

FOUCAULT Y EL DERECHO. APUNTES PARA UNA CARTOGRAFÍA POSIBLE

Autor: Armando Bravo Salcido

Programa de Posgrado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico:

armando.bravo.1903@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3673-8360>

(Foucault and law. Outlines of a common cartography)

Fecha de recepción: 17 de junio de 2020

Fecha de aceptación: 15 de agosto de 2020

Resumen: El presente trabajo realiza un bosquejo de algunas líneas de reflexión que pueden permitir un diálogo entre la obra de Foucault y en pensamiento jurídico contemporáneo, particularmente, la Crítica Jurídica Latinoamérica, esto a través de la crítica de los procesos de subjetivación de las sociedades contemporáneas; la

incompletud de cualquier concepción de justicia, y la crítica a las pretensiones universalistas de cualquier forma de racionalidad.

Palabras clave: CJL, Foucault y el derecho, justicia, biopolítica, crítica de la representación

Abstract: The present work outlines some lines of thought that can allow a dialogue between the work of Michel Foucault and contemporary law theory, particularly, the CJL, doing this through the critic of the subjectivation processes in contemporary societies, the intrinsic incompleteness of any concept of justice, and the critic of the pretention of universality in any concept of rationality.

Key words: CJL, Foucault and law, justice, biopolitics, critic of representation

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto esbozar algunos aspectos de Foucault como un teórico crítico y de la justicia, que permitirían entablar un diálogo con algunas de las reflexiones desarrolladas en el seno de la crítica al derecho contemporáneo desde la crítica jurídica latinoamericana.

Asumimos como punto de partida la idea de que es imposible construir un sistema de pensamiento “foucaultiano” que tenga el carácter de una teoría general, tal tarea se vuelve fatua no solo por las rupturas que es posible encontrar en el devenir de la obra del autor, sino también por la marcada ausencia de dicha pretensión en su corpus teórico;¹ Foucault parece ser un autor

1.- Foucault señala, por ejemplo: “yo no soy en absoluto de esa especie de filósofos que tiene o quiere tener un discurso de verdad sobre cualquier ciencia. Dictar la ley en toda ciencia, es el proyecto positivista.” Foucault, Michel. “Preguntas a Michel Foucault sobre



que construye metodologías idóneas para la radical particularidad de sus objetos, y su práctica, siempre parte de un fiero escepticismo de que tales herramientas puedan trasplantarse acríticamente y mecánicamente a otros campos.

Pese a esta reserva metodológica, el presente trabajo parte de la premisa de que es posible obtener del método arqueológico de Foucault como una “analítica de los enunciados”, ciertas líneas particulares de reflexión que pueden aportar a los debates contemporáneos en la filosofía del derecho, y particularmente, a la filosofía del derecho vista desde las teorías jurídicas de corte crítico, es decir, aquellas que precisamente han construido sus categorías, partiendo de los referentes del marxismo ortodoxo y heterodoxo, así como la tradición del pensamiento filosófico continental, y además se han visto enriquecidas por las reflexiones del pensamiento político latinoamericano.

La pretensión de poder extraer estas líneas generales parte de una triple premisa: concebir a Michel Foucault como un filósofo crítico,² un marxista y un pensador sobre la justicia; es por la concurrencia de estas esferas que podemos cartografiar líneas, entre el pensamiento de Foucault y determinadas reflexiones del pensamiento jurídico crítico, que en un mismo sentido tienen este carácter crítico del concepto de justicia tal como ha sido construido en la tradición del pensamiento jurídico occidental.

I.- Foucault y la historia según Pao Cheng

Michel Foucault, al tener que pronunciar un discurso inaugural, al obtener una cátedra en el Colegio de Francia, decide hacer un discurso sobre los discursos; en su conferencia “el orden del discurso”,³ Foucault explicita la forma en la que al constituirse como sujeto de enunciación, se aceptan ciertas reglas, dinámicas, a priori; es imposible hablar sin verse sujeto a un número de mecanismos concretos mediante los cuales se nos puede autorizar hablar; existen ya formas determinadas mediante las que es posible tomar la palabra, y también existe ya un juego de inclusiones y exclusiones que determinan aquello que puede y no puede ser dicho.

Este carácter de “meta-vigilancia” es una constante en la obra de Foucault, esta filosofía que cobra la forma de una profunda crítica de las categorías epistemológicas y hermenéuticas del autor, la obra y discurso, viene precisamente de un autor que pronunciaba discursos y que nos dejó una extensa obra, en este sentido Foucault se presenta, en un intento de desenredar tal aporía autoreferencial, a través de una serie de prácticas (la pérdida del nombre propio como

