos, en el esquema constitucional actual, implican una actividad judicial: tanto la creación del derecho como su adjudicación al caso concreto comprenden una práctica judicial. En efecto, en la creación del derecho incide la Corte Constitucional, en su carácter de órgano judicial, con su examen de exequibilidad y su poder de interpretación del derecho. Incluso la figura de la Corte Constitucional, en el modelo de Estado constitucional, tiene preeminencia sobre el legislador. De esta forma, el juez constitucional tiene el poder de limitar al legislador en su creación del

derecho; y en muchas ocasiones, cuando trata de superar contradicciones o lagunas, asume el papel positivo de creación del derecho.

Uno de los componentes empíricos para contrastar los derechos fundamentales es el del cuerpo humano y su trato en las prácticas judiciales. Por este motivo, se estudiará a continuación este componente en las prácticas judiciales en Colombia, el cual se refleja en las intervenciones corporales en aras de obtener la verdad. El presente estudio sobre el trato del cuerpo en las prácticas judiciales se concreta sobre el imputado, que puede constituirse en sujeto sospechoso o enemigo. Es decir, en el ser humano sobre el cual recae un acontecimiento que lo hace aparecer como sospechoso de un crimen frente al poder de procesar del Estado, convirtiéndolo en objeto de limitaciones a sus derechos o libertades para obtener la verdad sobre su criminalidad. La cual será, a su vez, la base para la declaración de inocencia o condena.

Los derechos fundamentales y el caso de las intervenciones corporales en la sentencia c-822 de 2005 de la Corte Constitucional

En términos de justicia punitiva, el legislador colombiano consagra las siguientes intervenciones sobre el cuerpo humano, mediante la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal: 1) Obtención de muestras sobre el imputado para cotejo de fluidos corporales (sangre, saliva etc.).¹⁵ 2) Inspecciones en la interioridad del cuerpo del imputado, en sus orificios naturales, para obtener los elementos materiales o la evidencia física.¹⁶ 3) Los reconocimientos o exámenes físicos en el cuerpo de las víctimas tales como

¹⁵ La obtención de muestras –Art. 249 del Código de Procedimiento Penal– hace referencia a los componentes, los residuos o los fluidos corporales como sangre, saliva, semen o cabellos del imputado. La obtención de muestras implica también exploración en el interior del cuerpo o sus cavidades pero se dirige es a los componentes naturales del mismo –ver Sentencia C-822 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Ulloa–.

¹⁶ El término inspecciones corporales –Art. 247 del Código de Procedimiento Penal–, según la sentencia objeto de estudio, se emplea para examinar los orificios corporales naturales (la boca, el ano, la vagina, las fosas nasales, la uretra etc.) y el interior del cuerpo del imputado, cuando el objeto buscado ha sido deglutido u ocultado dentro de tales orificios. Esta última medida implica la introducción

las tomas de muestras de fluidos corporales¹⁷. 4) Finalmente, los registros –cacheos o requisas–¹⁸ sobre la exterioridad del cuerpo de las personas para la obtención de evidencia física. Las tres primeras formas de intervenciones aparecen en las últimas décadas en las diversas legislaciones de los Estados europeos y americanos con los avances de la medicina y son novedosas en Colombia; el cuarto tipo de medidas han sido tradicionalmente aplicadas por la misma policía para el control del orden público¹⁹.

Los primeros tipos intervienen en la interioridad del cuerpo de las personas y las últimas recaen sobre su exterioridad, en sus ropas o elementos que lleven consigo. Las tres primeras se configuran como medidas de carácter posdelictual; en cambio, las requisas o cacheos son medidas preventivas típicamente policiales, aunque de conformidad con el art. 248 Código de Procedimiento Penal, también tienen el carácter de posdelictuales. A pro-

de instrumental médico, sondas etc. –ver sentencia C-822 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Ulloa–.

¹⁷ En el caso de las víctimas el Código de Procedimiento Penal de 2004 –Art. 250– hace una regulación especial que denomina como “reconocimiento y exámenes físicos”. Con estos términos se comprenden los siguientes exámenes: el registro superficial a la persona incluyendo el cuerpo al desnudo o la obtención de muestras o fluidos corporales –ver sentencia C-822 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Ulloa–.

¹⁸ Por los registros corporales –Art. 248 del Código de Procedimiento Penal–, entiende la sentencia, la exploración de la superficie del cuerpo, o bajo la indumentaria de la persona para buscar elementos o evidencia que puedan interesar a una investigación –ver sentencia C-822 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Ulloa–.

¹⁹ El Código de Procedimiento Penal –ley 906 de 2.004– es pletórico en la regulación de medios de conocimiento que implican afectación a los derechos fundamentales del imputado o de terceros; además de las antes mencionadas intervenciones corporales existen otras medidas afflictivas de aseguramiento de prueba tales como: el allanamiento y registro –Art. 220 *Ibíd.*–, las intervenciones de comunicaciones –Arts. 233 y 235 *Ibíd.*–, los procedimientos de vigilancia y seguimiento de personas –Art. 239 *Ibíd.*–, infiltración de organización criminal por agente encubierto –Art. 241 *Ibíd.*–, la entrega vigilada –Art. 243 *Ibíd.*– y la búsqueda selectiva de bases de datos –Art. 244 *Ibíd.*–.

pósito de este último artículo, la Corte Constitucional²⁰ deja en claro que, cuando la requisita afecta el cuerpo desnudo de la persona, debe realizarse mediante orden previa del juez y con el cumplimiento de la motivación, el juicio de proporcionalidad y demás condicionamientos.

Debe anotarse que, en el caso de las facultades que el Código Nacional de Policía le otorga a la policía para realizar diligencias de requisas (o cacheos) y de identificación con fines de prevenir el delito, siempre existe una afectación a la libertad ambulatoria, lo mismo que una afectación al derecho a no “ser molestado en su persona” (art. 28, Constitución Política). Asimismo, existe una graduable injerencia en el derecho a la intimidad, con el problema de que habitualmente las prácticas policiales no se cumplen con los presupuestos constitucionales para ello. Es decir, de conformidad con el derecho de policía se faculta a las autoridades para proceder a la retención momentánea y la requisita sin requerir de flagrancia ni orden judicial, lo cual genera una zona intermedia entre las situaciones de libertad y detención. Por ello, desde la dogmática jurídica, estas medidas no solo deberían autorizarse mediante Ley estatutaria, sino cumplir con el juicio de proporcionalidad, con la consiguiente exclusión de la arbitrariedad²¹.

Sobre las intervenciones corporales implementadas por el Código de Procedimiento Penal, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-822 de 2004, se ha pronunciado en su papel de control de constitucionalidad de las normas jurídicas. Esta jurisprudencia constitucional crea una línea jurisprudencial que apuntala la intervención del Estado, por medio del aparato de justicia, en el cuerpo de las personas como instrumento de la verdad ju-

²⁰ Ciertamente, la Corte Constitucional en la sentencia C-822 de 2005, cons. VIII, 5.3.1, considera que el registro del que trata el art. 248 Código de Procedimiento Penal es de menor grado de incidencia y “supone una revisión superficial del individuo y de la indumentaria misma que porta y excluye cualquier exploración de cavidades u orificios corporales”. Este registro recae sobre el imputado o un tercero, no sobre la víctima ya que a ésta hace referencia el art. 250 *ibíd.*

²¹ María Isabel Huertas (1999, pp. 414 y ss.), critica la posición del Tribunal Constitucional español al legitimar estas medidas de control policivo sin cumplir con los presupuestos constitucionales a pesar de que comporten inevitablemente molestia e inmovilización del ciudadano durante el tiempo para su práctica (sentencia del 15 de enero de 1993).

dicial. Antes y después de esta jurisprudencia, existen otras que aun siendo importantes no tienen como tema central el poder de los órganos de justicia estatal de ejercer las intervenciones corporales como forma jurídica, legal, general y abstracta, continua y sistemática, de obtener la verdad.

La sentencia de constitucionalidad mencionada anteriormente plantea el problema que se abre paso mediante la siguiente pregunta: ¿resulta contrario a los derechos fundamentales, a la dignidad humana, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la intimidación, a la presunción de inocencia, a no autoincriminarse, que sea la Fiscalía la que ordene registros, inspecciones corporales o la obtención de muestras en el cuerpo del imputado, bajo las condiciones y requisitos del CPP de 2004?

Para abordar esta temática, la Corte Constitucional utiliza la hermenéutica como metodología de análisis, y más concretamente el llamado juicio de la proporcionalidad, pues resulta útil en aquellos eventos en los cuales la Corte Constitucional examina la decisión del legislador de restringir los derechos fundamentales, ya que implica un juicio de ponderación para poner en la balanza los diversos intereses que tienen protección constitucional y el grado de restricción de aquellos derechos.

La sentencia se ubica en el plano dogmático de la discusión jurídica, es decir, en la perspectiva del caso. Solo tiene como inquietud teórica lo relacionado con la interpretación de las normas que regulan estas medidas de intervención en el cuerpo humano. Aunque no se plantean discusiones relacionadas con el ámbito teórico ni en el filosófico, tácitamente sí se asumen concepciones de esta índole. En el plano filosófico político se asume una concepción democrática del poder, en la que existen unos valores que se ponen por encima de las garantías de los individuos en aras de proteger diversos intereses, como los de la justicia; el cual, a su vez, encarna valores como el orden jurídico, la sociedad o las víctimas.

En lo filosófico jurídico, aunque se parte de la idea positivista de ejercer el control de constitucionalidad haciendo respetar los contenidos constitucionales de los derechos fundamentales, con la metodología del juicio de proporcionalidad se degrada el análisis lógico-sistemático del sistema jurídico y se introduce un esquema de pesos o equilibrios de intereses constitucionales, en el que finalmente impera la voluntad del analista. Se puede

decir que la Corte se ubica en un modelo de interpretación constructivista del derecho, en el que se hace una ponderación de diversos intereses constitucionales que son contradictorios entre sí (colectivos y particulares). También la misma Corte deja en claro que tal juicio de proporcionalidad lo debe hacer el juez al momento de decidir en un caso concreto de intervención corporal. Sin duda alguna, dado que los intereses que se ponen en la balanza tienen un carácter axiológico y político moral, en última instancia los jueces terminan tomando una decisión filosófica-política o moral, creándose una confusión de funciones entre las propias del legislador y del juez. Con el juicio de proporcionalidad, el juez no aplica, estrictamente hablando, la ley; sino su propia concepción filosófica-política o moral.

En lo que sigue de este acápite se hace una descripción de los contenidos de esta importante jurisprudencia constitucional, extrayendo, de un lado, los análisis más relevantes de la Corte Constitucional, y del otro, los fundamentos de los mismos. En cuanto al análisis del problema, la Corte Constitucional colombiana parte de la siguiente consideración sobre las intervenciones corporales y sus incidencias para los derechos fundamentales:

En el caso de las medidas corporales bajo estudio, éstas implican la afectación o restricción de los derechos (i) a la intimidad, por cuanto su práctica envuelve que ciertas partes del cuerpo culturalmente ocultas a los ojos de los demás, puedan ser objeto de observación, tocamientos o exploración; (ii) a la dignidad, porque esa exposición puede resultar humillante o degradante; (iii) a la integridad física, porque en algunos casos tales medidas pueden conllevar el empleo de agujas, instrumental médico o procedimientos médicos que pueden afectar la integridad corporal o la salud del individuo; (iv) a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, porque en ciertos eventos se somete a las personas a procedimientos que pueden causar dolor o ser en sí mismos degradantes; (v) a la autonomía, porque las normas autorizan que dichos procedimientos puedan ser adelantados aún contra la voluntad de las personas. También podrían implicar una afectación del derecho; (vi) a no autoincriminarse, si el elemento material probatorio buscado pasa por exigir que el imputado revele una evidencia que es decisiva para determinar su responsabilidad; y (vii) a la libertad de conciencia, si la práctica de la medida es contraria a las creencias religiosas o filosóficas del imputado constitucionalmente inadmisibles.

Advierte la sentencia en cuestión que esta afectación a los derechos fundamentales puede ser media o alta, dependiendo del tipo de intervención y de las condiciones en que éstas se realicen; en especial, teniendo en cuenta los avances en las técnicas e instrumentos científicos que puedan reducir la lesividad de las mismas. Por ejemplo, con los avances científicos del ADN, cada día inventan procedimientos menos invasivos para obtener muestras del cuerpo humano. En el caso de la inspección corporal, la gravedad es alta según el grado de la intrusión; por ejemplo, es muy invasiva cuando afecte orificios como la vagina, el ano o cualquier exploración relativa a los órganos sexuales. Es menos invasiva la exploración de cavidades como las bucales, nasales o auriculares, excepto si conlleva el empleo de aparatos que deban introducirse profundamente, como en las endoscopias. También es altamente invasiva la exploración bajo la superficie de la piel que deba hacerse mediante un procedimiento quirúrgico.

