



¿Puede ingresar Foucault a una Facultad de Derecho?

Julio González Zapata

Profesor de la Facultad de Derecho y
Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.
Correo electrónico: juliogzapata@yahoo.com

¿Puede ingresar Foucault a una Facultad de Derecho?*

Resumen

Este artículo explora la posibilidad de hacer un uso más intenso y extenso de los instrumentos teóricos elaborados por el filósofo francés Michel Foucault en las facultades de Derecho nuestras. Para tal efecto se hace una categorización de la forma como los profesores de nuestras facultades asumen su tarea y se muestra que muchos de los obstáculos para una mirada foucaultiana del Derecho, tiene que ver con un obstáculo y con la no utilización de una posibilidad. El obstáculo es el pensamiento ontologista sobre el Derecho y por consiguiente la casi inexistente lectura del Derecho en términos estratégicos.

Palabras clave: Derecho, ontología, estrategia, dignidad humana.

* Versión escrita de la intervención del autor en el Coloquio *Usos y lecturas de Foucault*, organizado por el Instituto de Filosofía y el Grupo de Investigación Filosofías de la Alteridad del Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia. Medellín, octubre 24 de 2008.

¿Puede ingresar Foucault a una Facultad de Derecho?

Foucault no combate los poderes establecidos en nombre de un poder más noble y más humano: los combate simplemente porque no son más legítimos que las fuerzas o resistencias que se oponen a ellos.

José-Guilhemme Merquior

Podría preguntarse si hay algo en la obra de Foucault que sea distinto a una continua incitación a leerla y a usarla. La obra de Foucault se lee con placer¹ y se usa por mil motivos. Él mismo invita a usarla a la manera de unos lentes que uno se pone cuando le permiten ver mejor y los bota cuando le obnubilan la mirada. A semejanza de El Quijote, sus obras se pueden utilizar para recorrer el mundo, pero a diferencia del hidalgo manchego su lectura no promete un mundo lleno de Dulcineas, ni yelmos de Mambrino, ni gigantes, ni castillos encantados, ni islas para gobernar; es una invitación al desencanto vigilante, al pesimismo activista. Como diría alguien, la obra de Foucault es el fruto de unas manos cuidadosas y precisas que tomaron el bisturí y el fino corte llegó hasta los huesos: la anestesia corre por cuenta del lector.

Foucault se puede usar y se ha usado en muchos campos y de muchas maneras. Lo usan los historiadores, los filósofos, los criminólogos, los pedagogos, los politólogos; es imprescindible en los estudios de género y en los interculturales; para la comprensión de las minorías de toda clase y hasta los neoliberales para justificar sus políticas.² Las agencias de publicidad para encantar ingenuos. Y hay que decir que también lo usan algunos abogados.

Se podría preguntar cuáles de esos usos son bien intencionados, cuáles desdeñosos o cuáles ignorantes. Pero el uso adecuado o inadecuado de Foucault no es ni el objeto del coloquio, y a él más que a nadie, poco le interesaría.

No vuelvan una y otra vez sobre cosas que ya he dicho. Ni bien las enuncio las olvido. Todo lo que he dicho en el pasado es algo absolutamente sin importancia. Escribimos algo tras haberlo usado intensamente en la cabeza. Pensamiento exangüe, he ahí lo que escribimos. No me interesa lo que he escrito. Es lo que podía escribir y hacer lo que me interesa.³

¹ No es gratuito que se le haya considerado uno de los mejores escritores franceses del siglo XX.

² Ver, entre otros: BOURDIEU, Pierre. *La filosofía, la ciencia, el compromiso*. págs. 253 y ss; ERIBON, Didier. *El arte de la insumisión*. Pág. 9 y ss. VEYNE, Paul. *Un arqueólogo escéptico*. En: *El infrecuente Michel Foucault. Renovación del pensamiento crítico*. Actas del Coloquio Centro George-Pompidou (junio 21-22 de 2000). Ediciones Letre Viva-EDELP. Buenos Aires, 2004.

³ FOUCAULT, Michel. En: VEYNE, Paul. *Un arqueólogo escéptico*. En: *El infrecuente Michel Foucault. Renovación del pensamiento crítico*. Op. cit. pág. 86

A veces, desde fuera del derecho es muy difícil hacer una distinción entre éste y la criminología y aún, entre derecho y política. Pero sus relaciones tan íntimas a veces, tan problemáticas siempre, no nos pueden llevar a confundirlos ni mucho menos a asimilarlos. Mi propósito no es señalar criterios para diferenciarlos, sino para delimitar mi tema en este coloquio. Desde *La historia de la locura en la época clásica* (1961) hasta *Vigilar y Castigar* (1975), el nombre y las ideas de Foucault no han cesado de mencionarse en la criminología crítica, el control social y la cárcel. La gubernamentalidad, la disciplina, la biopolítica, las sociedades de seguridad, se han convertido en referentes obligados en los estudios políticos. De alguna manera, entonces, sería redundante y un poco inútil insistir en los usos de Foucault en esos campos. Pero probablemente en el derecho, su uso ha sido muy limitado y pienso que esta es una buena oportunidad para intentar examinar de qué manera podría utilizarse en este campo, no en términos abstractos, sino lo más concreto que sea posible: hasta dónde se puede utilizar a Foucault en una facultad de derecho como las nuestras. Quisiera hablar, entonces, de algunos obstáculos e insinuar algunas posibilidades, para el uso de Foucault en las facultades de derecho.