la geografía”. En: Obras esenciales II. Barcelona: Paidós Básica. p. 313

2.- Tal como lo menciona nítidamente Paul Veyne, Foucault siempre fue un pensador muy crítico de la categoría de “filósofo”, y comúnmente partió de la separación entre la labor del filósofo y el historiador, para oponer el pensamiento totalizador de la generalidad, al pensamiento de lo singular. Desde nuestra perspectiva, tal reserva es claramente discursiva y estratégica, ya que plantea la distancia frente a una concepción sedimentada de lo que es la filosofía, sin embargo, en su obra, Foucault dio indicios de que era posible pensar la filosofía desde una concepción distinta, aproximada a su propuesta teórica. Al respecto Edgardo Castro nos comenta: “Consecuentemente, la tarea de la filosofía o la idea foucaultiana de la filosofía que, como acabamos de señalar, se expresa a través de estos análisis históricos, adquiere también nuevas connotaciones. Si hacia finales de la década de 1970, es decir, en el momento en que cerraba su ciclo de trabajos en torno a la cuestión del poder, Foucault sostenía que no conocía otra definición de la filosofía más que la de una política de la verdad, es decir, de los efectos de saber y verdad que son producto de las luchas y enfrentamientos en el seno de la sociedad” Castro Edgardo, La verdad del poder y el poder de la verdad en los cursos de Michel Foucault, Tópicos, núm. 31, julio, 2016, pp. 61.

3.- Cfr. Foucault, Michel, El orden del discurso, Fabula Tusquets, Buenos Aires, 2005.



autor, la ironía frente a la totalidad de su corpus, el carácter meta-discursivo de algunos de sus textos) como un crítico permanente de todos los a priori que en la episteme occidental presuponían estos constructos, y demuestra el intento, de si bien no despojarse por completo de ellos, explicitarlos y develarlos.

El pensamiento de Foucault puede ser aprehendido desde su fascinación por el lenguaje construido por la literatura moderna (Blanchot, Rousset). Precisamente, Foucault descubre como conclusión en su obra *Las palabras y las cosas*,⁴ una forma específica de organizar el lenguaje, que irrumpe la lógica de la representación moderna mediada por el principio analítico de diferencia, que históricamente a su vez había roto con el paradigma proto-renacentista del pensamiento de la similitud mediante categorías como la analogía y la convenientia, tal forma es la forma del lenguaje como “literatura”, pero refiriéndose a la literatura moderna que tuvo como objeto principal, precisamente, la expresividad de aquello que existe como ajeno a todo marco de representación, como aquello que por definición se presenta como un acceso irrepresentable por las categorías y la lógica de la episteme moderna (el trabajo, la vida, el inconsciente);⁵ este tema, el de la palabra que no hace sino titubear al lenguaje representado su incapacidad de representación, situándose en el lugar de su vacío constitutivo inherente, desliza irresoluble en que un significante vacío no puede remitirse a nada más que a sí mismo.

En este desliz el lenguaje por un lado se remite a un afuera absoluto irreductible, la “imposibilidad de pensar esto”, categoría que en muchos sentidos retoma Michel Foucault de la crítica y teoría literaria de autores como Maurice Blanchot, de quien también retoma la perspectiva de concebir la nada como una forma de exceso ontológico; por otro lado, tal crisis de representatividad, lleva al lenguaje a un juego de permutaciones de diferencias infinitas en que no puede remitir a nada más que su absoluta singularidad en la que el reencuentro de lo mismo se da bajo la forma redeterminada de la diferencia sin concepto como repetición, en cierta manera, el telos del lenguaje moderno es hacer propia esta representatividad mediante el absurdo de lo irrepresentable, tal como Foucault profundiza en su análisis de los trabajos surrealistas del pintor francés René Magritte.⁶

El aspecto más interesante de la conceptualización de la literatura como “lenguaje”, es la forma en que esta aporía de la representatividad queda expresada no solo al nivel de la semántica de los discursos, sino también como trasfondo de una analítica de la pragmática del ejercicio del poder. En el análisis de Foucault del cuadro de Velázquez, *Las meninas*,⁷ se realiza una caracterización de los “focos de poder” a través de la analítica de la representación moderna, como la lógica del ocultamiento de un fundamento imposible de ser reencontrado o situado concretamente; tal pasaje expresa quizás un momento sumamente nítido a la vez de la diferencia irreductible y de la correlación específica de la dupla saber-poder; en este sentido la fascinación de Foucault por el lenguaje moderno se presenta tanto como crítica a un esquema de representación y verdad, así como al esquema de la representación como isomorfa de una analítica particular del poder y su búsqueda perpetua e inacabada como fundamento.

4.- Cfr. Foucault, Michel, *Las palabras y las cosas*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1986, Cap. VII.

5.- Ídem.

6.- Cfr. Foucault, Michel, *Esto no es una pipa*, Anagrama, Barcelona, 1973.

7.- Foucault, Michel, *Las palabras y las cosas*, Buenos Aires, 1986, Cap. I.



