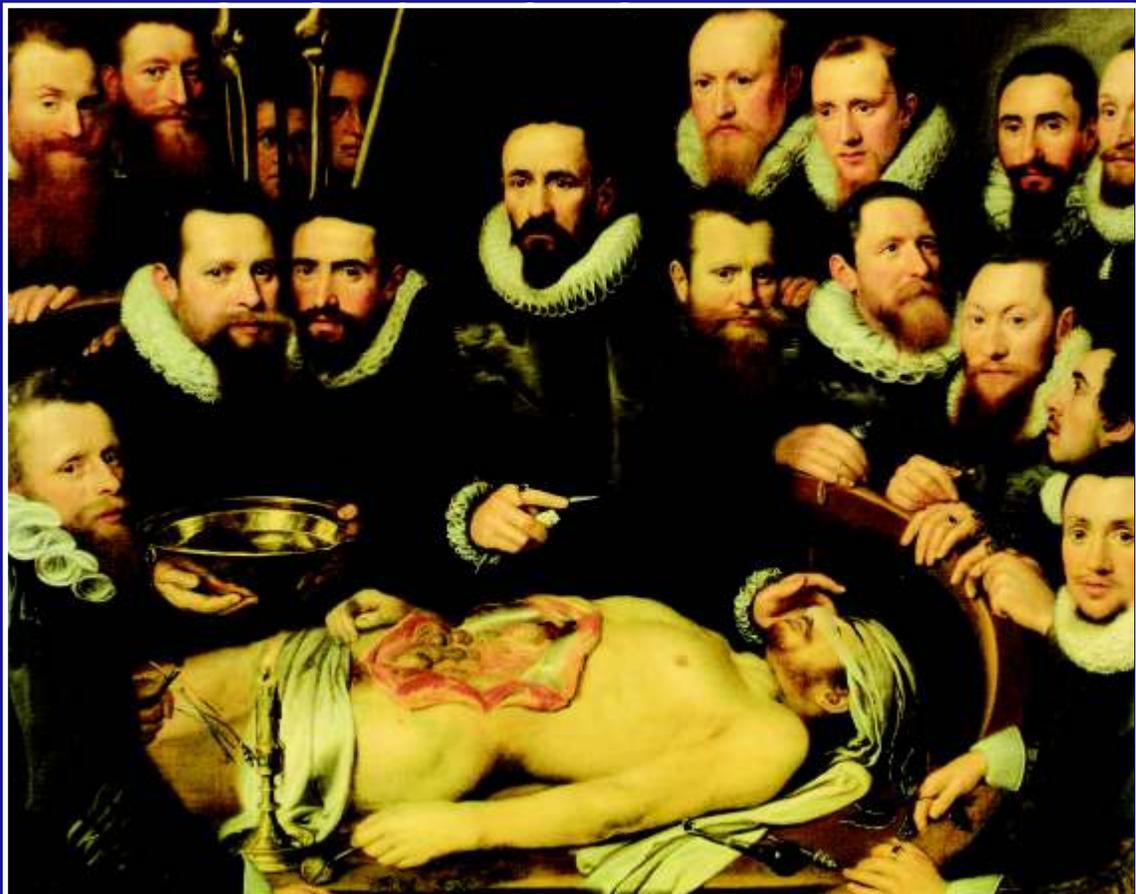


David Orrego Fernández

Para una historia judicial del cuerpo: aproximaciones a Michel Foucault



UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA

1803

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS

Colección mejores trabajos de grado

David Orrego Fernández

Para una historia judicial del cuerpo: aproximaciones a Michel Foucault



UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA

1803

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS

Colección mejores trabajos de grado

La colección mejores trabajos de grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, surge con el objetivo de hacer visibles los trabajos de grado de pregrado y posgrado de nuestra Unidad Académica que han sido distinguidos con la máxima calificación, y como una manera de reconocer a quienes, gracias a su esfuerzo, recibieron recomendación de publicación del texto completo por parte de sus jurados.

Hernán Darío Vergara Mesa
Decano

Para una historia judicial del cuerpo:
aproximaciones a Michel Foucault
© David Orrego Fernández
© Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Edición: 2010
ISBN: 978-958-714-341-6

Este libro hace parte de la colección
MEJORES TRABAJOS DE GRADO
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Antioquia
Número 1

Corrección de textos: Andrés Vergara Aguirre
Diseño, diagramación e impresión: Librería Jurídica Sánchez Ltda.
Calle 46 No 43-43, PBX: (57-4) 444 44 98
Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Foto carátula:
Lección de Anatomía del Dr. Willem van der Meer,
por el pintor holandés Michiel Jansz van Mierevelt (1617)

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Oficina de Comunicaciones
Teléfono (57-4) 219 58 54
Correo electrónico: derecho@mitra.udea.edu.co
Página web: <http://derecho.udea.edu.co>
Ciudad Universitaria
Calle 67 No 53-108, bloque 14
A.A. 1226
Medellín - Colombia

Hecho el depósito que exige la ley.
Prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por cualquier
proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme,
offset o mimeógrafo. (Ley 23 de 1982)

AGRADECIMIENTOS

A la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, por hacer posible esta publicación.

Al profesor Julio González Zapata, por indicar los renglones torcidos de la sospecha.

A los compañeros del Departamento de Historia de la Universidad de Antioquia, Diego Ossa, Diana Henao y Ronald Balaguer, por las discusiones sobre la obra de Foucault.

A Susana, por su paciente compañía.

A quienes permitieron que este libro viera la luz, y que escapan de mi memoria.



CONTENIDO

Pág.

Presentación	11
Introducción	17

Primera Parte Los caminos a la confesión

1. El cuidado de sí (cuerpo–sujeto y verdad)	23
1.1. La Grecia clásica	24
1.1.1. Sujeto y verdad	24
1.1.2. La relación con el cuerpo	25
1.1.2.1. La aphrodisia	25
1.1.2.2. La aphrodisia y la dietética	27
1.2. Los primeros siglos de nuestra era	28
1.2.1. Sujeto y verdad	28
1.2.1.1. El examen de conciencia	30
1.2.2. La relación con el cuerpo	31
1.3. Los primeros siglos del cristianismo	32
1.3.1. Sujeto y verdad	33
1.3.2. La relación con el cuerpo	34
2. Orígenes y evolución de la confesión	35
2.1. La penitencia (un modelo jurídico)	35
2.1.1. El cuerpo	35
2.1.2. Sujeto y verdad	36
2.2. La penitencia tarifada: un modelo judicial	37
2.3. El Concilio de Letrán	37
2.4. El Concilio de Trento	39
2.4.1 Pasos para la confesión	40
2.4.2 Manejo de la sexualidad y del cuerpo	41

Segunda parte
Indagación y examen

1. La indagación	45
1.1. La prueba	46
1.1.1. La verdad	46
1.1.2. El cuerpo	47
1.2. La indagación	47
1.2.1. La indagación y la verdad	49
1.2.2. La confesión	51
1.2.3. El cuerpo y el suplicio	52
1.2.3.1. El suplicio	52
1.2.3.2. La tortura	53
2. El examen	54
2.1. El momento cartesiano	54
2.2. La emergencia del saber médico	55
2.2.1. La biología	55
2.2.2. El saber médico	56
2.3. Las sociedades disciplinarias	57
2.4. El examen	58
2.4.1. La confesión y el examen	59
2.4.1.1. De la confesión de la carne al examen psiquiátrico	60
3. La medicina legal	60
3.1. El crimen monstruoso y la psiquiatría legal	62
3.2. El individuo peligroso (el cuerpo del criminal)	64
3.2.1. Lombroso	65
3.2.1.1. Cuerpo-sujeto-verdad	65

Tercera parte
Formas contemporáneas de instrumentalización del cuerpo

1. El cuerpo de la víctima	69
1.1. El juez y el médico	70
2. Intervenciones corporales: aspectos en Colombia	72
2.1. Definición	72
2.1.1. La voz de los textos	75
2.2. Las intervenciones corporales desde una perspectiva Foucaultiana	79

2.2.1 El sujeto de derecho y el sujeto de la norma	79
2.2.2. Las prácticas judiciales (indagación y examen).....	80
2.2.3 La confesión	80
2.2.4. Una derrota	81
2.2.5. Cuerpo-verdad-sujeto	81

Conclusiones

1. La relación objeto-sujeto	83
2. Confesión y prácticas judiciales	83
3. El cuerpo	84
4. Sujeto y verdad	85
5. Intervenciones corporales	85
Bibliografía	87



PRESENTACIÓN

Cuando se lee el título de la monografía que presento, creo que al lector le surgirán los mismos interrogantes que, en un primer momento, me surgieron a mí: ¿qué tiene que ver la historia del cuerpo con el derecho?, ¿por qué a un estudiante de derecho le interesa abordar ese tema precisamente desde la óptica de un pensador que no es abogado?

Los anteriores interrogantes quedaron completamente resueltos al abordar la lectura del trabajo de David Orrego Fernández y me llevé una grata sorpresa al comprobar que es posible acometer el estudio de temas de derecho procesal penal, que parecen tan ajenos a la propuesta teórica de Michel Foucault, y que se haga de una forma tan clara y precisa.