No creo que el uso tan limitado y marginal que se ha hecho de Foucault en el derecho sea gratuito; pienso que hay, en la manera como concebimos los abogados el derecho y como lo practicamos, una serie de obstáculos que nos impiden hacer un uso más intensivo y extensivo de Foucault, porque sus obras, también en este campo, nos dan abundantes indicaciones que están a la espera de ser utilizadas.⁴

Por eso le he dado el título que tiene esta charla (*¿Puede ingresar Michel Foucault en una facultad de derecho?*). Y quiero que se tome como una pregunta juguetona y si fuera posible llevando la exageración hasta el límite, casi con la misma risa que a Foucault le produjo leer ese texto de Borges con el que introduce *Las palabras y las cosas*. Es una difícil interpelación a Foucault sobre nuestra situación, con toda la distancia temporal y cultural que nos separa. No estoy hablando, entonces, de una posibilidad real ni siquiera de una utopía, sino, a lo sumo, de una heterotopía, es decir, de un lugar que existe solo cuando nos atrevemos a trastocar el orden familiar en el que nos movemos y vivimos. El intento de traer a Foucault a nuestras facultades, hoy, tendría entonces el sentido provocador de desafiar algunas comodidades, de

⁴ Sin embargo, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia se han hecho algunos trabajos de grado y se han publicado algunos artículos en los que se utiliza a Foucault: Juan Diego Vélez Maya y Hugo Alberto Castaño Zapata. *Formación de la Verdad en el discurso Jurídico*. Facultad de Derecho y Ciencias Política, Universidad de Antioquia. Tesis de grado; Luis Javier Quiroz Bastida y Luis Ignacio Zapata Jaramillo. *Foucault y el discurso Jurídico: una aproximación*. Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Política. Tesis de grado; Julián Andrés Muñoz Tejada. *Doctrina de la Seguridad Nacional. Relaciones entre saber y poder: discursos y prácticas*. En: *Estudios de Derecho*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Volumen 63 N° 142. Medellín, diciembre de 2006; David Orrego Fernández. *Para una historia judicial del cuerpo: aproximaciones a Michel Foucault*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Tesis de grado. 2008. Julián Andrés Muñoz Tejada. *La dogmática como comentario de la ley*. *Jurídica*, 4(1), Manizales, 2007. Pero en este escrito pretendo señalar algunas posibilidades y algunos obstáculos que pueden encontrarse para la utilización de Foucault en los cursos y en otras actividades cotidianas en las facultades de derecho.

retar algunos órdenes perfectamente aceptados y sobre todo de formular algunas inquietudes que pongan en duda algunas coherencias tan supuestamente sólidas.

Estamos hablando después de veinticinco años de su muerte⁵ y creo que embarcarlo en una empresa como éstas probablemente le produciría un gran malestar, porque esta empresa supondría necesariamente coagular algunos de sus enunciados para hacerlos aparecer donde él ya no está para burlarse de nosotros:

¡Cómo! ¿Se imaginan ustedes que me tomaría tanto trabajo y tanto placer al escribir, y creen que me obstinaría, si no preparara - con mano un tanto febril - el laberinto por el que aventurarme, con mi propósito por delante, abriéndole subterráneos, sepultándolo lejos de sí mismo, buscándole desplomes que resuman y deformen su recorrido, laberinto donde perderme y aparecer finalmente a unos ojos que jamás volveré a encontrar? Más de uno, como yo sin duda, escribe para perder el rostro. No me pregunten quién soy, ni me pidan que permanezca invariable: es una moral de estado civil la que rige nuestra documentación. Que nos dejen en paz cuando se trata de escribir.⁶

Y además, como nunca dejó de advertir, si algún sentido tiene el trabajo intelectual, es precisamente la continua indagación que modifique lo que ya se ha hecho y, sobre todo, a nosotros mismos: “Cuando un trabajo no es al mismo tiempo una tentativa para modificar lo que uno piensa, e incluso lo que uno es, no es muy divertido.”⁷

Pero pasemos por alto esta dificultad y vamos a suponer que Foucault, ese rostro que podemos reconstruir a partir del manojito de hojas que dejó escritas, pudiera hoy en día ser candidato a profesor en una facultad de derecho. Tendríamos que dar por supuesto, adicionalmente, que reuniera los requisitos que se exigen para ingresar a ellas; unas exigencias que bajo el ropaje de una pretensa meritocracia, realmente parecen ideadas para ahuyentar o excluir a tantos que pudieran ser muy buenos profesores y para acercar a aquellos capaces de llenar hojas de vida con títulos, escritos y protocolos de toda clase.

Confidencialmente me ha pedido que le informe sobre lo que se hace en una facultad de derecho y qué cursos como docente o qué proyectos como investigador podría ofrecer. En primer lugar, que le cuente qué se enseña en una Facultad de Derecho y quiénes serían sus colegas.

Sobre la primera pregunta le he contestado que se enseña derecho. Quedó desconcertado. Supongo que eso le puede parecer mucho y nada. Acostumbrado como está a preguntarse por cosas muy puntuales, como por ejemplo, los efectos que ha tenido sobre el saber médico la apertura de cadáveres, o cómo “la mirada clínica tiene esa paradójica propiedad de

⁵ Ocurrida el 25 de junio de 1984; había nacido el 15 de octubre de 1926.