Consideramos a los textos de Michel Foucault como llenos de amplísimas descripciones de los dispositivos de poder desarrollados en formaciones históricas dadas, por ejemplo, su extensas descripciones del poder psiquiátrico en nudo con el poder judicial, destinados a crear un discurso en que el culpable pudiera dar "cuenta de sí", de aquel exceso irracional que se presentaba como algo ajeno y monstruoso a los discursos no solo morales sino también jurídicos de la época, estas amplias descripciones se encuentran llenas de una ironía quizás un tanto socrática, pero también nietzscheana; en cierto sentido el pensamiento de Foucault es como señalo nítidamente Paul Veyne,⁸ una búsqueda de lo "singular", es decir, de aquella discontinuidad histórica que escapa al intento de explicar la historia como una simple modulación de principios o leyes universales, es esta la concepción desde la cual Foucault por momento, opone la historia a la filosofía: mientras que el filósofo se encarga de explicar la heterogeneidad de la realidad a través de un conjunto finito de principios universales, el historiador debe encontrar el suceso singular, que termina con la seguridad ontológica de cualquier explicación omnicomprendensiva; esta distancia mínima, disruptiva, frente a todo modelo universalmente explicativo, marca en cierto sentido la distancia irónica frente al poder y nos demuestra su radical contingencia, su carácter profundamente frágil de ser una construcción humana, histórica y temporal.

En su "La historia según Pao Cheng",⁹ el escritor mexicano Salvador Elizondo desarrolla la historia de un sabio chino que leyendo los signos del mundo en el caparazón de una tortuga, con la interpretación de todo pasado y futuro a su merced, termina encontrándose con la imagen de sí mismo, impasible, escribiendo la misma historia que nosotros estamos leyendo sobre él, y en lo profundo, Pao Cheng teme haberse situado en un terrible impasse, si ese hombre al que ha descubierto, a la vez tan íntimo y tan lejano, deja de escribir, el morirá. La historia de Pao Cheng, no solo representa muy claramente como ejercicio literario, esa forma de expresión moderna del lenguaje literario profundamente subversiva a la representación clásica, que Foucault tan apasionadamente estudio y que configura la bisagra del discurso contemporáneo de las ciencias humanas, considero, a la vez, que también podríamos tomar alegóricamente la historia de Pao Cheng para referirnos a la teoría arqueológica de Foucault, donde la búsqueda por alguna comprensión de los signos del mundo, no solo conduce inevitablemente a los angustiosos y laberínticos caminos de la autoreferencialidad, sino también, a encontrarnos a nosotros mismos, en tanto sujetos históricos, como atravesados y constituidos por las líneas y relaciones de poder frente a las que pretendemos producir una analítica.

Considero podemos aproximarnos a esta ontología foucaultiana desde una máxima extraída de la filosofía empírica de Hume en el trabajo monográfico realizado por Gilles Deleuze; los universales de la filosofía: El ser, la verdad, la justicia, no se encuentran dados,¹⁰ como presupuestos metafísicos, sino son el producto de la práctica misma en que nos construimos como sujetos históricos, el ser se desentraña mediante la analítica concreta de lo que nos hace y nos forma, como con Pao Cheng, la analítica concreta del mundo nos confronta con lo mismo que somos en tanto sujetos, histórica y contingentemente construidos, y esta confrontación, nos pone en la aporía de la desaparición inminente del mismo horizonte en el que cobra sentido lo que somos, tal como Pao Cheng teme ser olvidado por sí mismo y desaparecer, la arqueología foucaultiana nos obliga a confrontar directamente el horizonte de la inminente desaparición del hombre como categoría universal ética, estética, epistemológica y ontológica.

8.- Cfr. Veyne Paul, Foucault. Pensamiento y vida, Paidós, Barcelona, 2009, pp. 15-31.

9.- Elizondo, Salvador, Narda o el verano, Fondo de Cultura Económica, CDMX, 1966.

10.- Deleuze, Gilles, Empirismo y subjetividad, Gedisa, Barcelona, p.148.



II.- Foucault, Marx, Kant

Existen una serie de referentes que resultan obvios al problematizar las influencias del corpus teórico de Foucault: Nietzsche, de quien es tomada la genealogía como una búsqueda del origen en tanto invención, con una función desmitificadora en la caracterización de lo “histórico contingente”; Bachelard, de quien retoma la idea de una (psico)analítica de la conformación del espíritu científico mediante categorías crítico-epistemológicas como las de “umbral” o “ruptura”; Braudel y su concepción de la estratificación por niveles o dimensión de diversa duración; Maurice Blanchot de cuya literatura y teoría literaria Foucault retoma las nociones de “exterioridad” y del “afuera” o Canguilhem de quien retoma el problema de lo “normal y lo patológico” como construcciones de carácter dinámico y relativo.

Existen otros referentes cuya genealogía presenta mayores problemas, tales como Marx y Kant. En el caso de Marx, nos situamos en la posición situada por el mismo Foucault en diversas ocasiones; para Foucault, las condiciones de reproductibilidad de las relaciones sociales de producción hegemónicas, dependían de la reproducción de esquemas de producción del saber, poder y la subjetivación, que permeaban no solo a aquellas instituciones que se presentaban abiertamente como políticas (el ejército, la policía, el derecho); sino también a través de una serie de instituciones y dimensiones discursivas que se presentaban como aparentemente apolíticas (la escuela, la clínica, el hospital psiquiátrico, la sexualidad, etc.).¹¹ Desde este punto de vista es posible ver a Foucault como un contribuidor a la crítica de la economía política de corte marxista, al ser su obra, la analítica de una pluralidad de condiciones materiales de reproducción del capital. Y sin embargo parecieran quedar pendientes una serie de debates entre ciertas formas de la ortodoxia marxista y las reflexiones de corte foucaultiano. A nuestro juicio existen ciertos pasajes que resultan profundamente esclarecedores de la relación entre Marx y Foucault, por lo menos en algunas de sus obras concretas.