El trabajo de David Orrego Fernández trata de una manera diferente y novedosa, un tema bastante polémico en el derecho procesal penal: las intervenciones que puede ordenar el fiscal o el juez sobre el cuerpo del sindicado, aun en contra de su voluntad, para que sirvan como medio probatorio dentro del proceso.

El trabajo titulado *Para una Historia Judicial del Cuerpo: aproximaciones a Michel Foucault*, tiene por objetivo, entonces, analizar, pero especialmente cuestionar, la figura establecida en el Código de Procedimiento Penal Colombiano en los artículos 247 a 249, desde la perspectiva teórica de un autor tan amado, para unos, y tan odiado, para otros, como Michel Foucault. Para alcanzar su objetivo el autor emprende el estudio del cuerpo del sindicado desde la óptica de tres dispositivos judiciales: la confesión, la indagación y el examen.

El trabajo que presento está dividido en tres partes. La primera, denominada Los caminos a la confesión, se ocupa de la relación existente entre el cuerpo, el sujeto y la verdad. En ella, después de explicar lo que los griegos antiguos y el

cristianismo entendieron por dichos conceptos, David logra precisar los orígenes y la evolución de la confesión: de práctica religiosa a práctica judicial que pretende «arrancar la verdad» al sindicado.

La segunda parte, trata sobre La indagación y el examen. En este lugar es posible esclarecer cómo y por qué se estatiza la justicia, es decir, cómo y por qué el Estado despoja del litigio a los interesados en el resultado del mismo. Igualmente, es posible entender cómo a partir de la indagación, que precede a la confesión, se pretende construir una «verdad». Cuando se trata el tema del examen como práctica médica y posteriormente como práctica judicial, el autor se acerca mucho más al objetivo propuesto; en ese punto David afirma que es a partir del examen, que realiza el que ejerce el poder, que se logra observar el cuerpo del hombre, para establecer una «verdad».

Después de que David logra, de una manera clara, precisa y contundente, proporcionar al lector las herramientas teóricas necesarias para entender la estrecha relación que existe entre el cuerpo, el sujeto y la verdad y cómo ésta se consigue a partir de unas determinadas prácticas judiciales, aborda, en la tercera parte, denominada Formas contemporáneas de instrumentalización del cuerpo, el estudio de las figuras procesales antes aludidas.

Después de ocuparse del estudio del cuerpo de la víctima mirado desde la óptica de la medicina legal, el autor consigue mostrar cómo el examen del médico a través de la observación corporal y el examen del juez, a través de la indagación, siguen, prácticamente, la misma técnica.

Finalmente, el autor emprende el estudio, análisis y crítica de las intervenciones corporales autorizadas por el Código de Procedimiento Penal Colombiano desde una perspectiva Foucaultiana y demuestra en dicho aparte una lectura cuidadosa y detallada de algunos de los textos del autor y consigue que el lector, aun el que no estuviese familiarizado con las obras de Michel Foucault y su propuesta teórica, entienda de una forma sencilla, mas no simplista, las categorías o conceptos básicos de dicho pensador.

Considero que es valioso e interesante que a un estudiante de derecho le preocupen temas y autores, que a simple vista, nada tendrían que ver con el derecho, y que además logre, como en este caso, articular de una forma clara y



precisa esos temas y autores con instituciones del derecho, lo que se convierte en una novedad.

No me resta nada más sino invitar al lector a que se arriesgue a leer un texto que se sale de lo estrechos esquemas de las normas y los incisos, y que sobrepasa la rigidez y el formalismo de los textos, leyes y jurisprudencias, sin apartarse de los cánones de la disciplina en la que se inscribe el trabajo de David Orrego Fernández.

Lina Adarve Calle
Profesora
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia



***La justicia persigue al cuerpo
más allá de todo sufrimiento posible***

Michel Foucault

Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión



INTRODUCCIÓN

La lectura emprendida de los textos más relevantes de Michel Foucault, desde hace un par de años, me ha conducido a comenzar la búsqueda de ciertas prácticas judiciales, para llevar a cabo un estudio crítico de las mismas. Es entonces la obra de Michel Foucault, como en algún momento lo hubiera pretendido él, una *caja de herramientas* para operar en un punto concreto de la crítica a los mecanismos de poder y saber de nuestras sociedades. El espacio de este estudio crítico se centrará en las prácticas judiciales sobre el cuerpo.

La empresa a la que me veo abocado, es el planteamiento de una teoría crítica del derecho, de una historia de su ejercicio. Por este motivo lo jurídico, tomando distancia de aquellos que han intentado hacer una idea pura de él, considerándolo un objeto de estudio sistemático, aislado y por ende científico, cada vez debe anudar más vínculos con otras posibilidades discursivas como la sociología, la filosofía, la literatura, la historia etc. La obra de Michel Foucault puede ser uno de los caminos para realizar este cometido.

Sin embargo, Foucault no sólo plantea un problema de método; su obra aporta también, en algunas de sus tesis centrales, elementos importantes para el desarrollo del presente estudio:

Asumiendo la idea foucaultiana del sujeto como una creación discursiva y estableciendo intertextualidades con el filósofo Alemán Friedrich Nietzsche – sobre la idea en que se relacionan epistemológicamente el sujeto y el objeto de conocimiento – este estudio propone una lectura frente a las diferentes formas de subjetividad, construidas a partir del manejo que las diferentes instancias de poder han emprendido sobre el cuerpo humano.

La subjetividad en la historia de las prácticas judiciales, siempre ha ocupado un lugar preponderante, por eso desde la idea del cuidado de sí mismo, elaborada

por Michel Foucault, se establece en el pensamiento antiguo (desde los diálogos de Platón hasta los primeros siglos del cristianismo) una relación del sujeto con la verdad, una producción de discursos ininterrumpidos, para poder encontrarla ya sea en su interior – para efectos de cuidar y constituir la propia subjetividad – o para transmitir sus saberes a un tercero. En esta última parte Foucault nos planteará los orígenes de la confesión.

La confesión es entonces el primero de los dispositivos judiciales; el sujeto parlante es una condición para acceder al discurso verdadero. Por eso la Inquisición, durante la Edad Media y el Renacimiento, necesitaba de la confesión. Desde entonces el cuerpo ingresa como objeto para establecer verdades en los tribunales; sólo como un instrumento para el acceso a esa verdad.

Pero los siglos transcurren y las formas bajo las cuales se configura la verdad cambian; en ese sentido se establecen discontinuidades (donde lo que se piensa en una época, pierde vigencia para la siguiente). Así, la modernidad se caracteriza por haber ingresado la serie de saberes que inauguran al hombre como objeto de conocimiento; es el espacio en el cual se abren las condiciones de posibilidad para que emerja la medicina como apoyo de la penalidad en la búsqueda de la *verdad*.

La medicina legal del siglo XIX hará parte de un fenómeno que Foucault llamará *biopolítica*: en estas prácticas la penalidad se expande hasta la experiencia del saber médico. Un nuevo sujeto surge de esos ejercicios: el hombre delincuente, el que mediante su cuerpo ofrece, a positivistas como Lombroso, la certeza del individuo peligroso.

Pero el individuo peligroso no es el único sujeto de la medicina legal; un desplazamiento en la relación del discurso médico y el discurso judicial se establece a partir de la inserción de técnicas como la criminalística, constituyendo nuevas dinámicas de poder: la víctima como sujeto y su cuerpo como fuente de verdades. De allí las relaciones juez–médico se hacen tan estrechas como indispensables en el desarrollo de sus dispositivos.

Hasta este momento el binomio de lo judicial y lo médico se había mantenido de una manera más o menos delimitada, y el método de sus prácticas se podía entender de un modo diferenciado. Por un lado lo judicial se había desarrollado, bajo la forma medieval de la indagación, como aquel conjunto de técnicas utilizadas



para reconstruir un pasado; y por el otro, lo médico, con la moderna forma del examen. Sin embargo cuando surge el saber técnico del perito médico como posibilidad para establecer la reconstrucción de un pasado, los vínculos establecidos se replantean; las relaciones entre el sujeto, su cuerpo y las prácticas judiciales, pasan a otro nivel. Ahora tanto lo médico como lo judicial se confunden, la indagación y el examen confluyen en una sola práctica: las intervenciones corporales.

Este esbozo histórico establece particulares vínculos entre el sujeto, su cuerpo y la verdad en las prácticas judiciales, para efectos de leer las intervenciones corporales y responder a las inquietudes que motivan este trabajo, sobrepasando el mero análisis a partir de la jurisprudencia y la ley. En este sentido es importante resolver cuáles son los vínculos que se anudan frente a los dispositivos que hoy en día se llevan a cabo entre el individuo (sujeto a unas prácticas) y el poder punitivo. Este es el enfoque del presente trabajo.





PRIMERA PARTE
LOS CAMINOS A LA CONFESIÓN








I. EL CUIDADO DE SÍ (CUERPO–SUJETO Y VERDAD)

Iniciar una historia del cuerpo leyendo la obra de Foucault implica, necesariamente, comenzar por el final de ésta. Se afirma lo anterior porque durante los últimos años de su vida, el filósofo francés dedicó su atención a las prácticas (filosóficas y éticas) de la antigüedad; recorrido que va desde Grecia hasta los primeros siglos del cristianismo. Por lo tanto, ignorar el enfoque que da Foucault a las relaciones de los antiguos con la verdad, con el cuerpo y con las distintas formas de subjetividad, es dejar incompleto el fundamento sobre el cual la genealogía del poder se hizo tan particular a partir del cristianismo y desde las prácticas modernas de instrumentalización del cuerpo, mediante las relaciones de saber y poder.