⁶ FOUCAULT, Michel. *La Arqueología del Saber*. Trad. Aurelio Garzón del Camino, Editorial Siglo XXI, 21ª edición. México, 2003. pág. 29

⁷ FOUCAULT, Michel. *El cuidado de la verdad*. Entrevista con F. Ewald. En: FOUCAULT, Michel. *Estética, ética y hermenéutica. obras esenciales*. Vol. III. Trad. Ángel Gabilondo. Paidós. Barcelona, 1999. pág. 369

entender un lenguaje en el momento en que se percibe un espectáculo”,⁸ cómo se ha instalado en nuestras sociedades la prisión a partir de dispositivos tan elementales como la vigilancia jerárquica, el examen y la sanción normalizadora⁹ o cómo se ha constituido la subjetividad a partir de tecnologías tan sencillas como el cuidado de sí mismo,¹⁰ una respuesta como la mía, tiene que producir un desconcierto obvio.

Para alguien como él, que hacía sus investigaciones y escribía sus libros para bregar a plantearse una pregunta, debe ser difícil pensar en un mundo tan pletórico de respuestas y tan pobre en preguntas, como el derecho. “En nuestros días, cuando tantos ‘pensadores’ se precian de dar respuestas a preguntas cuya enunciación y pertinencia no han justificado, no es frecuente encontrar un hombre que necesita más de trescientas páginas para exponer una pregunta, encarar ‘quizá la reiniciación del trabajo y confesar: es verdad que no sé responder estas preguntas (...) Ni siquiera puedo adivinar si alguna vez podré responder a ellas o si algún día tendré razones para determinarme’”.¹¹

Aún cuando todavía no le he advertido, supongo que le causará mucha incomodidad y me temo que hasta llegue a ofuscarlo, si le digo que los abogados solemos pensar nuestro mundo en términos de un continuo progreso; que somos capaces de coger instituciones romanas y traerlas hasta nuestros días, asegurando, sin rubor, que la hemos mejorado o en el mejor de los casos, es decir, cuando hay un asomo tímido de crítica, que la hemos echado a perder y entonces nos invade recurrentemente la nostalgia del paraíso perdido. Todavía no me he atrevido a decirle que muchos abogados todavía siguen creyendo que es posible *encontrar* la verdad y que consideran que su trabajo consiste, precisamente, en hacerla relucir, como una princesa finalmente liberada de la oscuridad que producen las fuerzas del mal: la irracionalidad de los hombres, el atraso de la cultura, la mezquindad de los intereses que mueven al mundo, etc.

Le pedí que tuviera un poco de paciencia y que seguramente cuando le explicara quiénes son los profesores y qué hacen, podría tener una pequeña luz para guiarse en este maremágnum.

Le expliqué, inicialmente, que el cuerpo profesoral de las facultades de derecho es bastante heterogéneo y que, provisionalmente, podríamos hacer esta tipología de cuatro categorías:

- a) Un grupo, generalmente pequeño, dedicados exclusivamente a la enseñanza del derecho. A éstos se les denomina “los teóricos”, no tanto porque formulen o trabajen en teorías, sino porque no ejercen la

⁸ FOUCAULT, Michel. *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica*. Trad. Francisca Perujo. Siglo XXI editores, 2ª edición. México, 1975. pág. 155

⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. Trad. Aurelio Garzón del Camino. Siglo XXI editores, 24ª edición. México, 1988.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. *Tecnologías del yo y otros textos afines*. Trad. Mercedes Allendesalazar. Paidós. Barcelona, 1990.

¹¹ CANGUILHEM, Georges. *¿Muerte del hombre o agotamiento del cogito?* En: *Análisis de Michel Foucault*. Trad. Berta Stolor. Editorial Tiempo Contemporáneo. Buenos Aires, 1970. pág. 126

profesión. Se mantienen en la universidad, leen muchos libros, pero terminan por no saber dónde quedan los juzgados, cómo se averigua el estado de un proceso y ni siquiera saben qué puede hacerse si a un familiar lo detiene la Policía o el banco les van a embargar la casa. Conocen a casi todos los autores que han escrito sobre su área, los pueden clasificar por épocas, por méritos, los inscriben en escuelas y pueden poner en evidencia sus aciertos y errores. Con el tiempo, algunos pueden llegar a convertirse en verdaderas enciclopedias andantes, son muy consultados por los estudiantes para trabajos de grado, pero son generalmente inútiles al plantearse problemas relacionados con el ejercicio de la profesión. Este profesor, en términos generales, reproduce la imagen de un viejo sabio desligado de los problemas del poder. Estos profesores entienden el derecho como un conjunto de reglas que nos indican cómo debe ser la conducta de los ciudadanos y las decisiones de los jueces. De hecho, muchas veces los medios de comunicación los entrevistan para que digan qué va a suceder cuando asesinan un niño o declaran la conmoción interior.

Admiten que raramente la conducta de las personas y las decisiones de los jueces se ajustan a lo que está previsto, pero no sienten invalidado su saber por este accidente. Ante la pregunta de por qué el derecho no opera, suelen encogerse de hombros y dicen que ya eso es harina de otro costal.¹² Esa respuesta, suponen, hay que pedírsela a la política, a la sociología, a la historia, porque la respuesta escapa a las posibilidades del derecho.