En su curso “La sociedad punitiva” Michel Foucault realiza un detallado análisis de algunos de los textos del economista fisiócrata Le Trosne; Foucault encuentra aquí, un antecedente profundamente sintomático de las expresiones que aún hoy día se manifiestan en las construcciones generadas por el modelo de acumulación capitalista; en sus textos, Le Trosne¹² declara abiertamente la guerra por parte del aparato estatal a “los enemigos de la sociedad”, entendiéndolo por estos, simplemente a aquellos que no se insertan en la cadena de producción del capital; señala como aquellos culpables de vagancia, errancia, de no poseer trabajo, estrictamente han perdido su calidad de ciudadanos, y el estado está en disposición de hacer con ellos cualquier cosa, tal como despojarlos de sus derechos y sumirlos incluso en la esclavitud. Resulta un tema recurrente en la obra de Foucault la idea de la inversión de la célebre tesis de Clausewitz, señalar a “la política como la continuación de la guerra por otros medios”, es decir, señalar la existencia de un estado de guerra permanente, virtual y latente, dispuesto a emerger en el momento que los axiomas económico políticos de las sociedades modernas sean cuestionados.

En complemento con estas reflexiones, la originalidad de la filosofía política de Giorgio

11.- Cfr. Foucault, Michel, De la naturaleza humana: justicia contra poder, en Obras esenciales, Paidós, Barcelona, 2010, pp. 393-431.

12.- Véase, Foucault, Michel, La sociedad punitiva, FCE, CDMX, 2016, pp. 63 y ss.



Agamben,¹³ partiendo de algunas premisas comunes con Foucault, radica en señalar que “el estado de excepción” ya no es más una categoría ni limítrofe ni excepcional, sino que al contrario, constituye un paradigma regular de gobernabilidad del cual los aparatos estatales echan mano muchas veces indiscriminadamente, para sostener a cualquier costo su estabilidad; consideramos, a manera de ilustración, que estas diferentes pero complementarias tesis, la de la inversión de la tesis de Clausewitz y la del estado de excepción como paradigma de gobernabilidad, pueden explicar la forma en que en contextos latinoamericanos, por ejemplo, las recientes protestas en Chile iniciadas en 2019, se ve emerger la violencia y represión más cruda contra aquellos que el poder considera abiertamente enemigos, aquellos que han salido de la esfera productiva o han cuestionado los axiomas del capitalismo mundial integrado; en conclusión, álgidos episodios de violencia tal como los presenciados en Chile, muestran los ¿aspectos? sintomáticos de textos como los de Le Trosne, la manera en que expresan aún mucho del inconsciente en el que se desenvuelven las sociedades contemporáneas.

La relación entre Foucault y Kant resulta de orden semejantemente aporético, sí podemos decir que Kant rompe con sus predecesores; y disuelve la problemática de la disputa entre la razón y la experiencia como posibles génesis del conocimiento posible, es porque sitúa su reflexión, mediante la de la crítica trascendental, al nivel de la indagación por las condiciones de posibilidad de la experiencia y la razón, por ello, en la crítica de la razón pura Kant se dedica a indagar cuáles son las condiciones de posibilidad del conocimiento científico bajo la forma del juicio sintético a priori, teniendo como resultado una serie de categorías y las formas abstractas puras del tiempo y espacio, como conformación de un sujeto trascendental, transhistórico.

Es en este sentido que se puede plantear un escepticismo del carácter kantiano del pensamiento de Foucault, ¿No es acaso que se presentan como diametralmente opuestas la filosofía kantiana como promotora de un sujeto supuesto abstracto y universal, y la práctica histórica foucaultiana de la singularidad radical que busca escapar a cualquier universalismo histórico? Podemos decir que la respuesta está en que Foucault radicaliza el método kantiano, o quizás, le da un viraje materialista, el método crítico trascendental en Foucault, consistirá en una indagación sobre las condiciones en que es posible una determinada forma de experiencia o de racionalidad; en este sentido Foucault también disuelve la dupla de la razón y la experiencia, bajo las categorías de lo “visible” y lo “enunciable”. El método arqueológico en Foucault consiste en la extracción de los a priori pertenecientes a una u otra formación histórica y que dentro de ella, conforman las condiciones de visibilidad y enunciabilidad.¹⁴

Resulta claro en este sentido la manera en que Foucault participa del método de crítica trascendental kantiana, concibiendo esta como la “indagación de las condiciones de posibilidad” y sin embargo, tal indagación no tendrá como resultados una serie de formas abstractas y universales, sino enunciados absolutamente singulares en los que agota la aparición ontológica de un momento histórico, enunciados “virtuales” que estructuran la experiencia y realidad histórica; es en este sentido que nos parece atinada y pertinente, la concepción de la arqueología foucaultiana como un viraje materialista del método trascendental kantiano.