A pesar de que la Corte Constitucional parte de la idea de la violación a los derechos fundamentales en diversos grados por las distintas intervenciones corporales, finalmente declara que esta regulación legal se encuentra acorde con la Constitución Política –exequible–, a condición de que en el caso concreto se respete la proporcionalidad de la medida restrictiva. Los fundamentos para esta decisión de constitucionalidad sobre dichas medidas afflictivas a los derechos fundamentales tienen como argumento básico de justificación el cumplimiento del juicio de proporcionalidad. Para esta sentencia, el legislador tiene la potestad para restringir los derechos fundamentales siempre y cuando cumpla con el mandato de la proporcionalidad.

Lo que entiende esta jurisprudencia constitucional sobre el juicio de proporcionalidad se puede compendiar así: se constituye en una herramienta o en una técnica de interpretación del derecho, en especial de los derechos fundamentales, cuando entran en conflicto con diversos intereses constitucionales, y se concreta con los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto. La prohibición de exceso hace referencia a la limitación de la actuación de las autoridades de cara a los derechos fundamentales. La de defecto se relaciona con los deberes positivos y la protección de los derechos que comprometen a las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. La prohibición de exceso actúa como límite a la intensidad de las intervenciones en los derechos fundamentales; lo cual se resume en una frase que se repite insistentemente en la jurisprudencia:

estas medidas “deben efectuarse en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado”, tal como lo establecen los tratados internacionales. Y la prohibición de defecto es un argumento a favor de la restricción a los derechos, en la medida en que cumpla con la finalidad de proteger otros intereses, tales como los derechos de las víctimas o la persecución del delito.

La Corte Constitucional, al reconocerle al Congreso de la República la potestad legislativa, plantea en la sentencia en cuestión que la legitimidad de estas medidas aflictivas corporales depende del cumplimiento de los presupuestos o requisitos que se desprenden del mismo juicio de proporcionalidad. Estos requisitos son de dos tipos: formales y materiales. Los primeros son: 1) legalidad; 2) autorización de la medida por un juez en caso de que no se cuente con el consentimiento del afectado con la medida corporal; 3) esta decisión del juez debe ser motivada, a fin de que sea susceptible de controles y evitar la arbitrariedad; 4) en el caso de las inspecciones corporales y los registros personales, se exige que existan “motivos razonablemente fundados” que surjan a partir de hechos objetivos de los demás medios cognoscitivos disponibles al momento de la decisión, que lleven a creer que el elemento material o la evidencia física se encuentran en el cuerpo del imputado; lo que tiene como finalidad evitar las llamadas “pescas milagrosas” o la búsqueda aleatoria o indeterminada de evidencia.

De otra parte, los requisitos materiales consisten en los siguientes componentes del juicio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El Juicio de idoneidad significa que la medida sirva para el propósito para el cual se creó. El juicio de necesidad implica determinar que no existe otra medida menos onerosa para los derechos fundamentales para alcanzar el propósito perseguido. La proporcionalidad en sentido estricto radica en ponderar los derechos o intereses en conflicto: los derechos fundamentales del sometido a la medida restrictiva y los intereses constitucionales que se buscan defender con la misma medida. En otras palabras, es un juicio de ponderación rodeado de unas garantías formales de legalidad. Todos los requisitos antes expresados confluyen en una legitimidad de las intervenciones en los derechos fundamentales por la legalidad. Entendiendo la legalidad en este contexto en un sentido formal y otro material –ponderación de derechos e intereses–.

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional en cuestión, el juicio de proporcionalidad se realiza en dos ámbitos: el de la exequibilidad de las leyes por parte de la Corte Constitucional, y el de la aplicación de la medida restrictiva por parte del juez en el caso concreto. El juicio en uno u otro ámbito es básicamente la realización de una ponderación entre derechos fundamentales en colisión con otros intereses constitucionales; esto es, sopesar el derecho fundamental comprometido con la medida restrictiva y los intereses constitucionales que se buscan proteger con la misma. En esta sentencia, la Corte Constitucional expone los criterios que tuvo en cuenta para declarar la exequibilidad de esas normas restrictivas a los derechos fundamentales y los condicionamientos de proporcionalidad que debe respetar el juez en la aplicación de cada medida en concreto.

Los intereses constitucionales que se buscan proteger con las intervenciones corporales, según la sentencia en cuestión, son los siguientes: “asegurar la conservación de la prueba” dentro del programa metodológico de la fiscalía para investigar los delitos, el “interés general”, el “interés público en investigar los delitos”, “proteger a la comunidad”, proteger los bienes jurídicos tutelados penalmente, “a las víctimas del delito” y garantizar que la investigación se cumpla con el respeto del debido proceso. El cumplimiento de la proporcionalidad en abstracto de estas medidas, en el ámbito del legislador, se da por la legitimidad de los intereses perseguidos con las mismas. Estos se encuentran constitucionalmente consagrados y son “fines imperiosos”, como quiera que la persecución del delito y el aseguramiento de los medios materiales probatorios y la evidencia física, están orientados a proteger la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia, y a asegurar una pronta y cumplida justicia.

La proporcionalidad en concreto en la aplicación de estas medidas, en el ámbito del juez, consiste en ponderar la intensidad de la afectación del derecho fundamental comprometido con la medida corporal y la importancia de los intereses constitucionales mencionados. De la medición de estas intensidades se extrae que la trascendencia de la medida restrictiva depende de la gravedad delictiva que sea objeto de investigación. La trascendencia de la medida corporal restrictiva hace referencia al grado de la afectación sobre el cuerpo de la persona y sus libertades, como la autonomía personal, la intimidad, el derecho a la no autoincriminación; en cambio, la gravedad delictiva depende del bien jurídico tutelado con el delito y de los derechos

de las víctimas afectados por el delito; lo cual a su vez depende del tratamiento punitivo que le dé el legislador al delito.

En lo que respecta a la afectación del derecho a la integridad corporal, la sentencia considera que se ve restringida en distintos grados según el tipo de intervención: es alta la incidencia cuando versa sobre un procedimiento quirúrgico, implique el uso de anestesia o exija cuidados especiales para la recuperación. La extracción de sangre puede resultar de alto riesgo y desproporcionada si se realiza sobre una persona que sufre de hemofilia y no se tienen los recursos logísticos o tecnológicos para evitar riesgos en la salud. En lo que respecta a la garantía de la prohibición de trato cruel, inhumano o degradante, se puede ver afectada ante procedimientos que causen sufrimientos para el imputado; casos en los cuales se debe reducir al mínimo posible el nivel invasivo de la medida.

El derecho a la intimidad también se ve afectado con las intervenciones corporales según el tipo de procedimiento. Si este recae sobre el cuerpo al desnudo en sus partes con implicación sexual es más alta la incidencia que cuando recae sobre otras partes del cuerpo. En lo relacionado con la libertad religiosa, la sentencia se pronuncia en el caso de la obtención de muestras sobre el imputado, considerando que puede limitarse mediante medidas razonables y proporcionales.

En lo que respecta al derecho a la autonomía personal, considera la Corte que cuando la medida restrictiva se realiza aún contra la voluntad del imputado la afectación es grave y, por lo tanto, los intereses del Estado –entre los que se encuentra asegurar el cumplimiento de los deberes de colaborar con la justicia– y de las víctimas, deberán pesar más que este derecho.²²

²² Es de anotar que para la sentencia objeto de análisis –Corte Constitucional, sentencia C-822 de 2005–, cuando el sometido a la intervención corporal es la víctima del delito si se considera desproporcionado y, por tanto, inconstitucional, que se le someta aún contra su voluntad. La razón de esto es que someter en contra de su voluntad a la víctima del delito a una intervención corporal es subyugarla a una doble victimización: la propia de la medida corporal y la del delito. Advierte, sin embargo, la Corte que, excepcionalmente, cuando se trata de crímenes de lesa humanidad o en serie o masivos o que serían de conocimiento del Tribunal Penal Internacional o en los que pudieran verse afectadas

En el caso concreto de la garantía de la prohibición de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la inspección corporal tiene una alta incidencia si su práctica implica causar dolores al imputado y no se toman las previsiones necesarias para reducir al mínimo posible el nivel invasivo de la medida. Cuanto mayor sea la incidencia de la inspección corporal sobre este derecho, mayor peso deberá tener el bien jurídico tutelado y los derechos de las víctimas.

De esta amplia descripción de la jurisprudencia constitucional sobre la mecánica de las intervenciones corporales pueden extraerse los siguientes componentes basales de análisis de las intervenciones corporales: (1) se reconoce la aflicción a los derechos fundamentales con este tipo de medidas corporales y la posibilidad de su práctica, así sea contra quien aún se presume inocente; (2) se justifican estas medidas corporales pues científicamente permiten extraer la verdad y se pueden practicar con humanidad. Además, estas medidas se condicionan en cada caso en concreto, de un lado, (3) a un test de proporcionalidad con el fin de medir la intensidad de la aflicción al derecho fundamental, con respecto al interés general, público, de protección a la comunidad o de los derechos a las víctimas que se buscan favorecer con las medidas corporales; y del otro, (4) a la existencia de una mínima prueba de responsabilidad penal del imputado por el delito.

Los derechos fundamentales, el caso de las intervenciones corporales y la filosofía analítica de la política desde Foucault

No se trata en esta oportunidad de hacer la conceptualización sobre los derechos fundamentales, sino de hacer una breve ilustración sobre cómo se conciben en las prácticas judiciales en nuestro medio. La forma como se entienden los derechos fundamentales en las constituciones políticas contemporáneas es diferente a lo que tradicionalmente se ha entendido como

otras víctimas es admisible proceder contra su voluntad o las de sus curadores o representantes. Empero, prescribe la Corte, que en el caso de los delitos relacionados con la libertad sexual la víctima adulta tiene “siempre la última palabra”.

derechos humanos. El profesor Tulio Elí Chinchilla ilustra que en teoría jurídica se tiende a considerar por derechos fundamentales a los derechos humanos que han adquirido la positivización necesaria (por estar consagrados en el texto constitucional o en los tratados internacionales de derechos humanos, e incluso por interpretación judicial se desprendan de los anteriores) y se han convertido, mediante diversos mecanismos formales, en derecho constitucionales con garantía reforzada²³.

Esta garantía reforzada es la novedad histórica de los derechos fundamentales, ya que lo que ha permitido su efectividad es la existencia de los siguientes mecanismos formales: 1) la regla de la primacía de estos derechos sobre los demás del orden constitucional y legal; 2) la regla de la aplicación inmediata al caso, sin necesidad de regulación legal; 3) la prohibición de restricción en los Estados de excepción; 4) la regulación mediante ley estatutaria; 4) las acciones constitucionales, como la de la tutela ante el juez constitucional, las populares y de grupo; 5) el mecanismo del *habeas data*. Antes de estos mecanismos y procedimientos de refuerzo se hablaba en las constituciones políticas de la existencia de unos principios o derechos (civiles, políticos o libertades) que solo tenían un valor axiológico, moral o de buenas intenciones, pero no obligatorios ni con efectividad alguna en los casos concretos.

Desde la iusfilosofía se abordan muchos otros problemas sobre los derechos fundamentales, tales como sus fundamentos, su carácter de indisponibles o su restringibilidad. Precisamente, para el objeto propuesto es necesario abordar la problemática de la restringibilidad de estos derechos. En

²³ Dice el profesor Tulio Elí Chinchilla Herrera (1999, p. 67): “La expresión derecho fundamental viene a reemplazar a las tradicionales de derechos civiles, libertades públicas, etc., en el lenguaje filosófico y de derecho comparado de los derechos humanos. Esa expresión denota una positivización formal de tales derechos subjetivos (algo más que vehementes exigencias morales). Sin embargo, en rigor constitucional, solo puede hablarse de derechos fundamentales –como categoría especial de derechos– en aquellos ordenamientos en los cuales cierto grupo privilegiado de derechos constitucionalmente reconocidos recibe un tratamiento garante cualificado (“tutela reforzada” dicen los españoles) frente a intentos de violación, desconocimiento, desdibujamiento reglamentario o reforma restrictiva, todo ello en razón de que tal grupo privilegiado de derechos es asumido como concreción de los postulados éticos superiores y fundamento del orden sociopolítico justo y pacífico”.

la sentencia de la Corte Constitucional antes reseñada se parte de la idea según la cual los derechos fundamentales son restringibles a condición de que se aplique un procedimiento de tipo racional, denominado juicio de proporcionalidad. En el presente capítulo se estudian, en el primer acápite, los diversos discursos filosófico-jurídicos que abordan tal problemática. Estos discursos pueden ser clasificados en dos: normativistas y decisionistas; y entre los normativistas, se encuentran dos tipos de posturas, los coherencistas y los conflictivistas. Estas posturas tienen diversas concepciones filosóficas, de las cuales parten y se dan distintas visiones epistemológicas o sobre la verdad. En el segundo acápite, se hace un balance de estas concepciones desde la filosofía analítica de la política de Foucault.

Hay que advertir que este análisis se hace con respecto a los derechos fundamentales en el campo específico de las intervenciones corporales, ya que en otros ámbitos del derecho no tienen porqué generar los cuestionamientos que se hacen aquí. Por lo tanto, no se pretende hacer una teoría general de los derechos fundamentales, sino utilizar algunas de las herramientas conceptuales de Foucault para entender las prácticas judiciales en la temática concreta de las intervenciones corporales.