- b) Otro grupo de profesores está compuesto por magistrados, jueces y otros funcionarios que dictan clases en las facultades de derecho. Como es apenas obvio, su actividad docente es apenas una ocupación marginal. Tienen una relación más problemática entre el poder y el saber pero rara vez son conscientes de esa relación, pues asumen que su tarea se reduce a plasmar la verdad en sus decisiones y que su poder es apenas el de las instituciones y su función es de una obviedad encandilante: aplicar la ley. A veces, sienten vergüenza de sus decisiones, pues creen que han tenido que decidir de acuerdo con la ley (su verdadera tarea), pero saben que probablemente hay decisiones mejores, pero el temor al prevaricato los detiene. También saben que el derecho se aplica rara vez, pero el solo hecho de que se aplique en unos pocos casos demuestra que conserva todo su poder, su necesidad y su imprescindibilidad. Piensan que con un poco más de jueces y de funcionarios se puede ampliar su aplicación y con eso la sociedad mejoraría, porque sin las leyes y sin los jueces no puede pensarse una sociedad. Así se le encuentren reparos, las leyes son mejores en todo caso, que su ausencia. Suelen repetir que la ley es dura pero es la ley.

¹² "Reaccionar *contra la ley* y es fácil; basta tener el poder de derogarla y poner otra. Luchar *contra los hechos*, y vencer, eso es harina de otro costal". Sebastián Soler, citado por Julio González Zapata en: *Estudios de Derecho*, Nro. 95. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Medellín, marzo de 1979, pág. 5

- c) Los profesores que son abogados litigantes. Estos conocen perfectamente las mieles del triunfo y las hieles de las derrotas judiciales. Eso les da una autoimagen de guerreros: saben que en cada proceso hay que enfrentar un combate y que muchas veces el resultado no es claro: trampas de la contraparte, jueces equivocados, jurisprudencias anacrónicas, leyes absurdas, impiden que la verdad no florezca en todos los casos y que el resultado del proceso sea una decisión inadecuada. Estos son los que piensan que tienen más clara las diferencias entre la teoría y la práctica y saben que nunca se dará una concordancia entre ellas. Que todo anda más o menos mal, pero que el problema de ellos no es arreglar el mundo sino tramitar adecuadamente sus procesos. Un día podrán estar de un lado y otro en el opuesto, pero esto no les plantea problemas políticos o éticos, porque entienden que su única obligación es defender adecuadamente sus clientes. Creen que en las facultades de derecho se “teoriza” demasiado y que convendría que a los estudiantes no se les hiciera perder tanto tiempo con discursos que tienen tanto de hermosos como de inútiles, y se les explicará, más bien, y de una vez por todas, cómo suceden realmente las cosas.
- d) Hoy en día y por un proceso que están viviendo las universidades colombianas y probablemente en todos los países periféricos, para modernizarse, internacionalizarse y globalizarse, existen los profesores investigadores. Estos serían los científicos, que crearían nuevas verdades y sobre todo, que tienen la tarea en nuestro caso, de sacar la universidad del estrecho mundo de las montañas del Valle de Aburrá. Sienten un gran desprecio por los otros profesores. Consideran que repiten inútilmente lo obvio y que no son capaces de ver problemas en lo que hacen. Si por nuestras estrecheces presupuestales y lo anémico de la comunidad académica hay que mantener a esos profesores que no son de la comunidad académica internacional, que por lo menos se dediquen sólo a los cursos de pregrado, donde supuestamente basta repetir lo que se sabe ya hasta la saciedad, porque la enseñanza de calidad no puede darse sino entre pares: magíster con magíster, doctor con doctores. Creen que los otros profesores representan un modelo de universidad obsoleto porque no han sido capaces de percibir los cambios que han ocurrido en el mundo. Estos profesores tienen una gran propensión a desligarse del estudio del derecho y mirarlo desde afuera: la sociología, la ciencia política, la historia, la economía. Están convencidos de que su contribución mayor se hará en el terreno de la interdisciplinariedad, que el futuro depende de ella y, con este objetivo, tienden a crear grupos de profesores de distintas facultades, pues difícilmente encuentran interlocutores en las propias. Sienten un gran desdén por las normas y piensan que si ellas tienen alguna importancia es en cuanto puedan inscribirse en fenómenos más amplios, pero su aplicación como tal les parece un ejercicio que no tiene más méritos que un trabajo artesanal, que a lo sumo se tomará en cuenta para construir un modelo teórico o para probar alguno de los existentes.

- e) Para seguir hablando burguesianamente, habría que mencionar una quinta categoría: los no incluidos en esta clasificación.

A pesar de que esta tipología es bastante intuitiva, empírica, precaria y necesariamente imprecisa, siento que le produjo una cierta curiosidad. Supongo que debe ser por el hecho de que se plantee algo, que vagamente, tiene que ver con las relaciones del saber y del poder. Pero en ese momento saca a relucir esa risa irónica tan característica y enmudeció. Y así como retaba a los marxistas a que descubrieran cuando estaba hablando de Marx, sin necesidad de la consabida nota elogiosa al pie de página y la revalidación religiosa de la militancia, y que no le impidió escribir que el marxismo había sido una tempestad en un vaso de agua en el pensamiento del siglo XIX¹³, pero que: “Es obvio, aunque se admita que Marx desaparecerá por el momento, que reaparecerá un día.”¹⁴ Entendí que si una facultad de derecho quiere tener a Foucault, es en ella donde debe hacerse el esfuerzo de encontrar qué puede haber de útil en lo que escribió y en lo que enseñó y lo estúpido que era pensar en traerlo; traer a Foucault a una facultad de derecho era seguir pensando en esos intelectuales Mesías, de los que tanto renegó:

El papel de un intelectual no consiste en decir a los demás qué han de hacer. ¿Con qué derecho lo haría? Acordémonos de todas las profecías, mandatos imperativos y programas que los intelectuales han podido formular en el curso de los dos últimos siglos cuyos efectos se han visto ahora. El trabajo del intelectual no es modelar la voluntad política de los otros; es, por los análisis que lleva a cabo en sus dominios, volver a interrogar las evidencias y los postulados, sacudir los hábitos, las maneras de actuar y de pensar, disipar las familiaridades admitidas, recobrar la medida de las reglas y de las instituciones y, a partir de esta reproblematicación (donde el intelectual desempeña su oficio específico), participar en la formación de una voluntad política (donde ha de desempeñar su papel de ciudadano).¹⁵

Además, no podría haber algo más insultante que someterlo al escrutinio de un concurso como los que ahora se estilan, que sólo revelaría nuestras carencias y nuestra ignorancia, pues como se había advertido en el siglo XIX:

Como aves de paso que jamás anidan en nuestro suelo, recorren los científicos el vasto territorio de Colombia, sin dejar más que leves rastros de su paso, i casi nunca semillas de saber. Es cierto que a ellos debemos los pocos conocimientos que tenemos en nuestra patria; pero ningún viajero ha dejado un discípulo que pueda seguir sus huellas. Nos dicen que hai (sic) un mundo científico, pero jamás nos muestran el camino para llegar a él.¹⁶

¹³ FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*. Trad. Elsa Cecilia Frost. Siglo XXI editores. 33ª edición. México, 2007. págs. 256-257

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *El yo minimalista y otras conversaciones*. Selección de Gregorio Kaminsky (Trad. Graciela Staps). La Mirada, Buenos Aires, 1996. pág. 131

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Estética, ética y hermenéutica. obras esenciales*, Vol. III. Trad. Ángel Gabilondo. Paidós. Barcelona, 1999. pág. 378

¹⁶ MATIA, Francisco Javier. En: OBREGÓN Torres, Diana. *Sociedades científicas en Colombia. La invención de la tradición. 1859-1936*. Colección Bibliográfica. Banco de la República. Bogota, 2002. pág. 24

Esos concursos desdeñan el trabajo de aquellos que sin tantos títulos y tantos oropes, tienen mucho qué decir y qué hacer en nuestras universidades. Estamos creando con esos concursos un excesivo privilegio para el sujeto que habla como si ya fueran los títulos y los antecedentes los únicos que podrían validar la posibilidad de hablar. “Uno sabe que no tiene derecho a decirlo todo, que no puede hablar de todo en cualquier circunstancia, que cualquiera, en fin, no puede hablar de cualquier cosa. Tabú el objeto, ritual de las circunstancias, derecho exclusivo o privilegiado del sujeto que habla: he ahí el juego de tres tipos de prohibiciones que se cruzan, se refuerzan o se compensan, formando una compleja malla que no cesa de modificarse”¹⁷ y que los concursos no hacen sino perpetuar; la supuesta excelencia académica sirve ahora como el mejor filtro para controlar aquello que puede haber de azaroso e inesperado en el discurso. Parecería que nos estamos comportando, en estos concursos, como aquellos directivos de equipos de profesionales que creen que pueden llegar a ser campeones reuniendo los jugadores más cotizados del mercado.

La crítica

Para empezar a hablar en serio, entonces, hay que abandonar estos juegos heterotópicos y asumir nuestra responsabilidad. Si queremos que Foucault esté en nuestras facultades de derecho tenemos que aprender a utilizarlo y no seguir pensando en que alguien nos va a trazar el camino y lo primero que tenemos que hacer es recobrar el aliento de la crítica, es decir, entender que [...] la crítica se constituye como un arte de no ser gobernado; pretende desconfiar, recusar, limitar, encontrar la medida justa, buscar el punto de escape, desplazar las formas de ser gobernado.¹⁸

Entender, entonces, en primer lugar, que las relaciones del poder y la libertad no se constituyen bajo un modelo de todo o nada, que la libertad no se sitúa en un extremo y el poder en el otro, sino que su relación

[...] no es antagónica sino más bien agónica; de incitación mutua, de provocación y acicate más que de confrontación entre dos fuerzas heterogéneas. Si el ejercicio del poder, se dirá en los últimos escritos del filósofo, es una acción sobre las acciones de otros para gobernarlas, canalizarlas, disponer una dirección para las mismas, la práctica de la libertad consiste en desafiar esos límites, ponerlos en duda, experimentar nuevas posibilidades que obliguen, por parte de la acción de poder, a inventar nuevas formas de gobierno, nuevos cálculos en el curso de una partida infinita.¹⁹

Y de ahí poder afirmar, como presupuesto de esta empresa, que el principal objetivo es: “[...] cambiar el régimen político, económico, institucional de

¹⁷ FOUCAULT, Michel. *El orden del discurso*. Trad. Alberto González Troyano. Tusquets. Barcelona, 1973. págs. 14-15

¹⁸ VÁSQUEZ García, Francisco. *Foucault. La historia crítica de la razón*. Montesinos. Barcelona, 1995. pág. 13

¹⁹ *Ibidem*. pág. 40

producción de la verdad.²⁰ Y no seguir pensando que estamos haciendo crítica cuando nos limitamos a señalar los posibles aciertos o los eventuales errores de una doctrina, una ley o una sentencia, suponiendo, casi siempre, que detrás de todas ellas hay una verdad que tendríamos que sacar a relucir y que la podemos poner en evidencia a través de un ejercicio meramente intertextual.