En este primer capítulo se resaltarán los episodios más importantes de la última etapa de la obra de Foucault, y se inicia con una mirada a las relaciones del cuerpo con la verdad y el sujeto que accede a ellas.

Tres eran los momentos, señala Foucault, en que se llevaba a cabo la elaboración de un concepto, en principio ajeno a nosotros, que se identificaba como *cuidado de sí* o *inquietud de sí*, en las reflexiones morales de los principales pensadores: en primer lugar, la Grecia de Sócrates y Platón; después, los primeros siglos de nuestra era, y por último los comienzos del cristianismo.

El concepto *cuidado de sí* viene del griego *epimeleia Heautou*, y durante mil años – de Platón a San Agustín – fue una constante en las distintas reflexiones sobre la condición del sujeto; y aunque durante un milenio este concepto de *cuidado de sí* reportó modificaciones considerables por no decir insalvables, la constante era prácticamente la misma: la preocupación del sujeto por sí mismo, por su cuidado al momento de relacionarse con el mundo.

Párrafos anteriores se señalaba que el concepto de *epimeleia* era algo totalmente ajeno para nosotros, pues lo que en Occidente se conoce, desde los diálogos de Platón, y es tomado como el pilar de la filosofía occidental moderna, es el *conócete a ti mismo* (*gnothi seauton*). Lo que Foucault quiere establecer en textos como los tomos II y III de *Historia de la sexualidad*, *Las tecnologías del yo* o las lecciones del *collège de France* conocidas como *La hermenéutica del sujeto*, es que el *cuidado de sí* mismo constituía una prescripción importante para quien quisiera emprender el camino de la filosofía – el acceso a la verdad –, y de una ética que consagraba la inquietud por sí mismo.

1.1. La Grecia clásica

1.1.1. Sujeto y verdad

Si bien las relaciones entre la *epimeleia* – como un cuidado de sí –, y el *gnothi seauton* – como un conocerse a sí – son bastante complejas, un texto como el *Alcibíades* de Platón plantea una estrecha relación entre ambos conceptos. Sócrates y su interlocutor, un joven de nombre Alcibíades, comienzan el diálogo con las preguntas que le dirige al joven frente a sus deseos, como miembro perteneciente a una élite en Atenas. Alcibíades le manifiesta la intención de gobernar la ciudad,² dejando a un lado su estatus; al preguntarle Sócrates por su educación, le hace caer en la cuenta de su ignorancia para afrontar los problemas de la ciudad; ignorancia que se manifiesta, precisamente, no hacer uso de la *epimeleia* como máxima de conducta y requisito para la acción política.³

El *Alcibíades* hace hincapié en la máxima délfica *conócete a ti mismo*; sin embargo ese autoconocimiento no tenía las características que tendría para la modernidad, pues la búsqueda de la verdad a través de sí mismo tiene particularidades que la emparentan con la preocupación por sí mismo.

Se afirma lo anterior porque, en primer lugar, el conocimiento a partir del *Alcibíades* de Platón se centra en la preocupación de sí (actitud de sí) para forjar el camino donde se comienza el conocimiento de sí; pero ¿cuál es ese sujeto que hay que conocer? Al tratar de dar respuesta a la anterior pregunta, Foucault concluye que el sujeto a quien hay que conocer, para la filosofía platónica, es el alma.⁴ El alma se

2. FOUCAULT, Michel. *Hermenéutica del sujeto, curso del Collège de France (1981–1982)*. 2006, p. 48.

3. *Ibid.*, p. 50.

4. *Ibid.*, p. 68.

constituye como «*sujeto de la acción*» que dirige el cuerpo (*Kresis*); en el alma se reconoce el elemento divino, momento de trascendencia, donde se descubre la sabiduría; al mismo tiempo al reconocer el elemento divino en el alma, se llega a la *reminiscencia* (elemento clave para la filosofía platónica), es decir, al recuerdo de lo ya olvidado. Finalmente, a partir de ese recuerdo de lo olvidado del elemento divino, se llega a la verdad.

Esta verdad transforma profundamente al sujeto que accede a ella. Aquí hay un elemento que será inseparable de todas las prácticas de *epimeleia*; se trata de la transformación del sujeto que llega a la verdad, el camino que se emprende requiere un proceso de cambios en el sujeto, que finalizan en la conversión total al acceder a la verdad.

Sin embargo la contemplación de la verdad como una «*meta supraceleste*» no es el único objetivo del desplazamiento hacia *sí mismo* propuesto por Platón; una segunda finalidad corresponde a la conducción ética de acuerdo con este ejercicio, para poder gobernar la ciudad; en este sentido el autoconocimiento es un ejercicio del poder en el contexto de la democracia Ateniense⁵.

1.1.2. La relación con el cuerpo

1.1.2.1. La *aphrodisia*

Si bien la búsqueda de la verdad, a través del autoconocimiento que se plantea en *el Alcibiades*, tenía un objetivo que estaba estrechamente ligado con la acción política, la relación con el cuerpo igualmente tiene implicaciones frente al ejercicio del poder. En ese sentido, el uso del cuerpo y en especial los placeres, asumen una función positiva en el proyecto ateniense de la ciudad.

De manera que aunque en el *Alcibiades* (como referente que utiliza Foucault de las prácticas de la *epimelia* durante la Grecia clásica) el objeto de mirada del autoconocimiento era el alma, ello no implicaba que el cuerpo no ocupara gran parte de las reflexiones morales y constituyera motivo de preocupaciones con respecto a su uso y su vínculo con la *aphrodisia* (actos sexuales).

De acuerdo con Richard Sennett, en la medida en que proyectaban una visión ideal del cuerpo – el cuerpo del varón – los griegos establecían una visión ideal

5. *Ibíd.*, p. 67.

del poder político ateniense.⁶ Así mismo, las relaciones sexuales representaban el ejercicio de la ciudadanía. Por ejemplo: con frecuencia las relaciones entre hombres se realizaban estando ambos de pie: «*En esta posición, dice Esquines, mantienen relaciones como conciudadanos*».⁷ Otro ejemplo lo encontramos en la oración fúnebre de Pericles narrada por Tucídides en *La guerra del Peloponeso*, donde relacionaba lo erótico con el amor por la ciudad: «*Debían enamorarse de la ciudad, utilizando el término erótico para los enamorados, esrastai, para expresar el amor por la ciudad*».⁸

Si bien la sexualidad, tal como lo expone Sennett, ocupa una función positiva en la configuración de la *polis*, en la inmensa producción literaria, filosófica o moral de la antigüedad, la práctica sexual también representaba un motivo de riesgo para el que ejerciera la *aphrodisia*; de manera que exigía una gran vigilancia de sí mismo. Foucault señala cuatro nociones que debían ponerse en práctica para problematizar el uso de los placeres:

En primer lugar, se ocupa de una noción ontológica que corresponde a reconocer lo que constituye una «sustancia ética» de las conductas sexuales: la *aphrodisia*.⁹ Por esta noción se entendían todos los actos, gestos, contactos, etc., que buscaban el placer. Para los griegos no existía la necesidad de delimitar esa *aphrodisia* en un dominio sistemático como en la pastoral cristiana con la noción de *carne*, o en la psicopatología con la noción de sexualidad.¹⁰ Sin embargo, la preocupación de sí los llevaba a definir qué constituía el uso del placer para convertirlo en objeto de reflexión.

Una segunda noción de carácter deontológico se conocía con el nombre de *crisis*. Por *crisis* se entendían las condiciones morales bajo las cuales la *aphrodisia* debía ejercerse. Es decir; ¿cómo conducirse ante los actos sexuales, para constituirse como un sujeto ético frente a éstos? Lo que no quiere decir que estas condiciones morales definieran lo permitido y lo prohibido; en este orden de cosas, el sujeto debe ajustarse moralmente a sí mismo y no a las prescripciones de un código universal de conducta.¹¹

6. SENNETT, Richard. *Carne y piedra: El cuerpo y la ciudad en la civilización occidental*. 2002, p. 53.

7. Ídem.

8. *Ibíd.*, p. 54.

9. FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad, Vol. II: El uso de los placeres*. 1993, p. 35.

10. *Ibíd.*, p. 37.

11. *Ibíd.*, p. 52.

La tercera noción tiene que ver con la ascética; nos referimos a la *enkrateia*, que corresponde a la actitud que debe asumirse sobre sí mismo, es decir, todas las prácticas para moderar los placeres y combatir los excesos. También aquí se establecen grandes diferencias con la ascética cristiana que combate la concupiscencia como efecto de la presencia del Otro (lo demoniaco). La *Enkrateia* es un combate consigo mismo.¹²

Finalmente, una noción de tipo teleológico, conocida como la *Soprosine*, o la templanza, que se entiende como el estadio final al cual hay que llegar con la puesta en práctica de las nociones anteriores. Al llegar a la *Soprosine*, se logra el gobierno de sí mismo y el ejercicio de una *libertad* que debe ejercerse para el funcionamiento de la ciudad.¹³

1.1.2.2. La aphrodisia y la dietética

Si bien las cuatro nociones señaladas antes constituían reglas prácticas de orden moral que tenían como finalidad el gobierno de sí y de la ciudad, la medicina también hizo parte de la literatura relacionada con la *epimeleia*. La estrecha relación entre el saber médico y la *dietética* no es unívoca, porque mientras para Hipócrates la diferencia de los hombres con los animales surge de la dieta, permitiendo así el origen de la medicina,¹⁴ para Platón la relación es inversa, la *dietética* emerge de las prácticas médicas.