En algún sentido en el campo del Derecho, Kelsen también puede ser considerado una especie de inversión materialista de Kant, por lo menos desde la lectura heterodoxa que ha sido

13.- Cfr. Agamben Giorgio, *State of exception*, University of Chicago Press, Chicago, 2015. Capítulo 1

14.- Cfr. Deleuze, Gilles, Foucault. Saber, Ed. Cactus, Buenos Aires, 2015.



desarrollada en la Crítica Jurídica Latinoamericana por Oscar Correas. Partimos de pensar a la Grundnorm kelseniana, como presupuesto lógico, situándonos en el ámbito trascendental kantiano, es un “operador” lógico que presupone el momento de forclusión, totalización de un significante, que instaura el campo social como susceptible de existir, es el primer axioma que permite al sistema todo movimiento y permutación; en esta primera acepción la Grundnorm es la forma pura y abstracta de la ley vacía de todo contenido.¹⁵ En su segundo aspecto, la norma hipotética fundamente se presenta como una decisión absoluta, un momento de violencia fundadora, necesaria para dotar de un significado trascendental a un contenido particular cualquiera; ambas concepciones de la norma fundamental permiten pensar en la negatividad como condición originaria ontológica. Como es sabido, Kelsen hacia el final de su vida insistió en la idea de que la norma fundante era una “ficción”,¹⁶ una mera suposición o invención, es decir, de manera análoga al problema de la interpretación jurídica como política jurídica, el objetivo de Kelsen era señalar que el momento fundacional de los sistemas jurídicos, no puede arrojarse retroactivamente de los mantos de la metafísica o de la pureza metódica, es un territorio de disputa abierta, donde solo la vorágine de la transformación social y la lucha política radical, podría aspirar a momentáneamente tener la última palabra.

La idea de la norma hipotética fundante remite no solo a una categoría negativa, sino a la dimensión de la potencia metafórica e inventiva ya señalada por filósofos como Nietzsche,¹⁷ la norma hipotética es un significante maestro, un referente particular elevado al papel de presupuesto estructurador del “sentido común”, que dota de su sentido literal a toda significación susceptible de ser articulada. Bajo la postura de que esta categoría, al introducir los atisbos de la negatividad en el pensamiento del derecho y la política, podemos referirnos a una de las tesis fundamentales del presente trabajo; todo el potencial subversivo presente en la idea de la Grundnorm como significante maestro, fue abandonada por la teoría jurídica contemporánea en su transición hacia el estado democrático constitucional. La teoría jurídica de corte neoconstitucionalista, al estar construida sobre una concepción de la razón comunicativa habermasiana, presente al derecho como un campo discursivo dentro del cual se actualiza mediante una serie de principios metodológicos, epistemológicos y argumentos, la cualidad de la “imparcialidad”, mostrando la argumentación jurídica bajo esta óptica dialógica, como un espacio en que los actores sociales pueden deliberar en un plano de igual, sin que median las relaciones y estructuras de poder asimétricas que dan forma al campo jurídico.¹⁸

15.- “De acuerdo con la doctrina de Kelsen es lógicamente necesario que en todo sistema jurídico exista una norma fundamental. Se puede decir que la norma fundamental existe puesto que Kelsen dice que ésta es válida, y la validez es el modo de existencia de las normas. Esto no significa que todas las normas fundamentales sean idénticas en contenido. En ningún caso dos normas fundamentales pueden tener el mismo contenido. Todas ellas son llamadas normas fundamentales no en razón de sus contenidos sino en virtud de que todas ellas comparten la misma estructura, la misma posición única cada una en su propio sistema, en razón de que todas ellas realizan las mismas funciones”; Raz, Joseph, “La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral”, México, UNAM-III, 1987, p. 158.

16.- Un estudio completo donde este dicho puede ser encontrado: Correas, Oscar, “Y la norma fundante se hizo ficción”, Revista Crítica jurídica latinoamericana, México, CEIICH-UNAM, no. 18, junio 2001, pp. 71-97.

17.- No debe sorprendernos que Vahinger, quien fue profundamente estudiado por Kelsen, a su vez profundizara en el contexto de ficción nietzscheano, véase, Vahinger, Hans, “La voluntad de ilusión en Nietzsche”, en Nietzsche, Friedrich, Verdad y mentira en sentido extramoral, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 86-117.

18.- Esta crítica en su forma más básica, podemos encontrarlo, por ejemplo, en el análisis que, de la teoría habermasiana, realiza Axel Honneth. Véase Leyva Gustavo y M.S. Madureira Miriam, “La escuela de Frankfurt el legado de la teoría crítica” en Introducción al pensamiento crítico y a la teoría crítica frankfurtiana, Mier Raymundo y Polidori Ambra, UAM-Gedisa, México 2019. P. 119.