El problema de la restringibilidad de los derechos fundamentales en el caso de las intervenciones corporales y la filosofía del derecho

El problema que subyace en el fondo de este asunto de la restringibilidad de los derechos fundamentales del que trata la Corte Constitucional en la sentencia C-822/05 es el de las relaciones entre el derecho y la política; el cual se encuentra directamente asociado al de la polémica filosófica que se presenta entre normativistas y decisionistas. Para una concepción filosófica de tipo normativista el derecho es una categoría conceptual distinta a la de la política; en las perspectivas decisionistas, el derecho se confunde con la decisión política, por lo que el derecho es el mismo poder político.

En el campo filosófico puede decirse que el gran cambio que ha significado actualmente el paradigma de los derechos fundamentales, tanto en el entendimiento del modelo de Estado como de lo jurídico, es que se produce una preeminencia de la razón o el derecho sobre la ley. Es decir, una pre-

ponderancia del derecho subjetivo sobre el objetivo. Esta transformación se manifiesta con un cambio en la división de poderes en el Estado, puesto que la jurisdicción adquiere supremacía sobre el legislador. El juez limita al legislador. A pesar de este significativo cambio, es preciso mencionar que aún se conserva el poder de soberanía del Estado sobre la creación y aplicación de los derechos fundamentales.

Precisamente en el caso concreto de las intervenciones corporales en la legislación procesal penal colombiana se pueden realizar dos tipos de preguntas: 1) ¿qué legitimidad, a la luz de los derechos fundamentales, tiene la regulación legal de las intervenciones corporales? y; 2) ¿cuáles efectos producen las prácticas judiciales punitivas de las intervenciones corporales para las personas en su vida o en sus libertades?

La primera pregunta es propia de la filosofía jurídica, pues en este ámbito lo que importa es la legitimidad del poder del Estado para intervenir en el individuo o en la sociedad civil; ámbito en el que también interesa el problema de los límites del poder del Estado. La segunda pregunta tiene como centro de preocupación el análisis de los efectos que produce el ejercicio del poder del Estado sobre el individuo. En este orden, interesa la objetivación del individuo o la población, a partir de las prácticas judiciales de intervención del Estado sobre los individuos o los grupos sociales. Esta última problemática es la susceptible de plantearse desde Foucault, la cual es refractaria a entablarse en términos de legitimidad, y a lo sumo solo podría abordarse en términos de una analítica que conduciría a la denuncia de los excesos. La primera pregunta es de carácter normativista ya que supone un orden moral o jurídico a que atenerse como criterio de legitimidad. La segunda pregunta tiene una concepción negativa de la legitimidad normativa y tiende a ver en el derecho los efectos del poder.

En la cuestión de las intervenciones corporales del Estado sobre el individuo, para obtener la verdad para el proceso judicial, desde la perspectiva de su legitimidad es posible encontrar dos tipos de enfoques en los iusfilósofos. Uno es la perspectiva axiomática, que asume el italiano Luigi Ferrajoli, y el otro, el enfoque constructivista que se desprende de la postura del alemán Robert Alexi. Aunque ninguno de estos iusfilósofos se ha pronunciado específicamente sobre el tema de las intervenciones del Estado en el cuerpo de las personas para obtener la prueba en los procesos judiciales, las dos

posiciones inspiran distintas soluciones a la problemática. La perspectiva de Ferrajoli puede catalogarse como una propuesta de carácter epistemológico inspirada en el positivismo jurídico; en cambio, la de Alexi es una perspectiva no iuspositivista y se ubica muy decididamente en las teorías jurídicas de la argumentación.

Se aborda la posición de Luigi Ferrajoli, en especial en dos de sus obras, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal* y *Derechos y garantías, La ley del más débil*; que han tenido una gran importancia en el ámbito académico nuestro y en las que el autor expresa ampliamente su concepción sobre los derechos fundamentales. La perspectiva de Robert Alexi y su dogmática sobre los derechos fundamentales se estudia especialmente en su obra *Teoría de los derechos fundamentales*. Ferrajoli se caracteriza porque crea un sistema de derecho penal y procesal ideal, el que parte de unos principios que son comunes a lo que él denomina democracias liberales de Occidente. Por su parte, para los efectos del presente estudio, Alexi tiene mucha importancia en la medida en que es el gran inspirador de la Corte Constitucional colombiana, en lo relacionado con el test de proporcionalidad en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales en los juicios de exequibilidad de las normas.

En Ferrajoli existe una preocupación por encontrar una legitimación del sistema jurídico en unos contenidos axiológicos que se encuentran en lo que él denomina las constituciones políticas modernas de los países democráticos y en los tratados internacionales de derechos humanos. En especial, encuentra como axioma principal el valor de la persona como fin y nunca como medio o instrumento, y a partir de allí se desprenden cuatro criterios que sirven para determinar los principios axiológicos fundamentales: la igualdad, la democracia, la paz y la ley del más débil (Ferrajoli, 2001, pp. 314-371); este último como tutela del individuo frente a los poderes salvajes de la sociedad (2000, pp. 122-125; 2001, pp. 362-366). Para este autor, los derechos fundamentales son la base y el fin del sistema jurídico y del Estado. De tales principios, Ferrajoli propende por la creación de una axiomática mediante la cual, formal y materialmente, se someta tanto al legislador en la creación de las normas jurídicas como al juez al momento de la aplicación de las mismas. En la epistemología garantista de Ferrajoli es posible buscar la verdad aproximativa en cuanto al contenido de las normas que son aceptables en el orden jurídico y las que el juez aplica al caso;

se parte de unos principios, considerados como verdaderos, que al mismo tiempo son garantías del ciudadano, en aras de controlar tanto al legislador como al juez (2000, pp. 51-64; 1995, pp. 47-66).

En Alexi se encuentra un sistema procedimentalista inspirado en Habermas, en el que no se busca la legitimación externa del orden jurídico en algún principio moral, ni tampoco se hace la inclusión en el sistema de algún estándar de moralidad social vigente en la sociedad. En este iusfilósofo existe un modelo de legitimación interna en el que se crea un marco de sujeciones en diferentes gradas que se desarrollan en diversas sedes y tiempos. La primera grada tiene como punto de partida un componente extrasistemático denominado “discurso práctico general”, del cual se extrae un código general de la razón práctica que tiene como función establecer las reglas de la discusión de los conflictos sociales. Luego, estas reglas de la razón práctica (la argumentación) se unen a las reglas jurídicas en el procedimiento legislativo (segunda grada) para el control de la discusión y la decisión en la creación de las normas. Luego, el discurso jurídico (tercera grada), con la ayuda de la razón práctica, es el ámbito de la creación de redes de argumentación sobre los contenidos normativos, los cuales se encuentran en los precedentes judiciales y en la dogmática. Finalmente, se encuentra el procedimiento judicial (cuarta grada), en el que la razonabilidad de la discusión y la decisión se encuentran sometidas a todas las gradas anteriores (Alexi, 1993, pp. 531-532). La pretensión de esta teoría procedimentalista es que la verdad fluya espontáneamente de estos procedimientos de la comunicación realizada bajo las condiciones ideales.

Ferrajoli caracteriza los derechos fundamentales como universales e indisponibles; lo último se deriva de lo primero (Ferrajoli, 2001, pp. 20, 160, 161, 291, 292). Incluso, frente al carácter de la indisponibilidad, sustenta la tesis del deber de la indisposición del derecho por parte de la persona titular misma y con mayor razón para el Estado (p. 32). Por su lado, Robert Alexy (1993, p. 268) plantea una tesis que coincide con la misma Constitución Política colombiana, porque establece la disponibilidad de esos derechos que tiene el legislador bajo ciertos condicionamientos; entre ellos, la orden judicial, la decisión motivada y la proporcionalidad. Es la tesis que acoge abiertamente la Corte Constitucional colombiana en las sentencias antes reseñadas, aunque es tomada con algunas particularidades que no se encuentran en la original. Esta particularidad consiste en considerar que deben hacer-

se compatibles los derechos fundamentales con diversos intereses difusos, como el general, el de la comunidad, el de hacer justicia o el orden jurídico.

En el orden filosófico es posible hacer una distinción importante entre el normativismo de Ferrajoli y el de Alexi. Ferrajoli parte de la idea kantiana de la posibilidad de construir sistemas de conocimiento humano mediante los cuales se establezcan las condiciones ideales de obtener la verdad; la cual en el derecho tiene su aplicación tanto en el ámbito de la creación de la ley como en el de aplicación de la misma mediante el procedimiento judicial. Para estos efectos, Ferrajoli se acoge a una epistemología de tipo objetivista crítico en la que se defiende el concepto semántico de “verdad como correspondencia” del filósofo Alfred Tarski. Bajo esta concepción, la “verdad como correspondencia” se entiende en sentido nominal y no real; es decir, se limita a indicar las condiciones de uso del término “verdadero”. Los términos “verdadero” y “falso” se utilizan para designar la conformidad o la disconformidad de las proposiciones jurisdiccionales respecto de los hechos y las normas. Bajo esta concepción de verdad, las proposiciones gramaticales no se toman como “imágenes” o “proyección” del mundo (Ferrajoli, 1995, pp. 47-51).

No obstante, Ferrajoli advierte que la verdad jurídica solo puede tomarse en un sentido aproximativo o probabilístico; por lo tanto, se rechaza la idea de una verdad absoluta o sustancial. A este respecto, Ferrajoli acude al filósofo Karl Popper para explicar el papel de la inducción como control o corrección del razonamiento, que permite determinar la verdad de un enunciado fáctico a partir de datos particulares como las pruebas en un proceso judicial. De esta forma, Ferrajoli concluye que la verdad objetiva como correspondencia es solo un ideal a alcanzar en el derecho. Solo es esperable obtener una verdad aproximativa y de carácter subjetivo, es decir, una verdad creada por un sujeto, el juez, quien a su vez, para el control del subjetivismo, se encuentra sometido a los principios del derecho penal y procesal. Principios epistemológicos y del derecho penal que buscan la verificabilidad empírica mediante la taxatividad o la materialidad de la descripción legal del crimen, y los del orden procesal que buscan que la acusación se someta a la defensa y la contrastación empírica mediante la prueba (pp. 50-53).

Por su lado, el normativismo de Alexi parte de unas condiciones procedimentales ideales para la discusión de los conflictos sociales o particulares que se susciten alrededor del derecho. Esto implica un modelo de justicia

que excluye el cognoscitivismo, y por ende, la búsqueda de la verdad como componente central de la misma. Se hace énfasis en los procedimientos propios de la argumentación jurídica que permitan una discusión libre de los contenidos morales o jurídicos. En Alexi no se hace una apuesta por alguna teoría epistemológica ni existe interés especial por la verdad moral o la jurídica. Sin embargo, esto no implica que de la argumentación no deban extraerse las interpretaciones más aceptables sobre los derechos fundamentales. Para Alexi, una norma de derecho fundamental o una regla jurídica que haya sido creada por una Corte constitucional, por su adscripción a otras que se encuentren expresamente reguladas, tiene validez si se encuentran correctamente fundamentadas (Alexi, 1993, p. 71). No obstante, en Alexi se llega al extremo de considerar que la falta de corrección material (es decir, que se considere que no esté racionalmente fundamentada) no debe llevar a la consideración de que pierda su carácter jurídico sino que debe tratarse como jurídicamente deficiente (1997, pp. 83 y 95).

Para la problemática abordada, la consecuencia más importante es que se puede ver una teoría de tipo coherentista de los derechos fundamentales en Ferrajoli y una teoría conflictivista de los mismos derechos en Alexi. La coherentista tiene una visión de los derechos fundamentales como reglas, con una estructura deóntica, de aplicación todo/nada y que no permite una dimensión de “peso” o importancia. Por lo tanto, rechaza la posibilidad de conflicto entre los derechos fundamentales y considera que la delimitación de cada derecho se hace por interpretación sistemática del orden jurídico y según una jerarquía entre ellos. En cambio, la perspectiva conflictivista concibe que los derechos fundamentales tienen una validez *prima facie* y que solo adquieren una validez definitiva como resultado de una ponderación. Esta concepción parte de la posibilidad de conflictos entre derechos fundamentales entre sí, y en caso de conflictos, se habla de ponderación con el fin de determinar cuál tendría mayor peso frente al caso²⁴.

En el momento actual, no se conoce algún trabajo de los autores que siguen la concepción coherentista de los derechos fundamentales que haya planteado directamente la problemática de las intervenciones corporales. Si se siguen los lineamientos generales de esta posición iusfilosófica, se encon-

²⁴ Al respecto, ver Lopera Mesa (2006, pp. 134-145).

trará por ejemplo la problemática de cómo entender el siguiente enunciado de la Constitución Política colombiana: “todas las personas tienen derecho a su intimidad [...] La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial” (Artículo 15); es decir, se reconoce una intimidad restringible. O el siguiente enunciado de la misma Constitución: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona [...] sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial” (artículo 28). Enunciado en el que la libertad nace restringida o restringible.