Sobre la enseñanza del Derecho

Una primera precaución que debemos tener, si queremos usar a Foucault en el derecho, es abandonar la idea de que el derecho lo podemos separar en tres estantes perfectamente delimitados: como una norma, como una ciencia y como una práctica. Foucault nos podría ayudar en la forma como él entendió la clínica:

La clínica no constituye ni una verdadera ciencia, ni una falsa ciencia, aún cuando en nombre de nuestros criterios contemporáneos podamos otorgarnos el derecho de reconocer como verdaderos algunos de sus enunciados, y otros como falsos. Es un conjunto enunciativo, a la vez teórico y práctico, descriptivo e institucional, analítico y reglamentario, compuesto tanto de inferencias como de decisiones, tanto de afirmaciones como de decretos.²¹

Talvez nos sería útil intentar hacer el ejercicio de “entender un lenguaje en el momento en que se percibe un espectáculo” y aceptar nuestras limitaciones; el mundo necesariamente se nos escapa cuando pretendemos atraparlo en el discurso: ni cuando supuestamente estamos haciendo teoría jurídica dejamos de prescribir; ni cuando se expide una ley abandonamos la confrontación de modelos sobre el mundo, el Estado, la sociedad y el hombre y cuando se hace una petición a un juez o éste toma una decisión, no es posible comportarnos como unos lógicos esforzados en hacer un silogismo perfecto. En todos estos casos ponemos las cartas; unas sobre la mesa y otras las guardamos en la manga de la camisa, porque siempre se tratará de un enfrentamiento, de una lucha y en algunas luchas no es muy estratégico mostrar, por lo menos desde el principio, todo el arsenal.

Lo que ya sí no parece posible es suponer, como lo venimos haciendo, que cada uno está en su sitio determinado (la norma, la ciencia o la práctica) y que sí éstos se comunican es por mera coincidencia. Todo lo contrario, están inexorablemente comunicados y sólo nuestra miopía o nuestra comodidad son las que nos autorizan a seguir hablando como si estuvieran separadas. Aquí su lección no puede ser más clara: “En este sentido la teoría no expresa, no traduce, no aplica una práctica: es una práctica”.²²

²⁰ FOUCAULT, Michel. *Verdad y poder*. En: *Estrategias de Poder*. Trad. Julia Varela y Fernando Álvarez Uría. Editorial Paidós. Buenos Aires, 1999. pág. 55

²¹ FOUCAULT, Michel. *Respuesta al Círculo de Epistemología*. En: *Análisis de Foucault*. Op. Cit. pág. 257

²² FOUCAULT, Michel. *Los intelectuales y el poder*. En: *Estrategias de Poder*. Trad. Julia Varela y Fernando Álvarez Uría. Editorial Paidós. Buenos Aires, 1999. pág. 107

Concepción sobre el Derecho

En uno de sus escritos, Hans Kelsen ha dicho: “[...], Dios y el Estado existen sólo y en tanto que se cree en ellos, y todo su enorme poder, que llena la historia del mundo, se colapsa si el alma humana se libera de estas creencias”.²³ No sé cuántos juristas sigan hoy creyendo que el Estado es Dios, pero no creo que se haya abandonado la idea de un orden superior, de unos valores supremos (la paz, la justicia, la equidad, etc.) que el derecho en su miseria cotidiana estaría condenado a acercarse a ellas, pero siempre las estropearía, hasta casi su desaparición total.

Por eso los abogados no encontrarán nunca una buena constitución; cualquiera tendrá siempre un déficit en la realización de esos valores supremos, de ese orden superior. Y ese déficit no cesará de aumentar a medida que descendamos en la pirámide jurídica; las leyes traducirán muy pálidamente la constitución, las sentencias más que realizar ese orden, terminan por darle la victoria a uno de los adversarios y la Policía aplica la fuerza casi sin ningún sustento normativo.

Detrás de esta creencia en un orden superior o en unos valores supremos, subyace un esquema que Foucault ha denominado el de la soberanía y que opone al que nos invita a utilizar: el de la dominación: “el esquema contrato-opresión, que es el jurídico, y el esquema dominación-represión o guerra-represión, en el cual la oposición pertinente no es la de legítimo o ilegítimo, como en el esquema precedente, sino de lucha y sumisión.”²⁴

Y nos advierte:

Hablar de la teoría de la dominación más que de la teoría de la soberanía significa que, en lugar de partir del sujeto (o también de los sujetos) y proceder a partir de los elementos que serían preliminares con respecto a la relación, y localizables, se parte de la relación misma de poder, de la relación de dominación en lo que ella tiene de factual o de efectivo y que se ve cómo opera esta relación para determinar los elementos sobre los cuales se mueve.²⁵

Si cambiamos la perspectiva y dejamos de mirar en las leyes y en las constituciones, como coagulaciones (imperfectas) del orden, la justicia, la equidad, la paz y cosas por el estilo, seguramente nos encontraríamos que “Detrás del orden tranquilo de las subordinaciones, tras el Estado, tras los aparatos del Estado, tras las leyes, ¿no será posible advertir y redescubrir una especie de guerra primitiva y permanente?”²⁶

Advertencias que tienen un valor mayor en un país con más de cuarenta años de conflicto armado abierto. Seguir refiriéndonos a la constitución y a la ley