El sentido de la arqueología foucaultiana como una indagación de las condiciones de posibilidad o de la genealogía como una desmitificación del origen en tanto invención es un aspecto interesante en el que podemos hacer dialogar a Foucault con las lecturas subversivas de Kelsen, sin embargo, no son los únicos sentidos en que podemos catalogar el pensamiento de Foucault como “crítico”, podemos establecer otra correlación, partiendo de la idea de que Foucault era un pensador de la “crisis”, definiendo esta como un “momento sin logos” o un momento más allá de todo logos; en una bella reconstrucción del pensamiento Foucaultiano, Paul Veyne¹⁹ nos recuerda en qué sentido Foucault solía oponer la tarea del filósofo a la del historiador; mientras que el filósofo tiene la función construir grandes narrativas que expliquen la multiplicidad histórica como permutación posible de un número de principios finitos, el historiador tiene como tarea la extracción del momento absolutamente singular de la serie, es decir, el momento histórico que sitúa en los límites de las series, los límites de cualquier modelo y ley, en términos de la concepción althusseriana tardía de “un materialismo aleatorio”,²⁰ podríamos señalar que la ontología Foucaultiana es una en la que el ser preexiste al orden, razón (logos), y en su devenir se sitúa en sus intersticios, en sus espacios oblicuos, imperceptibles.

Es por esto que resulta imposible seguir la tesis habermasiana del criptonormativismo foucaultiano,²¹ pensar a Foucault como un pensador para quien era imposible escapar de las redes del poder, debido a su constitución omnimoda; muy por el contrario, consideramos que una ontología como la Foucaultiana, tal como señalamos en la metáfora de Pao Cheng, es una metodología crítica capaz de plantear estrategias concretas en la forma de una analítica concreta de los dispositivos de poder, generando espacios y posibilidades de desarticulación y resistencia.

III.- Foucault y la Justicia

El problema de la justicia atraviesa transversalmente diferentes periodos de la obra de Michel Foucault, pero particularmente, nos centraremos en la relación íntima que Foucault parecía ver en este concepto con la vinculación en la relación saber-poder y la forma que se manifiesta en las sociedades denominadas disciplinarias. Durante este periodo Foucault problematiza los mecanismos en que se construye y obtiene una verdad jurídica en los procesos jurisdiccionales propios de las sociedades disciplinarias, y caracteriza en múltiples ocasiones, la forma en que el momento de obtención de una verdad y de su inscripción simbólica en el saber de la comunidad política, puede identificarse con el momento en que se hace justicia.

En uno de los textos pertenecientes a este período, más emblemáticos sobre el problema de la justicia (la verdad y las formas jurídicas),²² Foucault analiza a través de una interpretación

19.- Paul Veyne, *Ibid.*, p.28.

20.- Cfr. Althusser, Louis, *Para un materialismo aleatorio*, Arena libros, Madrid. 2002, capítulo 1.

21.- Habermas, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, Madrid, 1993, pp. 289 y ss.

22.- En su análisis de Edipo como mito fundacional de un paradigma de verdad en las formas jurídicas, Foucault comenta “la historia del derecho griego compendia una de las grandes conquistas de la democracia ateniense: la historia del proceso a través del cual el pueblo se apoderó del derecho de juzgar, de decir la verdad, de oponer la verdad a sus propios señores, de juzgar a quienes lo gobernaban.” Foucault Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1996, p. 54.



muy particular del mito de Edipo la ruptura epistemológica que se da en la transición entre dos modelos sobre “cómo hacer justicia”, la forma en que se pasa del mecanismo metafísico de “la prueba” al procedimiento de dilucidación de la verdad mediante el testimonio de un sujeto a la vez privilegiado (por ser capaz de ofrecer una verdad que pone fin a la controversia), pero a la vez común, puesto que esta posición estructural puede ser adoptada por un sujeto cualquiera.

En estricto sentido este proceso de ruptura epistemológica puede ser pensado como un proceso de “democratización de la verdad”, bajo la reserva de entender tal democratización como un concepto infinitamente abierto e inacabado, esta perspectiva quizás podría permitirnos conceptualizar a Foucault como un pensador completamente ajeno a cualquier forma de “relativismo o posmodernismo”, puesto que en cierto sentido la reflexión foucaultiana apunta a un vector de resistencia y de constante “avance” en la construcción de nuevas formas de pluralismo; podríamos concebirlo en términos nietzscheanos bajo la categoría como un “nihilismo activo”, en constante proceso de reinención pero también, propia de arraigado escepticismo a cualquier forma de absolutismo.

V.- Foucault y el Derecho, bosquejo de una cartografía posible

Con el objeto de trazar con una mayor pertinencia los puntos de encuentro entre el pensamiento de Foucault y las teorías jurídicas críticas, me gustaría desarrollar un somero esbozo sobre algunas de las nociones ontológicas y epistemológicas fundamentales de estas formas de aproximarse al derecho como objeto de estudio y como problemática social.