Sin embargo, lo más importante es que la preocupación médica, a diferencia de lo que nosotros podemos ver en el saber médico de la modernidad, no consistía en la inserción de las prácticas sobre el cuerpo en el binomio de lo normal y lo patológico, sino en el marco general de la *epimeleia heautou*. Por lo tanto la *dietética* consistía en un régimen general de cuidado del cuerpo que iba desde el manejo de la alimentación, las bebidas, los ejercicios, el sueño y el acto sexual;¹⁵ consejos que no implicaban la obediencia ciega al otro.

Con relación a la *aphrodisia*, el régimen de la *dietética* aconsejaba la restricción de aquélla, en casos donde no fuera conveniente por motivos del clima, o de

12. Ibíd., p. 66.

13. Ibíd., p. 76.

14. Ibíd., p. 93.

15. Ibíd., p. 95.

salud. Es importante señalar que en estas reglas de moderación de los placeres, no hay una descalificación del principio del acto sexual; no es ni bueno ni malo. Las prescripciones enmarcadas en el ejercicio de la *dietética* sobre el cuerpo son circunstanciales, ante los efectos que pueda tener la *aphrodisia* sobre el cuerpo.¹⁶

1.2. Los primeros siglos de nuestra era

Las prácticas correspondientes a los primeros cuatro siglos de nuestra era trabajan igualmente la inquietud de sí, aunque con grandes diferencias con relación a la Grecia donde tuvo origen el *Alcibiades*. La relación sujeto-verdad y el manejo del cuerpo difieren del concepto de *epimeleia* elaborado por los griegos.

En primer lugar, para la producción filosófica de los primeros siglos, la inquietud por sí mismo ya no sólo es una práctica que cumpla una función formativa en la ciudad; la *epimeleia* cumple con unos efectos de carácter correctivo, por ello la estricta vigilancia que se debe tener de los pensamientos y las representaciones.¹⁷ De allí que se establezca una relación entre el ejercicio de la filosofía y la práctica médica.

La segunda diferencia tiene que ver con que la inquietud por sí mismo ya no es una actividad exclusiva de la juventud; de hecho las escuelas estoicas, como la de Epícteto, eran dirigidas a personas adultas. Por otro lado, la vejez cumple una función positiva en la práctica de la *epimeleia*, ya que permite el distanciamiento de las pasiones de la juventud, logrando así los fines de la meditación.

Como tercera diferencia, se encuentra el alejamiento de la política; la finalidad de la *epimeleia* no apunta al gobierno de los otros a partir del gobierno de sí mismo: el *yo* es la finalidad de esta práctica.

Éstas son unas diferencias generales del desplazamiento ético de las prioridades de la inquietud de sí. Ahora bien, existe una diferenciación mucho más importante, en lo relacionado con el sujeto y la verdad, que se explicará a continuación.

1.2.1. Sujeto y verdad

Antes de señalar las diferencias establecidas en las prácticas sobre sí mismo en su evolución durante siglos, es importante mencionar que Foucault en *La*

16. *Ibíd.*, p. 110.

17. *Ibíd.*, p. 105.

hermenéutica del sujeto separa en dos bloques estas prácticas. En primer lugar menciona las que se ejercen sobre las relaciones cotidianas como una prueba sobre sí mismo (donde tienen que ver las prácticas relacionadas con la abstinencia *gymnazein*); en esta familia se incluyen los ejercicios sobre el cuerpo. En segundo lugar, están las prácticas que se ejercen en la relación con el conocimiento y la verdad, es decir, el *autoconocimiento*, y se conocen como *melete*. Es frente a esta segunda clase de ejercicios sobre los cuales se establecen las diferencias más evidentes entre la Grecia clásica y los primeros siglos de nuestra era.

Ahora bien, tomando el *Alcibíades* de Platón como modelo de la relación que los griegos establecían con la búsqueda de la verdad a través del conocimiento, y las prácticas del período helenístico e imperial, Foucault señala de manera sistemática las diferencias que particularizan el *cuidado de sí* durante estos siglos. La primera diferenciación, resaltada por el autor, es que el cuidado de sí como *autoconocimiento* practicado por los estoicos y los epicúreos, no se encuentra centrado en la noción de *identidad*, donde el sujeto, al emprender el camino hacia la verdad, desplazaba su mirada sobre el alma, acarreando como efecto que el sujeto se reconocía a sí mismo en el alma observada; para éstos la relación es «*duplicación interior*», es decir que existe un desnivel entre las facultades que normalmente utilizamos y la razón como elemento determinante para definir el buen o el mal uso de aquéllas. El cuidado de sí consiste, precisamente, en apelar a la razón para dar un buen uso a las demás facultades que nos caracterizan como seres humanos.¹⁸

En segundo lugar, la ruptura con *el Alcibíades* consiste en que mientras en este diálogo el objeto de mirada del autoconocimiento es el alma en su *esencia*, para los epicúreos y los estoicos serán los pensamientos, las opiniones, las pasiones, etc., los objetos de esa preocupación, que la razón debe entrar a juzgar.¹⁹

En tercer lugar, la relación con lo divino, que surge para los griegos al momento del reconocimiento del alma objeto de mirada del sujeto, sigue considerándose importante para los estoicos, pero a otro nivel. Para éstos, el elemento divino es «*el cuidado de sí mismo en estado puro*»;²⁰ la proximidad con la divinidad se da en la medida que se pone en práctica la *epimeleia*.

18. *Ibíd.*, p. 434.

19. *Ibíd.*, p. 434.

20. *Ibíd.*, p. 436.

Por último, la verdad no tiene que ver con el encuentro de las realidades esenciales del alma para el gobierno de los hombres, tal como en el *Alcibíades*. Para las reflexiones de los primeros siglos de nuestra era, la verdad se sitúa en los pensamientos, las representaciones y en la conducta de acuerdo con esa verdad; para la conversión, finalmente, en un «*sujeto ético de verdad*».²¹

Ahora bien, la relación ética con la verdad se ejercía a partir de tres técnicas principalmente. Estas prácticas son la *praemeditatio malorum* (o presunción de los males), las reflexiones sobre la muerte y el examen de conciencia. Frente a los primeros dos ejercicios, se establecía la mirada a los infortunios del porvenir y de la muerte; asumiendo el futuro como un presente se anulan sus efectos.²² El examen de conciencia es el ejercicio que tiene mayor importancia para el recorrido del cuerpo a través de la historia.

1.2.1.1. El examen de conciencia

Sus orígenes se remiten a los pitagóricos; allí se tomaba como un ejercicio para purificar el pensamiento antes de dormir. Esta práctica es diferente para los estoicos; sin embargo, en ambos casos el examen de conciencia no tiene que ver nada en lo absoluto con la idea de una culpa, un castigo o un remordimiento, tal como lo asumirá siglos después el cristianismo.

Para los estoicos el examen de conciencia se debía practicar de dos maneras: uno en la mañana y otro que se llevaba a cabo en la noche.²³ En el primero, se planean las actividades que se realizarán durante la jornada, es decir, se proyecta un futuro próximo, recordando las reglas que deben regir estas acciones. En el segundo, se recuerdan las acciones realizadas en el día para evaluar si fueron o no moralmente ajustadas.²⁴

Ahora, en el examen de conciencia que se realiza durante la noche, Séneca establece el paralelo con el de un juez que debe encargarse de juzgar o evaluar las conductas realizadas en la jornada; lo que nos podría llevar a concluir que en este ejercicio existe la introyección de un modelo judicial. Sin embargo, Foucault

21. *Ibíd.*, p. 437.

22. *Ibíd.*, p. 449.

23. *Ibíd.*, p. 458.

24. *Ibíd.*, p. 458.

señala que esta analogía corresponde más a un modelo de administración que a un modelo judicial ya que se emplean términos propiamente administrativos (por ejemplo verbos como *excutiri*, o *excrutari* tienen más que ver con la contabilidad o con la inspección).²⁵

Ahora bien, el ejercicio del examen de conciencia no significa reprocharse la conducta; la estricta vigilancia de los pensamientos no se realiza con la finalidad de asignar un castigo: lo que se busca es la interiorización de reglas de conducta que llevan a la conversión en «*un sujeto ético de verdad*». Estas técnicas de vida constituyen el elemento que particularizó la experiencia de sí en los primeros siglos de nuestra era. Mediante la constante inquietud por sí mismo se elaboró la vida como experiencia en el mundo, es decir, como reconocimiento del mundo a partir del *yo* (el descubrirse a sí mismo) y como prueba en la que se emprende el camino para el perfeccionamiento del *yo* y para su salvación.²⁶

1.2.2. La relación con el cuerpo

Frente al manejo del cuerpo y de la sexualidad, en los primeros siglos de nuestra era, se da gran protagonismo a la medicina en el ejercicio de la *epimeleia*. Los ejercicios sobre el cuerpo y la *aphrodisia* no cambiaron sustancialmente con respecto a la Grecia clásica; el cambio se presenta a nivel de una intensificación del cuidado y la vigilancia sobre sí, de ahí la preponderancia que asume la medicina en esta época.²⁷

Sin embargo, en los textos escritos durante los siglos I y II después de Cristo se criticaba la actitud de algunos médicos por apoderarse de la existencia de sus pacientes; se hacía requisito para la práctica sobre sí, el dotarse de un conocimiento racional para no depender del saber de los médicos, y convertirse en el «propio consejero de salud».²⁸

Con respecto al uso de los placeres, las prescripciones realizadas por los textos latinos siguen siendo similares a las escritas durante la Grecia clásica (frente a la procreación, la inmortalidad y la muerte).