Frente a estas regulaciones, un coherencista tendría los siguientes caminos: negar el carácter de derechos fundamentales a las libertades individuales o llegar a fundamentar la inconstitucionalidad de las mismas normas constitucionales con base en algún principio del derecho natural o del derecho internacional humanitario; o hacer la consideración según la cual la Constitución Política en estos casos solo está haciendo una delimitación del derecho y no una limitación o restricción. Hasta ahora, nadie niega el carácter de fundamental de estos derechos de inmunidad del individuo. Un principio del derecho internacional sería de poca ayuda, ya que en este ámbito se hace una regulación restringida de estos derechos. Considerar que este tipo de regulaciones lo que hace es delimitar y no restringir es incursionar en un problema del lenguaje. Frente a esto último, habría que inferir que cuando a una persona le interfieren la correspondencia privada, le realizan un cacheo corporal o le realizan una prueba de aliento para detectar alcohol, le están restringiendo o limitando su derecho a la intimidad, o su derecho a no ser molestado.

En el caso concreto de las intervenciones corporales, aunque Ferrajoli no se pronuncie expresamente al respecto, podría deducirse desde sus consideraciones que si con tales intervenciones se viola el derecho prioritario de la inmunidad frente a la tortura (Ferrajoli, 2001, p. 355), siempre tendría que considerarse la ilegitimidad de tales normas que crean estas intervenciones o de las decisiones judiciales que las apliquen. Esta inmunidad frente a la tortura se vería violada siempre que se realice la intervención corporal bajo la fuerza física efectiva de la persona, o con el uso de sedantes o drogas anestésicas, ya que tal sometimiento físico siempre va a implicar un grado variable de sufrimiento físico o psicológico.

Incluso, la teoría de Ferrajoli sobre el carácter absoluto e indisponible de los derechos fundamentales –aún para el sujeto titular de los mismos–, acarrea como consecuencia que, frente a las intervenciones corporales, aunque se realicen con el consentimiento del sujeto pasivo de la intervención, se deberá tener como inválida la normatividad que las regula o las decisiones de los jueces que ordenen su aplicación.

Sin embargo, esta idea de la indisponibilidad llega a una paradoja irreductible. Si bien plantea la ilegitimidad de limitar los derechos fundamentales para efectos de perseguir diversos intereses, como el de justicia o verdad; propone la obligación del mismo destinatario de la libertad de no renunciar a ellos, como consecuencia de la indisponibilidad de los derechos fundamentales. La inviolabilidad de los derechos fundamentales se ve afectada con la obligación del mismo destinatario a la indisponibilidad de los mismos, ya que se afecta por parte del Estado la autonomía de la voluntad del individuo, a fin de impedirle la disponibilidad de sus derechos, incluyendo el de su misma autonomía de la voluntad. Esto equivale a la paradoja de Rousseau²⁵ de obligar al ciudadano a ser libre, compeler al individuo a que asuma su libertad. Es una paradoja, ya que la libertad se concibe en términos tan absolutos que hasta resulta negándose, pues se llega al extremo de proteger la libertad aún contra la propia voluntad del individuo titular de la misma.

En contraste, con la aplicación del juicio de proporcionalidad, y por ende, con la medición del peso de los derechos en conflicto con respecto a las intervenciones corporales, resultaría válida la legislación restrictiva, y solo en cada caso vendrían a determinarse las condiciones en que se aplicarían este tipo de pruebas. Gran parte de la jurisprudencia y la doctrina jurídica se muestra acorde con esta posición. Al respecto, ya se ha visto cómo la Corte Constitucional colombiana avala este tipo de intervenciones; y cómo llega al extremo de relativizar la regla constitucional de la prohibición del trato cruel, degradante e inhumano. Gran parte de la doctrina nacional y española asume esta posición conflictivista. Por ejemplo, en la doctrina nacional, Jairo Parra Quijano (1999, pp. 213-214); en la doctrina española,

²⁵ Para Rousseau (1988, p.19), el contrato social sería una vana fórmula si el que se niegue a obedecer la voluntad general no se le pudiere obligar a obedecer. Al ciudadano se le obliga a ser libre ya que es condición del pacto social la entrega de la libertad al soberano.

el profesor Nicolás González-Cuellar (1990, pp. 305-309), los procesalistas Inés Iglesias Canle (2003, pp. 34-64) y Luis Gómez Amigo (2003, pp. 39-94). Estos autores justifican las intervenciones corporales, aún aplicadas con la fuerza efectiva contra el paciente.

Existen otros autores que, al igual que los anteriores, hacen uso de la teoría conflictivista de los derechos fundamentales y utilizan el juicio de proporcionalidad como herramienta de interpretación y aplicación del derecho; pero se diferencian al considerar que, si bien son válidas las intervenciones corporales, no es posible el ejercicio de fuerza efectiva para su aplicación en el caso concreto. Por ejemplo, Etxeberria Guridi (1999, pp. 444-472) prefiere la aplicación del indicio de criminalidad o la sanción penal por desobediencia; María Isabel Huertas Martín (1999, pp. 411 y ss.) solo admite el indicio como desfavorecimiento probatorio para quien se niegue a la medida; y Asencio Mellado (1989, p. 152) prefiere como regla general el indicio como desfavorecimiento para el sujeto pasivo de la medida, pero admite en casos excepcionales la *vis compulsiva*.

El juicio de proporcionalidad se entiende como un límite a los límites de los derechos fundamentales, y hay que entender su función como una estructura argumentativa que cumple dos cometidos en la interpretación constitucional. Por una parte, contribuye a determinar el contenido definitivo de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Y correlativamente, a estructurar la fundamentación externa de la premisa mayor empleada en el juicio de constitucionalidad de las leyes que inciden en la órbita de tales derechos. Por lo tanto, ante la intervención del Estado en las libertades del individuo, la Corte Constitucional –que solo tiene como soporte inicial unos contenidos abiertos y en gran medida indeterminados– debe resolver sobre su constitucionalidad analizando los intereses que puedan entrar en contradicción, y decidiendo cuáles de ellos tienen mayor relevancia en el caso. De esta forma, con el juicio de proporcionalidad se puede crear por adscripción un derecho fundamental o una regla que pueda utilizarse como premisa mayor del razonamiento judicial para aplicar al caso concreto²⁶.

²⁶ Al respecto, Bernal Pulido (2003, pp. 77 y ss., y 517-519)

Aquí solo interesa estudiar los aspectos filosóficos y los teóricos, y no se entrará a examinar los aspectos dogmáticos de una u otra teoría frente a las intervenciones corporales que regula el Código de Procedimiento Penal. Baste con señalar que la consecuencia de las teorías normativistas anteriores es, para los coherentistas, que solo en un Estado tendencialmente totalitario serían posibles las intervenciones corporales. Por su parte, de la teoría conflictivista se desprenden dos posiciones: una que se basa en el juicio de proporcionalidad y avala las intervenciones corporales, aún con la utilización de la fuerza física contra el paciente; y otra que no cree en la validez de la fuerza física y se muestra acorde con la presión de desfavorecimientos probatorios (indicio de criminalidad o confesión ficta), o el castigo punitivo por desobediencia o desacato a la orden judicial.

Pese a las distinciones de tratamiento a las que se puede llegar con una u otra opción filosófica y teórica del normativismo, se caracterizan porque en la creación de las mismas aparece un sujeto universal, totalizante y neutro. En los coherentistas, unos sujetos ideales han creado unos acuerdos que se encuentran plasmados en las constituciones políticas democráticas de Occidente y en los tratados internacionales de derechos humanos, estableciendo unos principios formales, universales y neutros, de los cuales axiomáticamente se desprende la legitimidad o validez de los órdenes jurídicos. En los conflictivistas, se conciben unos sujetos ideales que, en uso de la razón práctica, establecen unas reglas de discusión universales, ideales y neutras, que informan a su vez los procedimientos democráticos de fundación del Estado y los de creación y aplicación del derecho.

Por lo tanto, en ambas posiciones filosóficas el aspecto central es cómo se funda el Estado, adquiere legitimidad, se limita y se establece la validez del sistema jurídico. En ambas perspectivas se parte de que el derecho surge separado del poder político. Para Ferrajoli, detrás del derecho lo que existen son unos pactos ideales de las constituciones de Occidente sobre unos contenidos formales y neutros. En Alexi hay unos sujetos ideales que crean unas reglas para las discusiones sobre los contenidos de los derechos fundamentales. En todo caso, el derecho no parece tener conexión con el poder político en su creación y aplicación. Los sujetos que crean el derecho son ideales y no tienen correspondencia alguna con los que detentan el poder político. En Alexi, las reglas de discusión obedecen a la razón práctica y no tienen conexión alguna con el poder político; en Ferrajoli, los contenidos

de los derechos fundamentales son formales y neutros, e idealmente no deben tener relación con el poder político.

Hablar de la polémica entre decisionismo y normativismo lleva necesariamente a hablar de la obra de dos autores muy controvertidos desde la filosofía política: Tomas Hobbes y Carl Schmitt. Aunque el estudio de estos dos autores no es el centro de este análisis, podrían ilustrar el espectro de posiciones que se han enarbolado alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Carl Schmitt, quien tiene la tendencia a desarrollar la perspectiva decisionista, escribe que hay tres tipos de pensamiento jurídico: el normativista, el decisionista y el institucional. Dice, “mientras el normativista puro piensa de acuerdo con reglas impersonales, el decisionista impone por medio de una decisión personal el justificado derecho que le otorga la apreciación correcta de una situación política”. Sobre el pensamiento jurídico institucional, con inspiración en Maurice Haurieau, dice que este “se desenvuelve en organismos e instituciones suprapersonales” (Schmitt, 2001, pp. 21-22).

Advierte Schmitt que el normativismo degenerado convierte el derecho en el simple modo de funcionamiento de una burocracia estatal. En cuanto al decisionismo, menciona que la puntación del momento hace que el decisionista corra el riesgo de no reconocer la esencia inherente a todo gran movimiento político. En cuanto al pensamiento institucional, dice que considerado aisladamente conduce al pluralismo de un crecimiento feudo-corporativista sin soberanía. Este autor califica el positivismo jurídico formal de la época de Weimar, en Alemania, como normativismo degenerado, ya que no se funda en el derecho natural o de la razón, sino solo en normas “vigentes” de hecho. En el fondo, es también un decisionismo degenerado, ciego ante el derecho y basado en la “fuerza normativa de lo fáctico”, en lugar de una auténtica decisión (p. 23).

El decisionismo de Schmitt se manifiesta con la definición que hace de soberanía. Para este autor “es soberano quien decide el estado de excepción”. Discurre sobre cómo resolver el problema: quién decide, en caso de conflicto, en qué consiste el interés público o estatal, la seguridad y el orden público, *le salut publique*, etc. Decidir en el caso excepcional implica definir cuándo se está en una situación anormal así como la manera de afrontarla. Se advierte que, a pesar de que lo excepcional suspende el derecho en vir-

tud de la auto-conservación del Estado, se está en el ámbito de lo jurídico. Se parte de la idea según la cual la aplicación de la norma requiere de unas condiciones de normalidad. El soberano es el que decide cuándo se está en condiciones de normalidad para aplicar el derecho normal; y cuando está en lo excepcional para aplicar un derecho de excepción que no tiene fundamento en el derecho. Por lo tanto, todo derecho es un “derecho de situación”. Para el normativismo la excepción no demuestra nada y solo lo normal puede ser objeto de análisis científico. Para Schmitt, por el contrario, la excepción lo demuestra todo. No solo confirma la regla, sino que la regla solo vive gracias a la excepción. Por lo tanto, es el soberano el que decide qué derecho aplicar: el normal o el excepcional (pp. 28-29).

El soberano es también el que sabe distinguir entre el amigo y el enemigo, y por ende, sabe identificar quién es el enemigo. El soberano determina, tanto desde el Estado (frente a los enemigos interiores) como en el seno del Estado (frente a los demás sujetos de la comunidad internacional), cómo se agrupan los otros en amigos o enemigos. Por ello, el universo político no es tal, sino más bien un pluriverso político en el cual unas unidades políticas luchan contra otras (Schmitt, 1991, pp. 82-83). Desde el realismo de Schmitt, al contrario del normativismo, la humanidad no existe políticamente hablando; solo existen las diversas unidades políticas, en perpetua posibilidad de conflicto y enemistad o amistad.

Por su parte, Hobbes puede ser considerado como decisionista en en la medida en que, cuando se instaura un soberano absoluto y personalizado, no solo tiene poder para crear la ley sino también para derogarla. Hobbes considera el poder del Estado como absoluto. Solo éste puede obrar impunemente, legislar, sentenciar pleitos, castigar, usar de las fuerzas y los bienes de todos a su arbitrio y hacer todo esto con derecho. El que se somete al soberano le ha concedido el mayor poder que se puede conceder. Las leyes civiles no obligan al soberano, ya que son las leyes del soberano mismo y si le obligasen, se obligaría a sí mismo; y tampoco puede el soberano obligarse con el ciudadano (Hobbes, 1999, p. 62): el “[...] Estado no está obligado a sus leyes, porque nadie está obligado contra sí mismo” (p. 106).