²³ KELSEN, Hans. *Dios y Estado*. En: KELSEN, Hans. *Sobre jurisprudencia y teología*. Distribuciones Fontanara, 1ª reimpresión. México, 2004. pág. 68

²⁴ FOUCAULT, Michel. *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Trad. Alfredo Tzveibely. Las ediciones de la Piqueta. Madrid, 1992. pág. 31

²⁵ *Ibidem*. pág. 53

²⁶ *Ibidem*, pág. 55

como aquellos espacios tranquilos, consensuados, donde finalmente se realizan los valores y se difunde la justicia, no es más que un olvido (histórico) imperdonable y para decirlo con palabras de Foucault, colocarnos unos lentes que no producen sino distorsión. Aquí entre nosotros, la Maestra María Teresa Uribe, nos ha indicado el camino:

La ley en Colombia, más que un principio de orden abstracto y universal, es un arma, un recurso para favorecer a los amigos y atacar a los enemigos. Su uso transaccional se inscribe en los conflictos públicos y privados que atraviesan el país, es decir, que la ley no es un referente para solucionar conflictos sino un elemento de la disputa que es utilizado para favorecer alguno de los sectores enfrentados.²⁷

Ya lo había dicho Deleuze: “Foucault muestra que la ley no es ni un estado de paz ni el resultado de una guerra ganada: es la guerra, la estrategia de esa guerra en acto”.²⁸

Si tuviéramos esos nuevos ojos para mirar la ley o simplemente nos colocamos otros lentes para mirar a nuestro alrededor, seguramente abandonaríamos esa miope visión que ve en la negación de los ideales supremos un mero episodio de patología. En todo caso es necesario curarnos de aquella ilusión contra la que nos previene Paul Kahn: “El académico del derecho y el juez que disiente gritan que el cielo se está cayendo, pero nunca se cae”.²⁹

Un hecho reciente nos puede ilustrar estas formas diferentes de ver el mundo del derecho. Por una parte, la del Comandante del Batallón Antimotines que acomete contra los indígenas que bloquean la carretera panamericana. Él no ve allí más que una manera de garantizar los derechos de los colombianos que quieren usar esa vía; los indígenas entienden que es la continuación de un despojo que ya tiene más de quinientos años. ¡Y es a los indígenas a quienes se les exige que pidan perdón!

Tenemos en la obra de Foucault una buena herramienta para sacudirnos de ese olvido y recordar que: “La ley nace de conflictos reales: masacres, conquistas, victorias que tienen sus fechas y sus horroríficos héroes; la ley nace de las ciudades incendiadas, de las tierras devastadas; la ley nace con los inocentes que agonizan al amanecer”.³⁰

Abandonar la creencia de un orden superior, en unos valores supremos, no implica aceptar las cosas como son. Todo lo contrario; es entender que el derecho como fenómeno social y político requiere una vigilancia constante, colocarlo siempre en el campo de batalla y entender que su inteligibilidad no la podemos aprehender sólo en los umbrales de la sangre y del dolor, sino también

²⁷ URIBE de Hincapié, María Teresa. *Notas para la conceptualización del desplazamiento forzado en Colombia*. En: *Estudios Políticos*, nro. 17. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia. Medellín, 2000. pág. 62

²⁸ DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Trad. José Vásquez Pérez. Barcelona, 1987. pág. 56

²⁹ KAHN, Paul. *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Trad. Daniel Bonilla. Ed. Gedisa. Barcelona, 2001. pág. 158

³⁰ FOUCAULT, Michel. *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Trad. Alfredo Tzveibely. Las ediciones de la Piqueta. Madrid, 1992. pág. 277

allí donde aparentemente es un ejercicio del bien sobre el mal, del orden sobre el desorden.

La dignidad humana

Un ejemplo recargado de esa imposibilidad de los abogados de ver el mundo sin una referencia al orden superior y a unos valores superiores, lo podemos apreciar en el manejo de la dignidad humana. Por paradójico que parezca, no hay ningún sector del ordenamiento jurídico en el cual se use con mayor frecuencia la expresión “dignidad humana” que en el derecho penal. El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad, dice el artículo 1º del Código Penal vigente. Sabemos que el derecho penal se ocupa precisamente de regular aquellos hechos que justifican la imposición de una pena. Sólo un despiste mayúsculo o una mala fe monumental pueden dar lugar a este disparate. Ya lo decía el mismo Foucault: “Meter a alguien en la cárcel, encerrarlo, privarlo de comida, de calefacción, impedirle salir, hacer el amor (...) etc., ahí está la manifestación del poder más delirante que uno pueda imaginar.”³¹

Además, si miramos la Constitución, se nos dice: “Colombia es un Estado social de derecho [...] fundada en el respeto de la dignidad humana (...)”³² No creo que sea necesario hacer muchos esfuerzos para entender el juego estratégico que animan estas disposiciones.