Debido a la amplitud del significante “Crítica Jurídica”, nos vemos en la necesidad de acotar los referentes, situándonos dentro de este campo en las reflexiones elaboradas dentro de la denominada “Crítica jurídica latinoamericana”, particularmente tomando como referente al jurista argentino Oscar Correas, cuya postura se integra no solo por un riqueza filosófica (tomando elementos de pensadores como Giordano Bruno, Marx, Hume, Kelsen), sino también por un enfoque interdisciplinario que frente a las concepciones más formalistas de lo jurídico, integra elementos antropológicos, sociológicos, económicos y semióticos al campo de la reflexión jurídica

La teoría del derecho de Oscar Correas consiste en la problematización del Derecho como objeto texto-cultural,²³ es decir, como materialidad histórica que en su devenir posee una genealogía concreta. El carácter del Derecho como objeto-texto (discurso), lo vuelve un material de carácter abierto, problemático e inacabado; que solo termina de actualizarse en la práctica e interpretación que conforma la pugna política por la construcción y deconstrucción de un sentido hegemónico.

El derecho es la forma en que está organizada la violencia en una sociedad mediante la dominación ideológica: un discurso preescriptivo, detentador de sanciones y estructurado como un discurso ideológico por otro lado, el Derecho es un “campo de batalla”, un espacio semiótico de causalidad compleja entre los hechos y el sentido, abierto a la apropiación y a la alternatividad un componente cuyas contradicciones inherentes e incompletitudes pueden ser rearticuladas en torno al reconocimiento de nuevas formas de organización y experimentación social.

23.- Cfr. Correas, Oscar, Teoría del Derecho. Editorial Fontamara, CDMX, 2010.



Esta idea del derecho como potencialidad también significa una apertura a la confrontación del Derecho con su contorno negativo, la desobediencia radical; el derecho último a reivindicar es la perpetua lucha de la desobediencia por la transformación del Derecho en una forma más justa, el derecho solo puede encontrar su justificación última en la posibilidad de ser desobedecido y en última instancia, al salir de sí mismo, ser transformado.

Una de las vertientes de reflexión que se han desarrollado en la teoría jurídica crítica contemporánea, en el análisis epistemológico de los modelos de racionalidad que sostienen a los sistemas jurídicos contemporáneos, particularmente, los sistemas jurídicos pertenecientes al periodo de la posguerra, caracterizados por la predominancia de lo que se ha denominado una “textura abierta” del derecho, y por la implementación de toda una nueva serie de heurísticas y metodologías, que permiten al concebir y aplicar el derecho, integrar de manera sistemática a las normas y principios, partiendo de una lógica de lo “razonable”.

En estricto sentido, estas nuevas formas de concebir y de aplicar el derecho, hasta cierto punto identificables con la corriente hegemónica del “neoconstitucionalismo”, están fundamentadas en una antropología política de corte habermasiano, así por ejemplo, toda la teoría de la argumentación jurídica de un autor como Robert Alexy, quizá uno de los juristas más importantes del siglo pasado, está construida como un caso específico de la teoría de la razón práctica desde la perspectiva de la acción comunicativa habermasiana. Esta antropología política parte de una idea la naturaleza humana como naturaleza discursiva y comunicacional plantea como un acto humano irreductible, la capacidad de establecer y construir fines y consensos para la satisfacción de las necesidades humanas y los fines de la cultura.

En estricto sentido, la forma más abstracta de este escenario virtual hipotético, de la misma manera que otros escenarios de igual importancia para la fundamentación del Derecho contemporáneo (como la posición originaria de Rawls), asumen la posibilidad de un espacio no trastocado por las relaciones de poder. Así por ejemplo, la teoría contemporánea de la argumentación jurídica, cree haber encontrado en el perfectible modelo de la democracia constitucional, y particularmente en la figura del tribunal constitucional, como espacio idóneo de la dilucidación por las disputas políticas entorno a los significados del Derecho, un auditorio universal, en términos de la teoría de la argumentación jurídica de Chaim Perelman, en donde todas las voces pueden ser escuchadas en un concierto armónico sin que medie alguna forma de violencia que predisponga cierta clase de respuesta frente a otras.²⁴

Considero suficiente trazar estas líneas en torno a la reflexión jurídica crítica, para señalar algunos de los puntos concretos en los cuales esta coincide, pero también puede verse enriquecida por las reflexiones foucaultianas. En primer lugar, la perspectiva foucaultiana podría complementar a través de su método arqueológico la caracterización del Derecho no solo como un dispositivo de poder, sino también como objeto-texto-discurso susceptible de una analítica histórica en la búsqueda de su desmitificación, aspecto en que la teoría crítica jurídica resulta conciliable con la pretensión genealógica de la obra de Foucault, además ambas en última medida, pueden considerarse como una profundización de la crítica a la economía política de corte marxista, es decir, ambas teorías permiten una caracterización de los sistemas jurídicos contemporáneos como dispositivos reproductores, mediante sus formas de control de los saberes y las subjetividades, de las relaciones sociales de producción capitalistas.