No obstante, hay que reconocer en la obra de Hobbes unos componentes normativos que son de mucha importancia. De un lado, el contractualismo que parte de un acto de voluntad de unos sujetos ideales que pactan la crea-

ción del soberano. Asimismo, el papel de las leyes naturales, mediante las cuales incluso pueden imponerse límites al mismo soberano. Finalmente, apuntala el concepto de libertad que luego se vería en el liberalismo, es decir, el del espacio que dejan la ley natural y la ley civil; el Estado se separa de la religión (pp. 116-127).

Los derechos fundamentales y la filosofía analítica de la política desde Foucault

Los derechos fundamentales y el poder de soberanía

Ya se ha advertido que Foucault no hace estudio alguno sobre conceptos universales como los derechos fundamentales y que su perspectiva es la de cuestionar las generalizaciones universales a partir de las prácticas. El autor rechaza la realización de estudios justificacionistas o de tipo prescriptivo de universalizaciones conceptuales como los derechos fundamentales. Prefiere cuestionar los discursos prescriptivos a partir de las prácticas institucionales o gubernamentales, y sus efectos de poder-saber para las personas. Por lo tanto, a continuación se tomar algunas herramientas conceptuales de Foucault para poner en cuestión los discursos justificacionistas que se plantean alrededor de los derechos fundamentales.

Puede deducirse de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia C-822/05)²⁷ y de los iusfilósofos mencionados antes (Ferrajoli, Alexi, Schmitt y Hobbes),²⁸ que el derecho es un componente del poder de soberanía, tanto en la creación de la norma como en su aplicación por medio del órgano de justicia; pues en todos ellos el derecho es creado por el legislador, el juez o por quien detenta el poder de decidir en el Estado. La diferencia en los discursos de estos autores es en la fundamentación o legitimidad del derecho. Es decir, ni la jurisprudencia ni dichos autores cuestionan la asignación del derecho al poder de soberanía, sino que la discusión es sobre el fundamento del derecho y los límites que debe tener el soberano.

²⁷ Véase *Los derechos fundamentales y el caso de las intervenciones corporales en la sentencia c-822 de 2005 de la corte constitucional*.

²⁸ Véase *El problema de la restringibilidad de los derechos fundamentales en las intervenciones corporales y la filosofía del derecho*.

En contraste, desde Foucault debe tenerse presente que el poder de soberanía ha tenido históricamente modulaciones; y que no es el único y centralizado poder, sino que confluyen otros como el poder disciplinario y el de la biopolítica, los cuales se han venido superponiendo a aquél en la historia. Precisamente, Foucault cuestiona al derecho por su impotencia con respecto al control de los mecanismos de normalización, que se encuentran ligados a las ciencias humanas y a algunas prácticas sociales; pero no llega al extremo de considerar que el derecho sea inexistente o meramente quimérico. Sus críticas se desarrollan contra el funcionamiento del derecho de la soberanía, que es el mismo que resulta acogiendo del derecho formal y el Estado liberal de la modernidad. Por ello considera:

para luchar contra las disciplinas o, mejor, contra el poder disciplinario, en la búsqueda de un poder no disciplinario, no habría que apelar al viejo derecho de la soberanía; deberíamos encaminarnos hacia un nuevo derecho, que fuera antidisciplinario pero que al mismo tiempo estuviera liberado del principio de la soberanía. (Foucault, 2000a, p. 46)

Este cuestionamiento que hace Foucault al derecho en general y a su dependencia del poder de soberanía también cabe para los derechos fundamentales, ya que estos ideales son creaciones de las constituciones políticas de cada Estado, su aplicación al caso concreto depende de las decisiones de los jueces, y la implementación de políticas públicas que los desarrollen en el plano de la realidad requiere de una actividad de diversas instituciones del Estado. También los derechos fundamentales se insertan en el poder de soberanía, aunque las discusiones de los iusfilósofos se han concentrado en la fundamentación de los mismos y en los límites que pueden representar para el Estado.

Los filósofos del derecho de tipo normativista caen en una irreductible paradoja cuando ubican la creación y aplicación del derecho en órganos como el legislador y el juez que ejercen el poder de soberanía, y al mismo tiempo pregonan que el derecho tiene unos contenidos axiológicos, o unas reglas de la razón práctica de carácter externo, a las que debe obedecer. En efecto, el derecho tal como funciona desde la época clásica europea y en la modernidad (es decir desde los siglos XVI y XVII) se encuentra anexado al poder de soberanía. Sin embargo, los filósofos y juristas al mismo tiempo buscan su legitimidad en algo externo al mismo derecho. Desde Foucault, puede decirse que esta inconsistencia en el derecho sirve para encubrir la

conexión que tiene el derecho con el poder político; aunque los filósofos y los juristas normativistas tratan de hacer creer que el derecho tiene un halo de neutralidad y universalidad incompatibles con el poder político.

Habermas, sobre esta crítica que hace Foucault al derecho en el párrafo antes resaltado, menciona que Foucault no puede esquivar la pregunta sobre los componentes normativos de su crítica; pero que la vaguedad de su respuesta no nos permite tener ningún criterio rescatable, ya que son demasiado frágiles para ser utilizados en la crítica (Habermas, 2008, pp. 311-312). De esta forma, Habermas insta a Foucault para que exponga cuáles pueden ser los elementos positivos como normas, modelos, criterios, principios que se encuentran implicados en sus enfoques críticos, los más ricos y más fecundos empíricamente; en suma, cuáles son los mejores apoyos de su crítica.

Como lo dice Habermas, es cierto que Foucault no hace desarrollo alguno de la idea de un derecho desprendido de la soberanía, ni de ninguna otra del orden prescriptivo o normativo. Incluso, hasta puede decirse que plantear una propuesta de un nuevo derecho sería un contrasentido bajo los lineamientos de Foucault. Pues esbozar un nuevo derecho implica de por sí plantearse unos componentes de carácter prescriptivo, y por ende, de filosofía política o moral; perspectiva que ha recibido las críticas más duras posibles por parte de Foucault. No obstante, en una entrevista en 1984, cuando se encuentra en la fase de reflexión ética de su obra filosófica, este mismo autor se refiere a la importancia de las reglas de derecho y otros componentes morales. En esta oportunidad considera al respecto, cuando polemiza con Habermas sobre la teoría de la comunicación:

La idea de que podrá existir un estado de comunicación de tal índole que los juegos de verdad puedan circular en él sin obstáculos, sin coacciones y sin efectos coercitivos, me parece del orden de la utopía. Esto es precisamente no ver que las relaciones de poder no son en sí mismas algo malo y de lo que haría falta liberarse; considero que no puede haber sociedad sin relaciones de poder, si se entiende por tales las estrategias mediante las cuales los individuos intentan conducir, determinar, la conducta de los otros. El problema no consiste, por tanto, en intentar disolver en la utopía de una comunicación perfectamente transparente, sino en procurarse las reglas de derecho, las técnicas de gestión y también la moral, el *éthos*, la

práctica de sí, que permitan en estos juegos de poder jugar con el mínimo posible de dominación. (Foucault, 1999, p. 412)

Por lo tanto, para Foucault el problema del derecho radica en el uso que se haga del mismo, la conexión de su origen con el poder soberano, y la tendencia a tornarse quimérico frente a los procesos sociales de normalización. No obstante, en esta respuesta a Habermas le plantea lo utópico de pregonar una comunicación totalmente transparente; le critica a su idea del poder como algo negativo. En este pasaje, Foucault reafirma su pensamiento en el sentido de concebir el poder en forma positiva o creativa, pero también vuelve a lanzar la cuestión de la importancia que tienen las reglas del derecho, la moral y la práctica de sí, que permitan que los juegos de la comunicación se hagan con el mínimo posible de dominación.

Por lo anterior, puede decirse que no podemos catalogar a Foucault como antinormativista. Lo que ocurre es que rechazó la idea de dedicar su obra a hacer propuestas de tipo prescriptivo, precisamente ante el peligro de que desemboquen en un sistema del cual se puedan generar nuevas formas de dominación. La crítica de Habermas a Foucault no se justifica, en la medida en que a un pensador no le pueden exigir que aborde una perspectiva que por principio o metodología no le parece fructífera o conveniente.

Al respecto, Voirol presenta el contraste entre la perspectiva foucaultiana y la habermasiana sobre el poder. En Habermas se presenta una idealización del entendimiento, apoyado en el lenguaje, y una tendencia a basarse en una situación de comunicación hipotética, incluso utópica, o en una relación social cuya forma no podría aspirar a la universalidad, en razón de su carácter social e históricamente determinado. De esta forma, el entendimiento implica el consenso y la cooperación entre seres humanos y, por ende, se entiende que se genera una zona libre de poder o dominación. En cambio, para Foucault no existe presupuesto alguno de una relación sin poder. La propia relación se construye con el poder y la presencia de este presupone la misma libertad; las relaciones de poder se dan bajo las prácticas de la libertad (Voirol, 2007, p. 143).

Por lo tanto, no puede decirse que Foucault rechace el derecho, los derechos fundamentales o los principios jurídicos. No obstante, sí se ocupa de poner en cuestión la relación del derecho con el poder de soberanía. No

llega al extremo de confundir el derecho con el poder del soberano, como ocurre con el decisionismo, pero tampoco busca ocultar esta conexión, como hacen los normativistas con sus fundamentaciones del derecho en algo externo al mismo. En el curso *Defender la sociedad*, Foucault expresa que el inconveniente de la teoría filosófica-jurídica del poder es que, desde el Medioevo, el derecho (entendido no solamente como la ley, sino también como el conjunto de aparatos, instituciones y reglamentos) ha tenido como función “disolver, dentro del poder, la existencia de la dominación, reducirla, enmascararla para poner de manifiesto, en su lugar, dos cosas: por una parte, los derechos legítimos de la soberanía y, por la otra, la obligación legal de la obediencia” (2000a, pp. 35-36). Así, el poder de soberanía y el derecho han tenido una relación compleja: de un lado, el derecho como elemento de justificación del poder político, y del otro, el derecho como instrumento del poder político.

De esta forma, no se termina el conflicto con la creación de los derechos fundamentales por parte del poder soberano, ni por ello se puede decir que el derecho rompa el conflicto o la guerra permanente que se presenta en la sociedad, al contrario de lo que han creído los filósofos del derecho.²⁹ Con los derechos fundamentales se cuenta con una herramienta de lucha del poder político, ya sea que la misma esté en el Estado o en la resistencia al mismo. La crítica que se le puede hacer al decisionismo es que el derecho no puede confundirse con el poder de soberanía. Si bien la filosofía del derecho ha conectado el derecho al poder de soberanía, el derecho también es susceptible de servir de herramienta de lucha contra el poder político. Los derechos fundamentales se pueden ver como herramientas para resistirse al poder normalización dentro de la sociedad, así como de resistencia al poder instaurado en el Estado. Por ende, hay que luchar por separar los derechos fundamentales del poder de soberanía.

²⁹ Dice Foucault (2000a, p. 29) que a pesar de la instauración de un sistema jurídico, la guerra continúa. La política es la continuación de la guerra por otros medios. Cuando el poder político instaura un sistema jurídico lo que se implementa realmente es otra estrategia de guerra dentro de la sociedad. Dice también el autor –Ibíd. p. 36– que el sistema de derecho y el campo judicial son el vehículo permanente de relaciones de dominación, de técnicas de sometimiento polimorfos.

En general, lo que hacen Ferrajoli, Alexi y Habermas es disolver el conflicto político que se da en la sociedad; en el caso del primero, con sus acuerdos ideales consignados en las constituciones políticas ideales y los principios que se desprenden del derecho internacional humanitario; y en el caso del segundo y el tercero, con sus reglas ideales de la racionalidad práctica para discusión y decisión. Por ello, estas posturas desembocan en unos principios totalizantes, universales y neutros, que sirven para instaurar un poder de soberanía ideal con base en el cual se crean unas reglas racionales e ideales que, en últimas, ocultan el conflicto en la sociedad política. Por lo tanto, todas estas posturas iusfilosóficas y políticas parten de la concepción de un sujeto constituyente universal, totalizante y neutro. Ya se estudió cómo un paradigma de un sujeto ideal de esta naturaleza tiene como función justificar la instauración del soberano político en el seno de una nación que surge en una sociedad política. Pero tal forma de proceder tiene efectos de dominación y exclusión para ciertos individuos o sectores sociales de la sociedad en que surge.