Cuando se asume la dignidad humana como una categoría a priori, bien sea para establecer un Código Penal o para formular una constitución, nos están invitando nuevamente al olvido:

[...]; los derechos humanos nacen como un principio crítico frente a lo que en esa época singular se revelaba como intolerable: el despotismo y sus aliados. Los derechos no nacieron a partir de la antropología; se trata de una emergencia histórica, un acontecimiento que brotó como respuesta crítica ante una experiencia, históricamente situada, de lo intolerable. Si el humanismo de tinte universalista o nacionalista es invocado hoy como norma por los Estados, si lo intolerable es este humanismo avasallador, coartada para una gestión técnica de nuestras vidas, los derechos del hombre no pueden comprenderse como la consecuencia moral de una naturaleza común a todos los seres humanos; hablan de un derecho a gobernar autónomamente la propia vida, un derecho a construir la propia diferencia.³³

Cuando se toma la dignidad humana como un *a priori*, no hacemos más que taparnos los oídos para no escuchar el fragor de las batallas que por siglos han resonado para que a la mitad del género humano se le considere sujeto de derechos y se planteara una igualdad entre hombres y mujeres; para que una parte importante de los hombres (en algunas sociedades hasta el 90%) no fueran considerados cosas que se podían vender, cambiar y matar como cualquier otro animal; para que frente a los niños se admitiera que tenían derechos y que no

³¹ FOUCAULT, Michel. *Los intelectuales y el poder*. En: *Estrategias de poder. Obras esenciales*. Vol. II. Paidós. Barcelona, 1999. pág. 109.

³² Artículo 1º Constitución Política de Colombia.

³³ VÁSQUEZ García, Francisco. *Op. cit.* págs. 42-43

eran sólo adultos más pequeños; o que a las personas del mismo sexo se le permitiera tener relaciones sexuales sin la amenaza de la muerte, la cárcel o el ostracismo social y jurídico, a título de enfermos, locos, criminales o diabólicos.

El ejercicio estratégico de considerar la dignidad humana como una derivación normativa, consiste en que ahora es el creador de la norma, tan generoso, el que le da fundamento a la dignidad humana y la defiende, echando al olvido precisamente la pregunta clave: ¿contra quién se obtuvieron los derechos?

Antropológicamente no podemos encontrar ninguna diferencia entre un hombre, una mujer, un esclavo, un niño o un homosexual, por ejemplo. Todo lo contrario, la masculinidad, la esclavitud, la niñez y la sexualidad son categorías sociales, cultural y políticamente construidas, mantenidas y manipuladas y por el mismo procedimiento extraemos otros conceptos: propiedad, libertad, seguridad, padre, hijo, trabajador, funcionario, hasta llegar a confundir el derecho como un dato ontológico, desprendido, sin ningún trauma, de la naturaleza, y olvidamos que no pasa de ser una *construcción* para separar a unos e incluir a otros; privilegiar aquí y discriminar allá, es decir, para dominar y controlar.

He citado algunos ejemplos en los cuales aparentemente se han logrado algunas conquistas: igualdad formal entre hombres y mujeres, prohibición de la esclavitud, derechos para los niños, no discriminación por razón de preferencias sexuales. Pero de ahí a que se hagan realidad, hay mucha distancia como lo saben perfectamente quienes hayan trabajado en alguno de esos campos, y sobre todo quienes todavía padecen el incumplimiento de esas promesas normativas; mucho menos podemos creer que esos logros son definitivos, pero, repito, por lo menos están casi positivizados.

En un país como Colombia estamos muy lejos de poder pensar que el incumplimiento de estas promesas normativas sean las más graves, las más dolorosas y las más traumáticas. En un país como el nuestro, las desapariciones, los desplazamientos forzados, las ejecuciones extrajudiciales, los secuestros, las detenciones arbitrarias, las torturas, probablemente harán que otras cosas intolerables pasen a un segundo plano y que parezcan como triviales ante tanta barbaridad. Pero no debemos perder de vista que siguen existiendo otros horrores insoportables tan cotidianos, que aparentemente escapan al conflicto o a sus formas más insidiosas y lo que es más paradójico, es a muchas de esas instituciones intolerables a las que nos vemos obligados a acudir en busca de ayuda:

Los tribunales, las prisiones, los hospitales, los hospitales psiquiátricos, la medicina laboral, las universidades, los organismos de prensa y de información; a través de todas estas instituciones y con distintos disfraces, se expresa una opresión que es en su origen opresión política. Esta opresión, la clase trabajadora siempre ha sabido reconocerla; nunca ha dejado de oponerse a ella; pero aún así ha estado obligada a padecerla. Pues bien, ahora se está volviendo intolerable para nuevas capas de la sociedad -intelectuales, técnicos, hombres de leyes, médicos, periodistas, etc.-. Los que se encargan de impartir la justicia, la salud, el saber, la información, empiezan a sufrir, en su propia labor, la opresión de un poder político.

Este aparte que pertenece al primer opúsculo publicado por el GIP (Grupo de Investigaciones sobre la prisión), en 1971, editado por Editions du Champs Libre,³⁴ señala unos objetivos muy claros, perfectamente trasladables al ejercicio cotidiano en las facultades de derecho. Es un trabajo que no debe estar encaminado a: “[...] mejorar, suavizar, volver más soportables un sistema opresivo. Están previstas para atacarle allí donde se expresa bajo otro nombre -el de justicia, de la técnica, del saber, de la objetividad”.

Como puede verse, lo que hace Foucault es una invitación a que nos sacudamos de tantas evidencias; que no demos por establecido lo que el paso del tiempo ha cargado de familiaridad y comodidad, y que intentemos ver bajo el manto de tantos valores y tantos principios, hormigear unas estrategias tan mezquinas como anestésicas.

³⁴ Citado en: ERIBON, Didier. *Michel Foucault*. Trad. Thomas Kaut. Editorial Anagrama. Barcelona, 1992. págs. 280-281.