25. *Ibíd.*, p. 460.

26. *Ibíd.*, p. 463.

27. FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad vol. III: La inquietud de sí*. 1987, p. 95.

28. *Ibíd.*, p. 95.

En cuanto al deseo, Galeno señala que éste no corresponde a un movimiento del alma que los dioses pusieron en los seres humanos para que estos se procrearan, ni el placer constituye un premio. Son la naturaleza misma de los órganos sexuales y el funcionamiento de éstos los que ocasionan el surgimiento del deseo y el placer.²⁹

Igual que en los griegos, un médico como Galeno sugiere efectos positivos y negativos en el acto sexual, dependiendo de las circunstancias en las que éste se ponga en práctica. Lo que no implica (tal como en las reflexiones de la *aphrodisia en la Grecia clásica*) que haya sobre la *aphrodisia* un juicio de valor que la descalifique de entrada.³⁰

Hasta aquí va el recorrido que Foucault lleva a cabo con relación a la antigüedad grecorromana y los vínculos que establecía con el trinomio cuerpo–sujeto y verdad. Ahora bien, a partir del cristianismo nuevos desplazamientos harán que las problematizaciones entre la Grecia clásica y los primeros tres siglos de nuestra era sean muy diferentes, surtiendo efectos que cambiarán las relaciones de saber y poder en occidente.

1.3. Los primeros siglos del cristianismo

Recapitulando la situación que en la antigüedad se establecía frente al cuerpo, bajo el principio de la inquietud de sí, se problematizaba constantemente su uso (a través del régimen conocido como la *dietética*); su relación con la *aphrodisia* constituía una fuente inagotable de preocupaciones y a ello se debe la obsesión médica durante toda la antigüedad. Así mismo la relación con la verdad involucraba mirar, vigilar un yo, ya fuera a partir del alma como en el Alcibíades, o en los pensamientos y las pasiones como en los estoicos y epicúreos, principalmente. Sin embargo, ni en los ejercicios de la *dietética*, la *aphrodisia* o la *melete*, hay una prescripción universal, una ley o un código de obediencia; ni las clasificaciones de las conductas hacían parte de una división entre lo permitido y lo prohibido o la normalidad y la patología. Ante todo la inquietud de sí implicaba la constitución ética del sujeto.

Pese a que lo importante en la antigüedad era cuidar de sí, la relación con el tercero era decisiva en el ejercicio de todas estas prácticas. Para el Alcibíades el

29. *Ibíd.*, p. 102.

30. *Ibíd.*, p. 106.

tercero es quien hace caer en la ignorancia al joven discípulo. Y en la Roma imperial conceptos como el de amistad o *Parrhesia*, posibilitaban que un emisor verbalizara, a través de la palabra franca, los pensamientos a un interlocutor, para llegar a ser un *sujeto ético de la verdad*.

De lo anterior, cabe señalar que un primer cambio en la pastoral cristiana fue la introyección de un modelo jurídico de conducta, que conduzca a una exégesis del deseo, para efectos de juzgar conductas ajustadas o no a un código moral. El cristianismo acoge en su seno varias de las prácticas propias del bajo imperio; sólo que los valores y finalidades sobre los que se plantea el ejercicio de dichas tecnologías son radicalmente opuestos. Tanto la verdad como el sujeto y su cuerpo, asumen roles distintos para los primeros siglos del cristianismo. La idea, planteada por Foucault, de un desplazamiento axiológico en dichas tecnologías es un retorno a la idea Nietzscheana de una transvaloración al interior de la civilización occidental, es decir, de una inversión de los valores que en la antigüedad eran considerados como virtudes y que para el pensamiento cristiano constituirán objeto de su lucha.³¹

Influenciado por el filósofo alemán antes aludido, Foucault señala que para el cristianismo los usos éticos, que tanto para Platón como para Séneca o Marco Aurelio asumían un rol importante, para los autores cristianos eran objeto de rechazo.

1.3.1. *Sujeto y verdad*

Se había señalado de acuerdo al recorrido que hace Foucault del concepto de *epimeleia heautou*, que el camino a la verdad no constituía la obediencia a unas reglas que ayudaban a la transformación del sujeto; lo que no significaba sujeción a un cuerpo normativo, a un dogma de fe.

El cristianismo, como una religión confesional, se construye como un cuerpo doctrinal cuyos dogmas deben ser aceptados por quien es miembro de su iglesia.

31. En la primera conferencia de «la genealogía de la moral», Nietzsche concibe en la idea de la transvaloración (*Umwertung*), que los términos bueno y malo tienen tanto en la cultura precristiana como en el cristianismo significaciones diferentes: a partir de este último «lo malvado» será todo aquello que anteriormente era considerado «bueno»: es decir, la violencia, el hombre de poder y guerra, «el lleno de vida»; y lo bueno lo «débil», «lo enfermo», etc. Tradición que según Nietzsche es heredera directa de la casta sacerdotal judía: «Han sido los judíos los que, con una consecuencia lógica aterradora, se han atrevido a invertir la identificación aristocrática de los valores (...) esa inversión, a saber, «los miserables son los buenos...» » NIETZSCHE, Friedrich. *La genealogía de la moral: un escrito polémico*. 1998, p. 46.

El conocerse a sí es un asunto fundamental en dichas prácticas; se debe hablar constantemente de sí, de sus pensamientos en búsqueda de un origen demoníaco que no se ajuste a la verdad revelada y a la infinidad de prescripciones que surgen a partir de esa ley universal que inaugura el dogma cristiano.

Una práctica como la *exagouresis* consiste precisamente en ello, en la continua verbalización de todo pensamiento ante un maestro o director de conciencia, que impartirá una serie de órdenes que deben ser obedecidas; ello implica que al revelar al maestro su propio yo y obedecer, se ejerce una renuncia de sí mismo, se convierte en sujeto a la ley. Se da entonces la introyección de un modelo jurídico al régimen general de ejercicios sobre el cuerpo, los placeres y la verdad.

1.3.2. La relación con el cuerpo

En primer lugar el cuerpo que en la antigüedad clásica y tardía era objeto de preocupación y cuidado, para las prácticas propias del cristianismo es visto como algo a lo que se debe renunciar para ingresar a un plano de realidad diferente, para la salvación del alma en una vida eterna.³² Ejemplo de ello es un ejercicio cristiano de los primeros siglos, conocido como *exomologesis*, donde, a través de una manifestación pública, el sujeto se identifica como penitente. Como primera particularidad, quien es objeto de esta exposición dramática se da a conocer a sí como lo que es (pecador); en segundo lugar, se encuentra el martirio del cuerpo, que funciona tanto para borrar el pecado como para renunciar a su pasado (renuncia del yo).

Esta serie de prácticas nos dan cuenta de un asunto de suma importancia para Occidente: la relación entre verdad y sujeto, la manera como la remisión a lo que se constituye como subjetividad (el uno mismo y el otro), revelará secretos y certezas. Sobre la relación entre verdad y sujeto – lo que es preciso destacar de todo esto – se establecerán vínculos en las distintas relaciones de saber y poder; se incluirá en numerosas instituciones, prácticas y discursos (escuela iglesia, psiquiatría, tribunal, etc.).

Un ejemplo de la relación entre verdad y sujeto es la confesión, tanto en lo religioso como en lo secular, en la cual el sujeto se convertirá en la mediación idónea de la verdad, ya para su director de conciencia o para el representante de los mecanismos punitivos; el sujeto es una condición para la obtención de ésta.

32. FOUCAULT, Michel. *Tecnologías del yo y otros textos afines*. 1990, p. 80.

2. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA CONFESIÓN

2.1. La penitencia (un modelo jurídico)

A pesar de que la Roma imperial poseía una gran tradición jurídica y que en ésta se inspira gran parte de la idea moderna y occidental del Derecho – principalmente el derecho privado –, lo cierto es que en las prácticas morales de los primeros siglos de nuestra era no existía un modelo que pudiera tomarse como jurídico, es decir, no vemos diferencias en los ejercicios de los siglos I, II y III, en ideas como la de un juez interior, juzgamiento o castigo (a pesar de lo que manifestaba Séneca, según las conclusiones de Foucault).

Habría que esperar hasta los primeros siglos del cristianismo para observar la inserción de una tradición jurídica en las prácticas de sí. Los cambios frente a la idea de un sujeto de verdad son transformados en sus fundamentos, en ejercicios como el de la penitencia. La *exomologesis*, práctica espiritual comentada en el capítulo anterior, forma parte del régimen general de la penitencia.