Desde Foucault, es preferible partir del conflicto y lo que hace el analista es ubicarse en la polaridad de fuerzas que se presentan en el mismo. Desde esta perspectiva, el papel histórico del derecho es servir de estrategia de legitimación o de deslegitimación en esta polaridad de fuerzas que se forman con los poderes políticos dentro de la sociedad. Los derechos naturales de la Edad Media sirvieron para enfrentar al poder del Monarca. Los derechos humanos de la Ilustración han sido útiles como componente de legitimidad de la soberanía popular, la división de los poderes y la democracia, pero también son límite a la actividad del Estado en favor del individuo. Los derechos fundamentales, como se verá luego, han servido de herramienta de gobierno por parte del Estado, pero también de resistencia del individuo ante los poderes de normalización social y de contrapoder frente a la exclusión. En la conexión entre el poder de soberanía y otros poderes socio-políticos con los derechos fundamentales, puede verse que éstos se caracterizan por una marcada polivalencia táctica; es decir, son susceptibles de utilizarse estratégicamente. Por ello, el papel del filósofo o el analista es ubicar la polaridad de fuerzas que hace uso de los derechos fundamentales, y advertir el sentido de tal utilización, los efectos de dominación y los excesos que pueden producir para los individuos.

A pesar de que se ha hecho una crítica común a las posturas filosóficas de Ferrajoli y Alexi, vale la pena hacer algunas matizaciones entre estos dos pensadores, dado que son los que han tenido mayor influencia para el problema de los derechos fundamentales y su restringibilidad en el ámbito punitivo. En Ferrajoli existe una posición crítica social, desde lo que él denomina el método fenomenológico. Con éste, busca confrontar el ideal del derecho que él construye de cara a la realidad. Por este motivo, hace un gran esfuerzo en analizar la relación que se establece entre política y derecho, estableciendo una dualidad en la que entre más poder habrá menos derecho, y entre más derecho menos poder. En Ferrajoli existe una concepción del derecho y la política en la que el derecho se muestra refractario con respecto al poder; es una concepción negativa del poder, de sometimiento o represión. En cambio, en Foucault el poder es relación y existe en todos los ámbitos sociales, y sus análisis buscan poner en evidencia los excesos del mismo.

Es muy característico que en el pensamiento de Alexi el conflicto alrededor del poder político desaparezca por completo con el derecho. Es como si el derecho fuera autosuficiente y no tuviera conexiones con el poder político; y en este sentido, es un discurso que se aproxima mucho al positivismo formal de Kelsen. En Ferrajoli, el método fenomenológico le permite examinar la conformidad de la realidad empírica con respecto a los ideales jurídicos. Por ejemplo, denuncia el caso italiano de un derecho penal en el que predomina la razón de Estado sobre la razón jurídica, poniendo al descubierto el totalitarismo del sistema penal con la instauración de instituciones jurídicas como las siguientes:

1. El abuso de la detención preventiva, que equivale a un castigo sin sentencia.
2. El exceso de tipos penales abiertos, como terrorismo y asociaciones para delinquir, lo que implica anonadar la garantía de la ley previa y entronizar el capricho judicial, tanto en la persecución de la delincuencia como al momento de sentenciar.
3. La utilización que se hace del *plea bargaining* de origen estadounidense, que desnaturaliza el carácter jurisdiccional del proceso al contemplar las sentencias condenatorias; como la confesión premiada del imputado, con la que se renuncia a la defensa y demás garantías procesales. Es un sistema que permite emitir sentencias sin juicio (Ferrajoli, 1995, pp. 730-750).

Ferrajoli denuncia también la desestructuración del Estado de derecho italiano en cuanto a las garantías ideales de legalidad, publicidad, controles de la opinión pública y tribunales. Para él, dicha desestructuración se manifiesta en la inserción de las políticas sociales asistencialistas, sin que se manifiesten en instituciones jurídicas que creen políticas públicas sometidas a tales principios, manipuladas por lo que él denomina poderes paralelos o salvajes, que se dan dentro de la sociedad. Los poderes paralelos se ubican fuera de las sedes públicas; por ejemplo en los directorios políticos. Y reparten los recursos públicos con la finalidad de manipular a las masas de votantes, distorsionando por esta vía el procedimiento democrático mismo, con la gravísima consecuencia de deslegitimar al Estado (2000, 126-139).

A pesar de tales diferencias, tanto en Ferrajoli como en Alexi, el derecho es la paz, la concordia, la civilidad, la razón. En Foucault el derecho es una herramienta de lucha del poder político, que puede ser enarbolada por quien sustenta dicho político o por quien se resiste u opone a él. En cambio, en Ferrajoli y Alexi, el derecho está ligado al poder soberano del Estado; bien sea que esta soberanía la ejerza un órgano político como el legislador o se origine en el órgano de adjudicación del derecho, es decir, en la jurisdicción. Tanto para Ferrajoli como para Alexi, en los sistemas jurídicos que se sustentan en los derechos fundamentales existe una preeminencia de la jurisdicción sobre los órganos de origen político, como el parlamento o el congreso. En cierta medida, incluso se da un sometimiento de estos últimos con respecto al primero.

Finalmente, para analizar aún más la posibilidad del acercamiento de Foucault hacia el normativismo en sus últimos cursos en el *Collège de France*, es pertinente mirar el análisis que hace el filósofo italiano Sorrentino. Según éste, Foucault rechaza la posibilidad de proponer un modelo normativo de sociedad, ya que considera que no es posible una fundamentación racional de los asuntos normativos: “toda pretensión en tal sentido acaba por coincidir con una peligrosa forma de autoengaño, o sea, con la absolutización de la propia perspectiva sobre la realidad y con la consiguiente reducción de los otros al papel de meros ejecutores del propio ideal de sociedad”. Por lo tanto, el intelectual solo puede ayudar a problematizar “con vistas a la elaboración autónoma y transformación de cada uno, así como de las formas de convivencia con los otros”. El pensamiento foucaultiano no es reducible a “una forma de relativismo que considera que toda práctica social es fruto de relaciones de elementos contrapuestos”. Por el contrario, desde la perspecti-

va de Foucault es posible rebelarse o resistirse a todo abuso del poder desde los “derechos intangibles” de los individuos (Sorrentino, 2008, pp. 92-93).

En efecto, en algunas entrevistas Foucault fue precisando su perspectiva de las libertades individuales o los derechos humanos. Ya se ha visto que en Foucault el derecho ha cumplido históricamente una función estratégica, tanto para los gobernantes como para quienes se resisten al poder. En una entrevista de 1984 en *libération*, antepone los derechos humanos a los abusos de los gobernantes. Se refiere a una “ciudadanía internacional” que tiene sus derechos y deberes, y busca rebelarse contra todo abuso de poder, cualquiera que sean sus autores y sus víctimas (Foucault, 2001a, pp. 1526-1527). En carta abierta al primer ministro Bazargan, del régimen de Khomeini en Irán, publicada en *le nouvelle observateur* en abril de 1979, Foucault le reclama sobre los procesos sumarios y las ejecuciones sin juicio a los opositores del gobierno, manifestándole que los gobiernos tienen unos deberes con sus gobernados; entre ellos, el de respetarles unos derechos “intangibles” cuando son objeto de un juzgamiento o de un proceso (2001b, pp. 781-782).

Comenta Sorrentino que Foucault no se limita a fundamentar sus críticas en una filosofía de la contingencia, privada de contenido normativo. En efecto, hace referencia a los criterios de juicios, como el derecho de ciudadanía, los derechos humanos, la infelicidad; a partir de los cuales es posible valorar el alcance de las relaciones de poder. Dice el filósofo italiano que en muchos apartes de la obra de Foucault no es posible encontrar alguna posibilidad de la argumentación a partir de contenidos normativos. No obstante, en sus últimas obras revalúa su modelo de la verdad como combate, descrita en el curso *Defender la sociedad* (Foucault, 2000a). La idea según la cual la verdad no existe es una simplificación inaceptable para Foucault, y tampoco es una construcción. Lo que se construyen son los juegos de verdad, es decir, los procedimientos para su obtención (Sorrentino, 2008, pp. 108-109).

Foucault, en sus últimas lecciones poco antes de morir, *Courage de la vérité, Cours au Collège de France 1983-1984*,³⁰ muestra interés por la *parresía* y narra las dos tradiciones sobre la verdad en la antigüedad, tomadas de los

³⁰ Este curso solo se publica en francés en este año, 2009. Al momento, no se conoce versión alguna del mismo en español en nuestro medio.

diálogos de Platón en *Alcibiades mayor* y en *Laques*. En *Alcibiades mayor*, el tema central es el del objeto del cuidado de sí: el alma. A través de la contemplación del alma se hace posible el acceso a la verdad, una verdad que trasciende lo sensible; por lo que se presenta un fundamento metafísico de la verdad. En cambio, “en *Laques* la reflexión gira alrededor de la forma existencial que debe asumir el cuidado de sí, es decir, cómo deber ser una vida que se ocupa de sí y que, ocupándose de sí, accede a la verdad”. Se encuentra aquí el tema de la existencia, del *bios* como obra bella. Por lo tanto, la primera es una concepción teórica de la verdad y la segunda cierta forma de una práctica de vida. Para el platonismo prevalece la primera concepción de vida y para el cinismo la segunda. Las dos formas de verdad corresponden a distintos procedimientos de gobierno sobre el sí; en la primera se introyecta una verdad externa al sujeto, mientras que la segunda se origina en el mismo individuo.

Según Sorrentino, para Foucault el diálogo asume un papel central en la tradición de los cínicos. El diálogo cínico se asemeja a una lucha o una batalla en la que el sujeto tiene derecho a la palabra. El poder en este ámbito no es conducir al interlocutor a una nueva verdad o un nuevo nivel de autoconciencia, sino llevar al interlocutor a interiorizar la lucha *parresiástica*. Se trata de un modelo de comunicación dialógica correlacionada con una estética de la existencia. Se procura una intersección de la ética y la política, donde se abra el espacio del diálogo. En política es un modelo orientado hacia el acuerdo y en lo personal una práctica orientada a proporcionar un estilo a la propia vida (Sorrentino, 2008, pp. 114-115). Finalmente, desde la antigüedad la práctica crítica de la *parresía* tiene como elemento fundamental el reconocimiento de sí, el cual se encuentra ligado al hecho de poder ser reconocido por otros (p. 111).

Con todo lo anterior puede decirse que en Foucault no hay rechazo ciego al normativismo ni al derecho, ni mucho menos a los ideales filosóficos de las libertades individuales. Lo que rechaza Foucault es que exista o se justifique una sede, como el poder de soberanía o las diversas instancias normalizadoras de la sociedad que se conviertan en conductoras de la verdad o los ideales. En efecto, el poder de soberanía requiere de instituciones y órganos para llevar a cabo un ideal filosófico. Tales instituciones terminan por tejer unas relaciones de poder en las que algunos hombres finalmente acabarán sacrificados en nombre de tal ideal. En Foucault, frente al Estado o el poder

de normalización, hay una línea en la que el ideal filosófico termina con un efecto negativo si pasa por la institución para su implementación: las relaciones de dominación o las constituciones de subjetividades de exclusión.

El caso de las intervenciones corporales es paradigmático en la denuncia que hace Foucault sobre la gestión de los ideales filosófico-jurídicos por parte de las instancias de poder. A fin de hacer realidad los derechos fundamentales, se fundan instituciones que aseguren su implementación, como los jueces, los fiscales, la policía o el legislador, que establecen sistemas punitivos en los que aparecen los mecanismos de prevención del riesgo para tales ideales, en conjunción con los poderes de normalización social. Entre estos mecanismos se encuentran las intervenciones corporales que implican restringir los derechos fundamentales para obtener la verdad jurídica, como condición para llegar al sistema punitivo. De esta forma, los ideales filosóficos para su aseguramiento en la sociedad requieren del sacrificio de los mismos; pero un sacrificio que no aplica para todos, sino para aquellos que son excluidos de los circuitos económicos o sociales. Por ello, aun en nombre de los derechos fundamentales, es habitual la generación de subjetividades de exclusión como el “sujeto sospecho”.

En consonancia con su postura negativa frente a las instancias del poder, como el de soberanía, de implementar la verdad o las libertades, Foucault –por su forma de pensar la moral– tiene una apuesta filosófica que puede compendiarse con sus propias palabras, en el año 1984, así:

como un arte de la existencia, o mejor, como una técnica de vida. Se trataba de saber cómo gobernar la propia vida para darle la forma más hermosa posible (a los ojos de los otros, de uno mismo y de las generaciones futuras para las que podría servir de ejemplo). He aquí lo que he intentado reconstruir: la formación y el desarrollo de una práctica del yo que tiene por objetivo el constituirse a uno mismo en tanto que obrero de la belleza de su propia vida. (Foucault, s.f., p. 234)

A continuación se ahonda aún más en cómo funciona ese mecanismo según el cual se termina por generar subjetividades de exclusión, como la del sujeto “sospechoso” en las prácticas judiciales punitivas, para asegurar los ideales filosófico-políticos de los derechos fundamentales en el ámbito del liberalismo.

Los derechos fundamentales, el biopoder y el gobierno de los deseos en el liberalismo

En Foucault, una de las tesis que se busca apuntalar es que, detrás de los discursos de los iusfilósofos normativistas de tipo conflictivista sobre los derechos fundamentales, sus restricciones y la proporcionalidad, existen unas técnicas gubernamentales y socio-económicas de gestión del acontecimiento, o de lo aleatorio sobre el medio en que se desenvuelve la población. Aunque no se niega que los derechos fundamentales son unas creaciones de la razón humana y contienen unos ideales deseables para una sociedad como la colombiana, hay que verlos más bien como una forma de gobierno por parte del Estado, tal cual son descritos y aplicados en el caso de las intervenciones corporales, por parte de la jurisprudencia y la doctrina filosófica jurídica reseñadas.