24.- Una crítica y desarrollo de estas posturas desde la crítica jurídica latinoamericana, puede ser encontrada en: Sandoval Cervantes, Daniel, *Saber, violencia y derecho moderno capitalista*, Fontamara, CDMX, 2015. Ya en este texto se presentan algunos vasos comunicantes entre estas ideas y la teoría de Michel Foucault.



Aún más precisamente sobre el segundo punto planteado, la crítica epistemológica a los modelos de racionalidad implícitos en el modelo neoconstitucionalista que sostiene las democracias constitucionales existentes, tanto la teoría crítica como la arqueología foucaultiana, apunta a una crítica radical de la tesis de una naturaleza humana discursiva, comunicaciones y acabada cuya institucionalización permitirá la expresión de sistemas jurídicos “ eminentemente racionales ” despojados de la violencia constitutiva, en términos de la filosofía de Walter Benjamin, de la que dependen ontológicamente; aún más, considero a reserva de una profundización explícita en una investigación de carácter más elaborado, que la crítica al neoconstitucionalismo como teoría jurídica hegemónica, y la crítica a la biopolítica como paradigma de gobernabilidad, se complementan mutuamente como una crítica de las condiciones de posibilidad de la reproducción de las relaciones sociales capitalistas vigentes.

Conclusiones

Foucault es un pensador que pese a no haber establecido un “ teoría general ”, construyo diversas líneas de reflexión en torno a la naturaleza aporética del problema de la justicia, el carácter de los dispositivos de poder en el paradigma biopolítico; la producción de subjetividades como instancia nodal de las condiciones de reproducción de las relaciones de producción capitalista, y de los problemas de la representación moderna y la dialéctica del poder. Considero de manera puntual, que las reflexiones en torno a Foucault y el Derecho, nos permiten observar desde una nueva perspectiva las aporias de la teoría constitucional contemporánea, en estricto sentido, tal teoría hoy en día, parte de los presupuestos epistemológicos, ontológicos y éticos, de una concepción del lenguaje que es proveniente de una idea comunicaciones y discursiva de la naturaleza humana, que parte de una distinción entre en lenguaje y el poder, como espacios diferenciados y muchas veces opuestos; tal concepto es uno de los pilares que permite a la teoría jurídica contemporánea, construir una idea de imparcialidad que invisibiliza las formas de violencia presentes en el mismo lenguaje del Derecho, es decir, la analítica del poder de Foucault, así como su concepción aporética e inacaba de la justicia, plantean un fuerte cuestionamiento a las formas jurídicas, que bajo una pretensión universalista de la ética del discurso, se presentan como una nueva máscara de la violencia que permea el lenguaje y el espacio social .

Estas diversas líneas de reflexión encuentran convergencia con varias de los ejes temáticos trazados por la crítica jurídica latinoamericana, la crítica de la racionalidad propia de la genealogía y la arqueología foucaultiana, es capaz de dialogar y enriquecer la crítica de las formas de racionalidad con pretensiones de universalización que permean los sistemas jurídicos propios de la posguerra, de igual forma, la crítica a la justicia esbozada por Foucault, es compatible con el anarquismo epistemológicos kelseniano presentado por el “ Otro Kelsen ” de Oscar Correas, ya que desde ambas posturas es posible plantear una crítica radical a la forma de razón que sostienen las concepciones actuales de justicia en el campo del derecho. Estas reflexiones marcan apenas una cartografía de lo posible, que da posible indicio de un diálogo más profundo y prolífico entre ambos ejes teóricos.



Bibliografía

- Agamben Giorgio, *State of exception*, University of Chicago Press, Chicago, 2015.
- Althusser, Louis, *Para un materialismo aleatorio*, Arena libros, Madrid. 2002.
- Correas, Oscar, *Teoría del Derecho*. Editorial Fontamara, CDMX, 2010.
- Deleuze, Gilles, *Empirismo y subjetividad*, Gedisa, Barcelona.
- Deleuze, Gilles, Foucault. *Saber*, Ed. Cactus, Buenos Aires, 2015.
- Elizondo, Salvador, *Narda o el verano*, Fondo de Cultura Económica, CDMX, 1966.
- Foucault, Michel, *El orden del discurso*, Fabula Tusquets, Buenos Aires, 2005.
- Foucault, Michel, *Esto no es una pipa*, Anagrama, Barcelona, 1973.
- Foucault, Michel, *La sociedad punitiva*, FCE, CDMX, 2016.
- Foucault, Michel, *Las palabras y las cosas*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1986.
- Foucault Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1996.**
- Foucault, Michel, *Obras esenciales*, Paidós, Barcelona, 2010.
- Habermas, Jurgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, Madrid, 1993
- Mier Raymundo y Polidori Ambra, *Introducción al pensamiento crítico y a la teoría crítica frankfurtiana*, UAM-Gedisa, México 2019.
- Sandoval Cervantes, Daniel, *Saber, violencia y derecho moderno capitalista*, Fontamara, CDMX, 2015.
- Veyne, Paul, Foucault. *Pensamiento y vida*, Paidós, Barcelona, 2009.