Ahora, retornando a la *exomologesis* como acto penitencial, en el cristianismo primitivo la penitencia correspondía a un *status*, o sea, un reconocimiento que solicitaba al obispo aquel que voluntariamente se adscribía a ésta, ya fuera por la comisión de pecados graves o leves, o en general por cualquier otra razón; por lo tanto era el obispo quien tenía la potestad de conceder el carácter de penitente.

El *status* de penitente se llevaba a cabo mediante ceremonia pública, y los efectos de la condición de pecador (penitente) podían acompañar al sujeto de estas prácticas durante toda la vida.

2.1.1. El cuerpo

Ese reconocimiento voluntario de sí, que se realizaba mediante los actos penitenciales, implicaba dos acciones sobre el cuerpo: primero infligir dolor sobre él (a través del empleo del cilicio, por ejemplo);³¹ segundo, el uso de algún tipo de vestimenta especial donde se caracterizara a quien la llevara puesta ese *status* de pecador. Evento que convertía su exposición – a través del dolor y de las vestimentas que revelan el pecado – en un asunto dramático y no sólo nominal. El

31. El cilicio era un instrumento de autoflagelación, que podía consistir en una vestimenta áspera, para efectos de mortificar la carne, o en una faja, que tenía puntas de hierro, para los mismos fines.

cuerpo era el epicentro de un teatro en el que coincidían el sufrimiento físico y la vergüenza por desnudar su condición de pecador, «el autocastigo y la expresión voluntaria del yo estaban unidos».³²

La demostración pública de los actos penitenciales tenía como efecto borrar el pecado del que se hacía gala pública y el retorno a la inocencia perdida. Por otro lado el modelo de la tortura, el martirio y la muerte, era indispensable para la práctica penitencial; el mártir enfrenta la muerte antes de renunciar a su fe.

2.1.2. Sujeto y verdad

En la penitencia el asunto de la verdad es distinto al problematizado en el ejercicio de otras prácticas. Los ejercicios de autocastigo sobre el cuerpo no tenían que ver con decir la verdad, sino con la revelación – a través de la demostración pública – de una realidad oculta del pecador observado en su desnudez; de allí el carácter teatral de este ejercicio.

La acción sobre el cuerpo cumple, a través de su exposición, la renuncia a un yo, la ruptura con el pasado y con el mundo. Dos justificaciones se dan al respecto para la finalidad que se busca con los actos penitenciales: primero una justificación de carácter médico, ya que «uno debe mostrar sus propias heridas al médico si quiere ser curado».³³ La segunda es de tipo judicial: «Uno siempre aplaca a un juez confesando sus faltas».³⁴

La marca que imprimía sobre el pecador, lo acompañaba durante toda su vida, si bien borraba el *status de penitente*; prescripciones, cómo la obligación de guardar castidad, duraban toda la vida.

En las prácticas del cristianismo antiguo, la confesión no se llevaba a cabo como práctica de búsqueda de verdades; la demostración ante la comunidad de la condición de pecador, no implicaba el verbalizar los pensamientos, ni los «*movimientos del alma*» que llevaron a una situación de pecado; por ello puede decirse que el dispositivo de la confesión es más bien tardío.

32. FOUCAULT, Michel. *Tecnologías del yo*. 1990, p.83.

33. *Ibíd.*, p. 85.

34. *Ibíd.*, p. 85.

2.2. La penitencia tarifada: un modelo judicial

Si en el ítem anterior se inserta un modelo jurídico a los actos correspondientes a la penitencia, las prácticas que a continuación se enunciarán nos muestran un modelo propiamente judicial, es decir, que a las faltas cometidas son equivalentes unas penas determinadas.

La penitencia tarifada provenía del derecho penal germánico, en el que existía un catálogo de penas para los delitos, para de ese modo reparar a la víctima de éstos. Así mismo, en esta forma de la penitencia había correspondencia entre pecado (falta) y pena, que se denominaba satisfacción.

Para poderse aplicar a cada falta una satisfacción, el sacerdote debía conocer las circunstancias bajo las cuales se produjo la comisión del pecado; de una forma precaria ya se insinuaba el papel que tendría la confesión en las prácticas judiciales tanto laicas como religiosas.³⁵

Sin embargo, en esta práctica la confesión no surte los poderosos efectos que posteriormente la caracterizarán; en ese momento simplemente cumple, entre sus funciones esenciales, con permitirle al sacerdote (receptor) el establecimiento de una pena que se ajuste a la falta y a las circunstancias que posibilitaron su realización. Un segundo rasgo de la confesión, es que ésta representaba el comienzo de una pena, debido a que ocasionaba vergüenza (*erubescencia*) en el emisor, y será el motivo por el cual durante los siglos IX, X y XI, los laicos puedan ser igualmente receptores en el dispositivo de la confesión.³⁶

Poco a poco la penitencia y la remisión de los pecados se desplazarán hacia formas simbólicas y se encerrarán en el dispositivo de la confesión, haciendo que el poder del sacerdote y del obispo se debiliten en torno a la práctica de ésta.

2.3. El Concilio de Letrán³⁷

A partir del siglo XII, hasta el Renacimiento, pasando por los escolásticos, la confesión vuelve a formar parte de las estrategias de la institución eclesiástica; su

35. FOUCAULT, Michel. *Los Anormales*. 2006, p. 163.

36. *Ibid.*, p. 164.

37. Si bien el fenómeno de la confesión aumenta sus efectos desde el siglo XII, es a partir del IV concilio celebrado en la basílica de San Juan de Letrán (Roma) en el año de 1215, cuando se institucionaliza la regularidad de la confesión para todos los feligreses. Este concilio fue convocado por el papa Inocencio III y tenía como puntos centrales la persecución de las herejías que se gestaban en el sur de Francia y en la frontera con Italia (Albigenses y Valdenses). Tomado de MOREAU, E. de. *Historia de la iglesia*. 1959, p. 499.

ejercicio se transformó profundamente, permitiendo que se ampliaran sus efectos. Así mismo, el sacerdote aumentó su poder al volver a tomar para sí la remisión de los pecados. Tres procedimientos posibilitan este fenómeno:

En primer lugar, se prescribe que la confesión sea hecha de forma regular; ya no es suficiente que se lleve a cabo al cometer una falta: debe recurrirse al confesor por lo menos una vez al año.³⁸ La forma como se garantiza la regularidad de la confesión, es la obligación a realizarla con el mismo sacerdote de la parroquia a la cual pertenecen los fieles.

Un segundo procedimiento es que debe establecerse una continuidad en la práctica de la confesión, o sea que deben hacerse mención de los pecados cometidos desde la última revelación.³⁹ El modo de garantizar este procedimiento es con la conminación a los fieles a realizar, dentro de las confesiones que regularmente hacen, una confesión general varias veces en la vida.⁴⁰

El tercer procedimiento es la exhaustividad de la confesión. El hecho de confesar no resulta suficiente, pues además de enunciar el pecado que se considera grave, deben enunciarse todos, incluso los que se consideren veniales, y el sacerdote es el encargado de valorar los pecados confesados por el emisor. El modo de garantizar esa confesión exhaustiva, es a través de un sistema de interrogatorios «codificados según los mandamientos de Dios, según los siete pecados capitales y, posteriormente, según los mandamientos de la iglesia, la lista de las virtudes, etcétera».⁴¹

Otro evento que caracteriza la confesión es que en adelante las penas ya no se impondrán de acuerdo con una tarifa, sino que serán arbitrarias; es el sacerdote quien asigna la penitencia después de valorar lo dicho en confesión por el fiel.

Finalmente, lo que constituye la recuperación de la Iglesia del dispositivo de la confesión, es que el sacerdote será el único mediador entre el pecador y Dios: el sacerdote es el único autorizado para operar sobre el penitente la remisión de sus pecados.

38. FOUCAULT, Michel. *Los Anormales*. 2006, p. 167.

39. *Ibid.*, p. 165.

40. *Ibid.*, p. 166.

41. *Ibid.*, p. 166.

Las anteriores son las condiciones bajo las cuales se configura la confesión como punto central de la penitencia y como efecto de un proceso de institucionalización, desde el IV Concilio de Letrán de 1215. Su práctica mantendrá las características centrales hasta nuestros días; sin embargo, durante la contrarreforma y el Concilio de Trento, se surtirán algunas transformaciones en su ejercicio.

2.4. El Concilio de Trento⁴²

Desde el siglo XII hasta el Renacimiento, pasando por el Concilio de Letrán, el mecanismo de la confesión se instituyó como punto central del sacramento de la penitencia. Ahora bien, a partir de la contrarreforma⁴³ y el Concilio de Trento, operarán una serie de cambios en su estructura que rebasarán los efectos que ésta ejerció durante los siglos precedentes.

En primer lugar, las transformaciones de la confesión son atravesadas por un conjunto de técnicas de gobierno que tendrán como preocupación, el ejercicio de un poder que dirija las almas como ovejas en un rebaño. Se comienza a gestar la pastoral cristiana con relación al poder eclesial. Frente a los Estados se corresponden unas técnicas similares que pretenden, igualmente, el gobierno de todos y cada uno de los miembros; gobierno de las almas, pero también de los cuerpos.⁴⁴

Como producto de esas técnicas de gobierno, se surte en las bases de la confesión una hiperinflación, tanto en sus funciones como en las potestades del sacerdote, que para la época eran bastante poderosas. Los manuales de confesión ofrecen toda serie de consejos y reglas a los sacerdotes para el ejercicio de ésta: los grandes tratados dirigidos a los confesores eran correspondidos con pequeños manuales para los penitentes.