Una de las falacias que se presenta con respecto a los derechos fundamentales es que con la proporcionalidad se da una especie de trasmutación, de algo que tiene un carácter axiológico hacia la regla jurídica, dando la apariencia de que se aplica es la ley y no un juicio filosófico-político o axiológico del juez. En efecto, se estudió cómo la Corte Constitucional considera que el legislador tiene la libertad de configurar las intervenciones corporales y que son aplicables por los jueces, siempre y cuando se respete la proporcionalidad. Este juicio tiene como componente central medir la intensidad de la aflicción al derecho fundamental con respecto a los siguientes intereses: “asegurar la conservación de la prueba” para investigar los delitos, el “interés general”, el “interés público”, “proteger a la comunidad”, proteger los bienes jurídicos tutelados penalmente, “a las víctimas del delito” y garantizar que la investigación se cumpla con el respeto del debido proceso.³¹

Esta medición de intensidades en la afectación a los derechos fundamentales, a fin de proteger otros derechos o intereses en la justificación de una intervención corporal, tiene de por sí la plantilla de la filosofía utilitarista mencionada anteriormente. Se analizó cómo el liberalismo se caracteriza por mantener una relación de “producción/destrucción con la libertad”,

³¹ Véase *Los derechos fundamentales y el caso de las intervenciones corporales en la sentencia C-822 de 2005 de la corte constitucional*.

que es lo que se denomina seguridad. Por un lado, se produce la libertad y por el otro se establecen coerciones o restricciones apoyadas en amenazas. Se legitiman el derecho y la razón para intervenir en los juegos de intereses, para medir si tal o cual individuo, tal o cual cosa o bien, se enfrenta a los intereses de todos. Hay un cálculo de proporcionalidad en la intervención del Estado para asegurar las condiciones de libertad.

Se puede utilizar la metáfora del caballo de Troya para explicar el fenómeno según el cual, con el juicio de proporcionalidad, se muta la condición de un concepto filosófico o axiológico a la calidad de una regla jurídica, ya que permite el ingreso de los diversos intereses que se encuentran en conflicto dentro de la sociedad civil al ámbito de las reglas jurídicas. Los intereses de los sujetos de la sociedad civil que tienen autonomía o libertad frente al poder de soberanía se hacen valer por vía del juez cuando aplica la proporcionalidad. En otras palabras, cuando el juez hace uso de éste no aplica propiamente la ley, sino que se trasmutan en regla jurídica los intereses filosóficos, políticos o axiológicos que se generan espontáneamente en la sociedad civil en la que se encuentra inserto el juez.

Con la técnica de la proporcionalidad para intervenir en los derechos fundamentales por parte del Estado, se asiste a una “naturalización” de las justificaciones para restringir los derechos fundamentales. Esa naturalización se inserta en el mundo del derecho cuando la Constitución Política pone los derechos fundamentales por encima del sistema jurídico. Los jueces se convierten en filósofos políticos o morales, en la medida en que ellos interpretan los diversos intereses que encuentran en la comunidad política, con miras a medir la intensidad de una intervención corporal, por ejemplo, según los intereses que se encuentren en conflicto en un momento determinado. Poner los derechos fundamentales como principio y fin del Estado “naturaliza” las razones o motivos de las restricciones de los mismos. Aquí se cumple uno de los asertos de Foucault, cuando afirma que la ley siempre está buscando su fundamento en algo diferente a sí misma.

Hay que explicar que no se trata de que los derechos fundamentales sean el gobierno de los deseos, sino que la filosofía del derecho que pregona el normativismo de tipo conflictivista, concibiendo los derechos fundamentales como restringibles, mediante la técnica racional de la proporcionalidad, lleva a que las personas y la población sean gobernadas a partir de

sus propios deseos o intereses. Por tanto, los intereses que surgen “natural” o espontáneamente en la misma sociedad son el insumo a partir del cual el poder de soberanía interviene para asegurar las condiciones de libertad de los individuos que la conforman. Ya se estudió ampliamente cómo, en el liberalismo, las prácticas gubernamentales arbitran a cada instante la libertad y la seguridad con base en la noción de peligro. A continuación, se analizan los condicionamientos del juicio de proporcionalidad para restringir los derechos fundamentales a fin de obtener la verdad jurídica con las intervenciones corporales:

1. Es condición de proporcionalidad que si se trata de medidas restrictivas para los derechos fundamentales se encuentren legalmente configuradas. Se busca la división de poderes para evitar el absolutismo en lo relacionado con medidas restrictivas a los derechos fundamentales. A pesar de lo loable del argumento, el caso concreto de las intervenciones corporales contiene la falacia de la circularidad o el vicio de la redundancia, en el sentido de que la medida es proporcional si se funda –entre otros requisitos– en la soberanía de la ley, pero a su vez esta ley debe cumplir con el principio de proporcionalidad. Por lo tanto, la proporcionalidad se apoya en sí misma. No obstante, la ley no es la proporcionalidad misma, sino que ésta es un juicio que hace el juez en el caso concreto. Por lo tanto, en lo que se refiere a la proporcionalidad se llega a la soberanía de los jueces. También aquí la ley busca fundarse en algo diferente a sí misma.

La soberanía de los jueces cuando basan su decisión en el juicio de proporcionalidad no tiene un control distinto que en ellos mismos. Con la proporcionalidad de las intervenciones corporales en el caso colombiano el juez se convierte en el depositario único de la justicia y la verdad. Entonces, se estructura en estos casos un sistema de justicia en que la soberanía del juez es la autoridad última, que se impone incluso sobre la ley. Ya no atañe a la razón de Estado en cabeza del monarca de la época clásica europea, pero sí versa sobre una autoridad soberana que solo se somete a sí misma.

2. También es condición de proporcionalidad que sea un juez el que decida en el caso concreto la medida restrictiva. Esta exigencia también se basa en el principio de división de poderes, que es uno de los componentes basilares del Estado de derecho y presupone que, en materia

sancionatoria o restrictiva, el juez se encuentre sometido a la soberanía del legislador. No obstante, en lo relacionado con los derechos fundamentales la misma Corte Constitucional colombiana ha dicho: “hoy con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela”.³² Cuando se fundamenta la restringibilidad de los derechos fundamentales con base en que el juez es el legitimado para decidir en el marco de la división de poderes, se incurre en la falacia de tomar la parte por el todo; ya que, si bien es el juez quien decide, no lo hace en el contexto de la división de poderes.

Esta problemática del juicio de proporcionalidad replantea la relación entre la ley y el derecho, o entre la ley y la equidad. Si un sistema punitivo obedece a la legalidad, dice Ferrajoli, la única forma de equidad admisible es la que se subordina a la ley. En el ámbito punitivo la equidad no puede ser invocada para sobrepasar a la ley, sino solo para aplicarla. La aplicación de la ley al caso concreto es en realidad una actividad cognoscitiva que requiere dos condiciones necesarias, cada una de ellas insuficiente: la verificación y la comprensión. Es precisamente, en la “prudencia”, “comprensión” o “discernimiento” de las diferencias donde Aristóteles identificaba la virtud de la equidad (Ferrajoli, 1995, p. 164).

En los eventos en que el juicio de proporcionalidad se usa para restringir derechos fundamentales con el propósito de obtener la verdad para el proceso, se está haciendo uso de una forma de “equidad” mediante la cual el juez, en el caso en concreto, restringe gradualmente un derecho fundamental, para efectos de proteger otros intereses diversos de igual o mayor valor, según lo juzgue el mismo juez. En el caso en estudio, se discurre sobre un juego de pesos de intereses en conflicto, a partir del cual el juez define la restricción a un derecho fundamental, que permite intervenir el cuerpo de una persona para obtener la verdad jurídica.

Con la detención preventiva se activa una práctica judicial que se volvió muy recurrente en la modernidad, sobre todo con la irrupción de la subjetividad del “hombre peligroso” del siglo XIX: la de castigar sin condena. En la época contemporánea, con la subjetividad del “hombre sospechoso” se ha

³² Corte Constitucional, Sentencia T-406/92, M.P: Ciro Angarita Barón.

generado una multiplicación de modalidades de castigos suaves, sin condena, a fin de obtener la verdad jurídica de mano de los vertiginosos avances científicos en la medicina, la electrónica o las comunicaciones. El personaje central de estas medidas es el juez, quien en su decisión restrictiva tendrá que ponderar entre el derecho a la libertad del presunto criminal y los diversos intereses de Estado; como la seguridad pública o la protección de las víctimas, entre otros. Puede decirse que en la actualidad y con el principio de proporcionalidad, los jueces están aplicando un concepto de “equidad” en el ámbito punitivo que sobrepasa la misma legalidad y va contra el ideal de la presunción de inocencia. Es decir, una “equidad” que presume la culpabilidad de la persona. En términos de Ferrajoli, se crea un sustancialismo en el que solo interesa la fidelidad al Estado, a las autoridades o al orden jurídico, con tendencia al Estado absoluto (pp. 362-363).

3) Otro de los condicionamientos de proporcionalidad para las medidas restrictivas a los derechos fundamentales son los motivos fundados. Estos constituyen lo que se ha denominado aquí como el acontecimiento que activa la intervención en los derechos fundamentales en las prácticas judiciales. Cuando la intervención la realizan los jueces, el acontecimiento tiene unas características muy diversas con respecto al evento en que la ley autoriza a la policía para realizar las intervenciones sobre la población, en cumplimiento de sus funciones de control del orden público.³³

El acontecimiento como condición de la técnica de la proporcionalidad implica realizar una serie de juicios de probabilidad para justificar la restricción al derecho fundamental: probabilidad de delito, probabilidad de responsabilidad criminal, riesgo para la comunidad, peligro para las víctimas del delito, peligro para el orden público o el orden jurídico, riesgos para la verdad jurídica o en general para la justicia. En el acontecimiento no interesa solo el individuo, sino también el “medio” en que se inserta en la vida social. Por este motivo, no es extraño que en Colombia las medidas restrictivas a fin de obtener la verdad jurídica ocurran de manera masiva o sobre ciertos sectores poblacionales.

³³ Véase *El biopoder: la seguridad y el gobierno del acontecimiento*.

El acontecimiento genera una verdad probable que justifica la intervención en el derecho fundamental en aras de obtener la verdad jurídica, que justifique a su vez la condena. En principio, los jueces solo deberían tener como acontecimiento legítimo el que se genera a partir de una probabilidad de responsabilidad del imputado, con base en la verdad jurídica allegada a la investigación criminal. Por su parte, la policía tiene como acontecimientos que activan sus intervenciones de control del orden público precisamente los peligros que generen las personas o los sectores de la población para ese orden. No obstante, según los acontecimientos políticos, históricamente los jueces actúan con base en los informes de policía, que a su vez son producto de su actividad de control del orden público. De esta forma, los jueces terminan tomando decisiones muy graves en contra de ciertos sectores de la población, como las detenciones o allanamientos masivos.

Estos acontecimientos dependen la mayoría de las veces de las presiones de la sociedad civil, por lo que los jueces en el juego seguridad-libertad se convierten en el gobierno de los deseos de la misma población.

4) También la llamada proporcionalidad en estricto, o test de ponderación, hace parte del juicio de proporcionalidad. En ésta se ponen en una balanza asuntos como la seguridad científica de la medida, sus condiciones técnicas de higiene, la confiabilidad en sus resultados o la humanidad para el imputado, con respecto a intereses como el de “asegurar la conservación de la prueba”, el “interés general”, el “interés público”, “la protección a la comunidad”, la protección de los bienes jurídicos tutelados penalmente y “a las víctimas del delito”, y la garantía de que la investigación se cumpla con el respeto del debido proceso. En suma, se ocupa de analizar la intensidad de la aflicción al derecho fundamental con respecto a los intereses de Estado y la sociedad civil. Tanto en el punto anterior como en el presente es donde se manifiesta con toda su fuerza la “naturalización” de la justificación para las medidas restrictivas a los derechos fundamentales.

Con estas medidas los jueces se insertan por completo en el gobierno de los deseos de la población. El juez se ubica en las fuerzas presentes en la sociedad civil y de allí parte para tomar sus decisiones. Ya no es propiamente el poder de soberanía el que decide, sino que gestiona o administra, interviniendo en el “medio” en que se asienta la población para controlar

sus fuerzas, y poner unas fuerzas de la sociedad contra otras. Aprovechar unos intereses de la sociedad para luchar contra otros.