En los tratados del confesor,⁴⁵ se enuncian las virtudes que éste debe tener al momento de escuchar de las palabras del penitente. Estas virtudes son la

42. El concilio de Trento (ciudad ubicada al norte de Italia) se celebra en 1545, en la catedral que lleva su mismo nombre; allí se sientan las bases de los dogmas de la iglesia católica para enfrentar la reforma protestante que se comenzó a gestar, principalmente, desde las tesis de Martín Lutero. MOREAU, E. de. *Historia de la iglesia*. 1959, p. 285.

43. La contrarreforma es un movimiento que surge en el seno de la iglesia católica, para oponerse al fenómeno de la reforma protestante; La contrarreforma fue el móvil para la celebración del Concilio de Trento.

44. *Ibid.*, p. 168.

45. Foucault toma las virtudes del confesor del manual de L. Habert; *Pratique du sacrement de pénitence ou méthode pour l'administrer utiliment* (Paris 1748). *Ibid.*, p. 169.

benevolencia, el celo y la santidad. En la primera virtud, el confesor debe recibir bien al penitente, debe generar un ambiente propicio para que la confesión de los pecados pueda llevarse a cabo. En segundo lugar, el clérigo debe mostrar por sus fieles un amor desinteresado y, por último, debe practicar la santidad, ya que las palabras del pecador pueden contaminar al confesor al escucharlas.

Fuera de esas tres virtudes, necesarias para el ejercicio de la confesión, es indispensable que el clérigo sea sabio como «juez» y conozca las leyes divinas y temporales, y como médico, para las «enfermedades espirituales». De lo anterior se infiere que, nuevamente, concurren en las virtudes del sacerdote modelos judiciales y médicos, respectivamente.

2.4.1 Pasos para la confesión

Estos pasos los extrae Foucault de las instrucciones impartidas por el arzobispo de Milán Carlos Borromeo, una de las figuras más destacadas dentro del movimiento católico de la contrarreforma.⁴⁶

Un primer paso para la práctica de la confesión, es que la benevolencia del confesor debe generar en el emisor de los pecados una sensación de confianza para que de ese modo se puedan revelar las faltas y los «movimientos del alma» (pensamientos, deseos, pasiones) que originaron el nacimiento de éstas. La conducta «benevolente» del sacerdote facilita que confluyan en el acto de la confesión, una sensación de pena (vergüenza) por parte del penitente, al confesar sus faltas, y el consuelo al notar que el sacerdote siente igualmente pena por escucharlo y por su acto de contrición. En la figura del confesor y el penitente, se presenta el binomio de la pena y el placer.⁴⁷

El segundo paso en la confesión, consiste en un examen detallado, tanto del discurso como del cuerpo del pecador (sus vestimentas, sus gestos, sus comportamientos etc.) Ya no es sólo el discurso, sino que, además, el cuerpo revela al receptor la condición de pecador.⁴⁸

46. Foucault estudia las instrucciones de Carlos Borromeo: *Instructions aux confesseur de sa ville et de son dioses. Ensemble; la manière d'administrer le sacrement de pénitence, a vec le canon pénitentiaux, suivant l'ordre du Décalogue. Et l'ordenance du même Saint sur l'obligation de parossieur d'assister à leur parisses* (Cuarta E.; París 1665). P. 173.

47. Ídem.

48. *Ibid.*, p. 174.

Posteriormente, se encuentra, el *examen de conciencia* propiamente dicho, donde se recreen las etapas de la vida del penitente, relacionadas con las anteriores confesiones. Luego se le interroga sobre «los mandamientos de Dios», «los pecados capitales», «los cinco sentidos del hombre», «los mandamientos de la iglesia», «las virtudes cardinales y ordinales».⁴⁹

Finalmente, llega la imposición de la satisfacción; es allí donde se inscribe el modelo judicial de pena, es decir, aquella que es correspondiente a una falta, y el modelo medicinal (cura de una enfermedad espiritual), imponiendo una serie de remedios como la cura a partir de los contrarios.⁵⁰

2.4.2 Manejo de la sexualidad y del cuerpo

En los actos penitenciales, tal como se ponían en práctica durante la Edad Media, los pecados relacionados con el sexto mandamiento tenían una estructura jurídica, es decir, el catálogo de pecados se relacionaba con la infracción de una relación jurídica legítima. Actos como la sodomía, el estupro, el adulterio o el incesto, representaban violaciones al orden del matrimonio.

A partir de las prescripciones del Concilio de Trento y de las transformaciones estructurales de la confesión, el objeto de interés de su ejercicio se centraría en el cuerpo; es por eso que el catálogo de los pecados se incorpora en lo más profundo de los sentidos y de los gestos que pueden inducir a los placeres.

Lo anterior exigía por parte de los diferentes manuales – tanto en el de L.Habert, como en el de Borromeo – que los interrogatorios se realizaran detalladamente, pero sin enunciar las formas de la lujuria, ya que pueden viciar la conciencia del confesor en su función de receptor; en la revelación de las faltas éste no puede preguntar más de lo necesario.⁵¹

Finalmente, a partir del siglo XVI, el problema del deseo y el placer se encarnarán en el cuerpo; «la carne» ingresará en la historia del cuerpo. A partir de ese momento comienza una proliferación de discursos en torno al sexo, pues lo importante era hablar de sí mismo y revelar «la cartografía pecaminosa del cuerpo».⁵²

49. Ídem.

50. *Ibíd.*, p. 175.

51. *Ibíd.*, p. 178.

52. *Ibíd.*, p. 180.

A propósito, Foucault señala: «Un discurso obligado y atento debe, pues, seguir en todos sus desvíos la línea de unión del cuerpo y el alma: bajo la superficie del pecado, saca a la luz la nervadura ininterrumpida de la carne».⁵³ Esta analítica del cuerpo regirá los manuales de los confesores durante el siglo XVIII. En adelante las dinámicas de la confesión se insertarán en el saber médico y en la emergencia del concepto de anomalía.

A continuación, me ocuparé de cómo las relaciones entre la verdad, el sujeto y el cuerpo ingresan en las prácticas judiciales y encuentran correspondencia con un procedimiento que se inserta en el mecanismo de los tribunales – tanto de la inquisición, como seculares –: me refiero a la indagación.

53. FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad, Vol. I: La voluntad de saber*. 1991, p. 28.

SEGUNDA PARTE
INDAGACIÓN Y EXAMEN



SEGUNDA PARTE

INDAGACIÓN Y EXAMEN

I. LA INDAGACIÓN

Como hemos visto en este recorrido por una historia del cuerpo, Michel Foucault en *Los anormales* y el vol. I de *Historia de la sexualidad*, plantea que la iglesia, en la elaboración de un mecanismo como el de la confesión, ha tomado prestado de las diferentes formas judiciales los procedimientos que hicieron de éste un instrumento para arrancar verdades sobre un sujeto que mediante los cambios que se dieron a partir del cristianismo, se había convertido en pecador y penitente.

Ahora, para proseguir con este recorrido histórico, donde el cuerpo es el protagonista, es vital mencionar el papel que desempeñaron las instituciones judiciales propiamente dichas en la obtención de la verdad y en la construcción de subjetividades. Ahora bien, la indagación es una forma jurídica que establece cierta línea de continuidad hasta los procesos penales contemporáneos,⁵⁴ a través de la búsqueda de la verdad, por medio de los distintos sistemas de interrogatorios.

Para ocuparme de esta forma de saber-poder propia de las prácticas judiciales debo remitirme especialmente a un texto de Foucault, que recopila una serie de conferencias conocidas bajo el nombre de: *La verdad y las formas jurídicas*.⁵⁵ En la tercera conferencia, Foucault describe las distintas dinámicas económicas, sociales y políticas que construyeron la indagación como forma de saber; y como tuvo el monopolio del conocimiento en general, por lo menos hasta el siglo XVIII.

54. Digo «cierta» porque es evidente que el proceso penal no es el mismo en sus mecanismos, como detallaré más adelante.

55. FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. 1983.

Es necesario retroceder en el tiempo para mirar rápidamente lo que plantea Foucault en la conferencia segunda. Esta conferencia es dedicada a la lectura del *Edipo Rey* de Sófocles y a cierta forma en que lo judicial se relacionaba con la verdad en las democracias atenienses.

Sin entrar en detalles, lo que plantea Foucault en la segunda conferencia, es que para los griegos del siglo de Pericles, la verdad era una forma de oponerse a los efectos del poder, ya que son los esclavos quienes finalmente construyen el pasado por medio del cual se esclarece que Edipo, el rey de Tebas, ha matado a su padre y ha desposado a su propia madre.⁵⁶ Esta forma judicial de la verdad tendrá su correlato en saberes como la filosofía y todas las formas de reflexividad que se ejercían para la puesta en práctica de la *epimeleia*, tal como se expuso en el primer capítulo de este trabajo. Este ejercicio judicial de la verdad se perderá en la historia de occidente, aunque será recuperado por la indagación a un nivel muy diferente, como lo expondremos más adelante.