Todos esos juicios sobre el peso de los diferentes intereses son estratégicamente polivalentes. Ponderar la importancia del crimen con respecto al derecho a la intimidad del imputado es un juicio que puede resolverse tanto a favor del interés del Estado como de la población (porque es muy importante la intimidad de las personas). Resolver sobre el peso que tiene el interés general o la protección de la comunidad puede significar tanto que, una determinada conducta, por ejemplo, de tipo sexual, resulte muy abominable por la corriente psicológica que sigue la comunidad; o quizás sea más importante proteger el libre desarrollo de la personalidad del imputado. El peligro para las víctimas es un asunto que tiene que ver con la soberanía del Estado para castigar, y también con que se tengan en cuenta los fenómenos sociales de la lucha por el reconocimiento de las diferencias. Es posible una intervención grave en el cuerpo de las personas con el argumento de que se hace uso de una técnica científica “humanizada” y confiable. En suma, se da una nueva fundamentación para restringir los derechos fundamentales: la naturalidad de los diversos intereses que se presentan en una sociedad determinada.

Con todo lo anterior no se quiere esbozar que las intervenciones corporales que realice la policía o los jueces sean o no ilegítimas, sino evidenciar las posibles vías de excesos en este tipo de técnicas de hacer justicia, los tipos de subjetividades que se generan, las nuevas formas de exclusión de los individuos, y señalar cómo las formas de verdad jurídica se encuentran conectadas con los poderes que se generan en una sociedad. También se manifiesta cómo los conceptos filosófico-políticos denominados derechos fundamentales se convierten en una forma de gobernar a las poblaciones en la época contemporánea, al menos en el caso que se ha estudiado.

Esta problemática del Estado liberal como administrador de las libertades da la idea de una línea que comienza con el ideal filosófico, prosigue con unas instituciones u organizaciones ligadas al poder de soberanía, tales como el juez o las formas de verdad jurídicas para su implementación, y termina con la sujeción o dominación de ciertos sectores de la población. No obstante, no se quiere plantear que el ideal filosófico o axiológico lleve a la dominación, como lo insinúa Agamben, sino que la exclusión se instaura cuando el ideal filosófico se le entrega al poder de soberanía para su gestión

o administración. Precisamente, Deranty le crítica a Agamben que incurra en una indistinción de conceptos bajo una dialéctica en la que dominación y libertad se convierten en lo mismo. Según Agamben, cuanto más se liberan los individuos de la autoridad mediante la adquisición de nuevos derechos, más se someten simultáneamente al biopoder. Esta dialéctica lleva a suponer una línea continua desde el *habeas corpus* de 1689 hasta las leyes eugenésicas de Nuremberg (1933); sobre la cual se perfilará mejor la silueta del cuerpo del sujeto, expuesta cada vez más directamente a la soberanía; es decir, a la excepción, en la cual la violencia absoluta se convierte en una real posibilidad (Deranty, 2007, pp. 242-243).

Sobre esta misma cuestión de la línea planteada que va del ideal filosófico a la institución y termina con nuevas formas de sujeción, es pertinente analizar las teorías filosóficas de las luchas por el reconocimiento; herederas críticas de la teoría comunicativa del derecho y la democracia, del filósofo Axel Honneth, y del acercamiento que Deranty (pp. 249-250) menciona entre estas teorías y el pensamiento de Foucault. Sin embargo, hay que advertir que Foucault nunca dio un paso expreso y consciente hacia esa alternativa filosófica. Aunque Deranty menciona a las teorías de las luchas por el reconocimiento, es pertinente abordar algunas de las particularidades que plantea Honneth, y en qué medida se pueden acercar o alejar en algunos puntos de la obra de Foucault.

Plantea Honneth que las teorías liberales de procedencia kantiana establecen de manera insuficiente el conjunto de condiciones necesarias para el disfrute de la libertad (Honneth, 1992, pp. 157 y ss.). Para Honneth, el objeto de la distribución no son las libertades individuales sino las esferas de comunicación social en las cuales los individuos pueden obtener reconocimiento. No atañe solamente a una distribución justa de los derechos y de los recursos, sino más bien al aseguramiento de las condiciones sociales que hacen posible que los individuos alcancen su autorrealización individual en las sociedades modernas. En este sentido, se constituye una teoría normativa de la justicia social que discurre, en la forma de una reconstrucción de las condiciones necesarias de la autonomía individual, sobre cuáles esferas sociales debe comprender o disponer una sociedad moderna para poderle asegurar a todos los individuos la oportunidad para la realización de su autodeterminación o su libertad.

El reconocimiento de la persona depende no solamente de que obtenga de todos los demás el respeto de sus derechos (pretensiones universales que le corresponden como miembro de una comunidad de derecho), sino de que reciba un trato afectivo, cuidadoso y amoroso en el nivel de sus relaciones familiares y amistades íntimas, y que sea valorable por sus capacidades y particularidades en el ámbito de sus relaciones laborales. La negación del reconocimiento en cada uno de estos niveles afecta de forma diferente la conformación de la personalidad, así como la constitución de su autonomía e idoneidad personal. Por lo tanto, el Estado debe tomar medidas para evitar todas las formas de menosprecio que pueden darse contra las personas: en el campo emocional, evitar el maltrato y la violación a la integridad física; en el de la atención cognitiva, implementar medidas que prevengan la desposesión de derechos y la exclusión, y propender por la integridad social de la persona; en el de la valoración social, tomar medidas de carácter positivo o negativo para evitar que las personas sean objeto de injurias o trato indigno contra el honor y el buen nombre (pp. 157-159).

Estas ideas de Honneth tienen conexión con algunos planteamientos de Foucault, en tanto le dan importancia a los poderes que se instauran en el ámbito social, en el que se trenzan unas relaciones que inciden en el ámbito afectivo, emocional o cognitivo de las personas, por lo que podrían presentarse excesos que terminen en relaciones de dominación. En Foucault, las relaciones de poder son las que le dan el carácter activo a la sociedad, razón por la que no se pueden descalificar de entrada. Su principal preocupación son los excesos que pueden darse en diversos ámbitos de la vida social, tanto en lo afectivo como en lo cognitivo o lo emocional; y allí radica precisamente el papel de la filosofía analítica del poder: denunciar o hacer visibles las relaciones de dominación y luchar contra ellas. En Honneth y Foucault existe una visión de los derechos como algo que es objeto de lucha permanente y de utilización estratégica; por lo que ambos autores rechazan una visión de los derechos de carácter central, universal, y como algo dado por la razón o la naturaleza.

Desde la perspectiva de Foucault, el gran problema que puede verse es el de los mecanismos para realizar los controles de estos excesos en el poder sin que los mismos estén concentrados en el poder de soberanía o en los aparatos del Estado. Ya hemos visto cómo Foucault rechaza la idea de la concentración de los mecanismos del derecho en el poder de soberanía, y

propugna porque se desprendan del mismo. Por el contrario, es claro que Honneth termina justificando una intervención del Estado con el fin de aliviar la situación del desposeído o a favor de quien se le afecten los derechos. Sin embargo, se cae en el problema de cómo limitar, a su vez, el nivel de intervención del Estado.

Se entraría así, en el caso de Honneth, a un tipo de discurso justificacionista del poder de soberanía, que es rechazado expresamente por Foucault. Así, se cae nuevamente en la crítica foucaultiana según la cual la implementación de los ideales por medio de las instituciones del Estado desemboca en nuevas formas de sujeción o dominación.³⁴ En suma, se hace muy dudosa la aproximación que dice ver Deranty entre Foucault y la teoría de la lucha por el reconocimiento de los derechos de Honneth.

Por ejemplo, en el caso de las prácticas judiciales colombianas, la implementación de las instituciones y órganos para hacer valer la efectividad de los derechos fundamentales lleva a generar nuevas aflicciones a los mismos derechos fundamentales. Con la finalidad de hacer efectivos tales ideales, el legislador estructura las intervenciones corporales a fin de obtener la verdad jurídica que pueda fundar una condena al delincuente. En aras del ideal, se estructuran unas pruebas corporales que tienen asignadas un grado variable de aflicción sobre la persona que se realizan. El saber entra al proceso judicial punitivo con sangre, como ha ocurrido desde la antigüedad. En términos contemporáneos, el saber se obtiene con restricciones, limitaciones, aflicciones, supresiones de los derechos fundamentales. La verdad no solo es condición para imponer la violencia al momento de la sentencia; sino que para lograr la verdad también hay un ejercicio de supresiones o restricciones a los derechos fundamentales. Por ende, en las prácticas judiciales hay violencia para obtener la verdad, y a su vez, la verdad permite la legitimación de la violencia.

Véase cómo ocurre algo similar a lo anterior con otra forma de obtener la verdad, que aunque no involucra el cuerpo físico, sí se dirige a su alma: la confesión. En la actualidad se han instaurado una serie de admisiones de

³⁴ Véase *Los derechos fundamentales, el biopoder y el gobierno de los deseos en el liberalismo*.

hechos, allanamientos a los hechos o imputaciones, presionados por unos premios o unos beneficios. Con esto se crea una modalidad de confesión premiada que, más que una forma común de verdad, es una forma de ordalía en la que el inquiridor persigue que el acusado confiese por medio de los placebos, para obtener así el fundamento de la sentencia condenatoria que busca y justificar su actividad.

También en la confesión se encuentra un ejemplo de cómo los jueces gobiernan con los deseos del administrado. En estos casos se percibe más bien un uso exacerbado de la filosofía utilitarista que un efecto querido o buscado por la misma, ya que en esta modalidad de confesión existe una evidente instrumentalización de la persona. En efecto, con esta manera de proceder a partir de los deseos, el justiciable se ve movido a someterse a la sentencia condenatoria a partir de sus propios intereses, como el de obtener un beneficio. Si el justiciable en la ordalía judicial es vencido por su deseo, entonces se le considera culpable. En realidad, esta forma de obtener la verdad se importó a Colombia desde fines de los años 80 y se generalizó con la nueva ley procesal penal de 2004.

Referencias

- Alexi, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- _____. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Asencio Mellado, J. M. (1989). *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Trivium.
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucional.
- Chinchilla, T. E. (1999). ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?. Bogotá: Temis.
- Deranty, J-P. (2007). Derecho y democracia, entre dilución biopolítica y reconstrucción normativista: Agamben, Foucault, Habermas, Honneth. En Cusset y otros. *Habermas / Foucault, trayectorias cruzadas, confrontaciones críticas* (233-254). Buenos Aires: Nueva visión.

- Etxeberria-Guridi, J. F. (1999). *Las intervenciones corporales: su práctica y su valoración como prueba en el proceso penal, inspecciones, registros y extracción de muestras*. Madrid: Trivium.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- _____. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- _____. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Foucault, M. (s.f.). El interés por la verdad. En: Foucault. *Saber y verdad* (229-242). Madrid: La piqueta.
- Foucault, M. (1988). *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI.
- _____. (1990). *Tecnologías del yo y otros textos afines*. Barcelona: Paidós.
- _____. (1999). *Estética, ética y hermenéutica, obras esenciales, v. III*. Barcelona: Paidós.
- _____. (2000a). *Defender la sociedad, curso en el Collège de France (1975-1976)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- _____. (2000b). *La voluntad del saber, historia de la sexualidad I*. México: Siglo XXI.
- _____. (2001a). Face aux gouvernements, les droits de l'homme. En *Dits et écrits II, 1976-1988*. Paris: Gallimard.
- _____. (2001b). Lettre ouverte à Mehdi Bazargan. En *Dits et écrits II, 1976-1988* (781-782). Paris: Gallimard.
- _____. (2003). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- _____. (2006). *Seguridad, territorio, población: curso en el Collège de France (1977-1978)* (Trad. Horacio Pons). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- _____. (2007). *Nacimiento de la biopolítica, curso en el collège de France (1978-1979)* (trad. Horacio Pons). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Gómez Amigo, L. (2003). *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*. Navarra: Aranzadi.
- González-Cuéllar Serrano, N. (1990). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex.
- Habermas, J. (2008). *El discurso filosófico de la modernidad*. Buenos Aires: Katz editores.
- Hobbes, T. (1999). *Tratado sobre el ciudadano*. Madrid: Trotta.
- Honneth, A. (1992). *La lucha por el reconocimiento*. Barcelona: Grijalbo.
- Huertas, M. I. (1999). *El sujeto pasivo del procedimiento penal como objeto de la prueba*. Barcelona: Bosch.

- Iglesias Canle, I. C. (2003). *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*. Madrid: Colex.
- Lopera Mesa, G. P. (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales.
- Parra Quijano, Jairo. (1999). El cuerpo humano y su utilización como evidencia probatoria. En *XX congreso colombiano de derecho procesal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rousseau, J-J. (1988). *El contrato social*. Barcelona: Tecnos.
- Schmitt, C. (1991). *El concepto de lo político* (trad. Rafael Agapito). Madrid: Alianza Editorial.
- _____. (2001). *Teología política I, cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía*. En H. Orestes Aguilar, *Teólogo de la política* (pp. 18-167). México: Fondo de Cultura Económica.
- Sorrentino, V. (2008). Crítica, verdad y argumentación en el último Foucault. *Revista Laguna*, (23), 91-116. Tenerife: Universidad de Laguna.
- Voirol, O. (2007). Crítica genealógica y crítica normativa. En Cusset y otros. *Habermas / Foucault, trayectorias cruzadas, confrontaciones críticas* (127-148). Buenos Aires: Nueva visión.