Ahora, en el intervalo en que se pierde la búsqueda racional de la verdad como forma jurídica, se inventa la prueba como forma jurídica que caracterizará el desarrollo de los litigios durante la alta Edad Media.

1.1. La prueba

1.1.1. La verdad

La práctica judicial de la prueba tiene su elaboración en el derecho germánico, y permanecerá durante toda la época feudal. Dicha práctica consta, básicamente, de un litigio en el cual intervienen dos partes involucradas en la comisión de un delito (victimario y víctima), entrando en un juego de fuerzas donde se concede el derecho al ganador de la contienda. Era necesaria la presencia de la víctima, o de una persona que la representara. Era una forma ritual de guerra, una relación reglada de ésta. La acción penal finalizaba con una transacción o pacto que podía ser económico, para que el victimario escapara de la imposición de la pena.⁵⁷

En dicha práctica no existía una acción pública que iniciara una investigación o algo por el estilo; si un tercero comparecía a esta disputa era con el fin de que se

56. *Ibíd.*, p. 63.

57. *Ibíd.*, p. 67.

observara el procedimiento.⁵⁸ Esta autoridad que comparece como tercero, no opera para el esclarecimiento de unos hechos.

De lo anterior se deduce que la relación con la verdad no existe. Los procedimientos bajo los cuales se reproduce este sistema judicial operan en virtud de una relación de fuerzas que asignan un derecho al vencedor de la contienda; no cumple una función *apofántica* de búsqueda de la verdad.⁵⁹ El ejercicio judicial del conocimiento obedecía a una red de semejanzas que reflejaban, en el ejercicio del litigio, y las contingencias de la victoria y la derrota, la asignación del derecho.⁶⁰ Como ejemplo de ello encontramos la prueba oral en ésta no se emite un discurso que pretenda el esclarecimiento de una verdad a través de unos testimonios, sino que se cumplen unas fórmulas rituales – un procedimiento –. Quien falle en el pronunciamiento de estas fórmulas rituales, pierde el proceso.⁶¹

1.1.2. *El cuerpo*

Esta práctica judicial, desarrollada durante el feudalismo, es conformada por un conjunto de rituales que ponen a prueba la resistencia en la lucha cuerpo a cuerpo; allí el cuerpo asume un rol importante, en tanto es objeto de la prueba, para comprobar si podría vencer o fracasar. Un ejemplo de ello es la ordalía, prueba que consistía en poner a luchar a una persona con su propio cuerpo;⁶² aquí se puede leer el desplazamiento de la guerra sobre sí mismo.⁶³

1.2. La indagación

Hacia el siglo XII el régimen de la prueba desaparece para dar paso al mecanismo de la indagación en los engranajes judiciales. Esta transformación, coincide con el

58. *Ibíd.*, p. 71.

59. *Ibíd.*, p. 72.

60. Podríamos establecer una intertextualidad con el segundo capítulo de *Las palabras y las cosas*, titulado «la prosa del mundo». Foucault a través de la *episteme* de las semejanzas, explica que la forma de conocer el mundo se atribuía relaciones de *conveniencia, emulaciones, analogías y simpatías*, que los eventos ocurridos en todo el universo se repetían, como en un espejo, en la tierra; a partir de esta lectura, la prueba puede asimilarse a un imaginario de la guerra durante la época feudal. FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas*. 1978, p. 375.

61. *Ibíd.*, p. 69.

62. La ordalía era un reto corporal, que servía para establecer la inocencia o culpabilidad de una persona, en determinado delito: por ejemplo el juicio del agua fría, donde el acusado se lanzaba a un río atado de pies y manos; si flotaba era culpable porque el agua lo rechazaba, si se hundía era inocente. Otra modalidad de las ordalías, es la prueba de fuego, donde se colocaban las manos del acusado en hierro candente (o agua hirviendo); si salía ileso de quemaduras, o sanaba rápidamente, se tomaba como inocente; de lo contrario era culpable.

63. *Ibíd.*, p. 70.

surgimiento de las monarquías en el siglo XII. Este acontecimiento es determinado por los siguientes eventos:

En primer lugar, una causa de orden económico permite que la práctica de la indagación entre en escena. La circulación de bienes no se garantizaba, en su mayoría, por el comercio, sino por las transmisiones testamentarias y las disputas que se presentaban dentro o fuera de un proceso judicial. Si se quería evitar la entrada de un invasor más poderoso, debía pagársele, permitiendo, de ese modo, la acumulación de riquezas.⁶⁴ Ante todo, el sistema judicial de la prueba era la expresión del poder feudal, de las guerras que los señores libraban por adquirir territorios.

En segundo lugar, un evento de carácter bélico-jurídico. Con la acumulación de riquezas se permite la acumulación de armas, siguiendo la tradición feudal de la contienda en donde el perdedor depones sus armas a la parte victoriosa; de esta manera el ejercicio de la fuerza se fue convirtiendo en un monopolio en manos de pocos.

En tercer lugar un evento de tipo judicial: no sólo se concentraban las riquezas y las armas, también los litigios; los ganadores de las contiendas comenzaron a apoderarse de los litigios y por ende, de la organización judicial.

Estos tres elementos permitieron que la concentración de fuerzas fuera confluyendo, poco a poco, en una de las partes de la contienda; es así como se comienza a gestar la figura del poder soberano del monarca. Este monarca – el efecto final de la concentración de bienes, armas y litigios – pudo seguir ejerciendo la fuerza en términos económicos, bélicos y jurídicos sobre las partes débiles. Esta es una génesis que Foucault nos ofrece del Estado.⁶⁵

Ahora bien, bajo la estatización de la justicia, el sistema de la prueba desaparece para dar paso a una nueva relación de poder en torno a lo judicial. El proceso penal que surge de estas transformaciones, lleva en su seno los rasgos característicos que acompañarán al proceso penal hasta el siglo XVIII; e incluso llegará hasta nosotros el despojo de sus procedimientos: se trata de la indagación.

64. *Ibíd.*, p. 74.

65. *Ibíd.*, p. 74.

Como primer rasgo característico de la indagación, los individuos son despojados del litigio, con las consecuencias producto de la estatización de la justicia. Un poder exterior entra, ya no sólo a la observancia de unos procedimientos, sino a decidir en el conflicto. Esto se consolida en la figura del Procurador, representante del poder soberano.

El personaje del Procurador aparecerá cada vez que se cometa un crimen, debido a que los crímenes representan – a partir de esta práctica – una agresión contra el monarca; el castigo es un acto de venganza para el autor de la agresión; fenómeno que ocasiona una duplicación de la víctima; el poder soberano es quien reclama e impulsa la acción penal por su condición de víctima.

Lo que motivaba la acción penal en la época del feudalismo era la noción de daño, que establecía en el proceso el vínculo entre víctima y victimario. A partir de las transformaciones del siglo XII, esta noción es desplazada por la de infracción; los reclamos hechos en el proceso, no se hacen sólo por un daño ocasionado, sino también por la infracción a una ley, a un orden.

1.2.1 La indagación y la verdad

Como consecuencia de los cambios en los engranajes del proceso penal en Occidente, durante el ocaso de la Edad Media, la relación con el sistema probatorio apremiaba que una relación con la verdad se estableciera en las dinámicas del sistema judicial para la persecución de las faltas y la confiscación de los bienes.

En la época feudal, el delito flagrante constituía una excepción al litigio entre individuos, ya que la comunidad podía acusar y condenar al victimario. La indagación surge como una forma de construcción de la verdad que busca, mediante interrogatorios y testimonios, traer del pasado una falta y darle el tratamiento, como si hubiera sido un delito flagrante.⁶⁶ Foucault ofrece dos antecedentes en la alta Edad Media, que dieron origen a esta forma judicial de acercarse a la verdad.

El primero de ellos surge del imperio Carolingio y es de origen administrativo. Quien representara el poder en cualquier región, interrogaba a los personajes más notorios del lugar (ya fuera por su riqueza, sus propiedades, etc.) sobre el estado de los bienes y propiedades del lugar.⁶⁷

66. *Ibíd.*, p. 78.

67. *Ibíd.*, p. 79.

El segundo evento es de origen religioso;⁶⁸ los representantes eclesiásticos, al llegar a una región, realizaban una serie de interrogatorios a los habitantes del lugar sobre las faltas cometidas allí y quién las había cometido; posterior a los testimonios se buscaba a quien fuera señalado para obtener su confesión.⁶⁹

Esta forma jurídica caracterizará el actuar tanto de tribunales eclesiásticos como seculares durante siglos; tratándose esencialmente de la reconstrucción de un pasado, mediante una serie de interrogatorios, en testimonios y confesiones, constituyéndose estas últimas como la mayor garantía de que la verdad ha sido dicha. Tal procedimiento de búsqueda de la verdad tendrá un comportamiento similar en la administración de bienes y en la administración de almas.

De lo anterior se puede deducir una conclusión importante: en la indagación, como forma de sustituir la flagrancia y de actualizar un delito cometido en el pasado, el sujeto (en tanto subjetividad) se convierte en elemento vital para llegar a la verdad, ya que la finalidad de toda investigación – ya sea para el juez secular o el inquisidor – es encontrar un discurso por medio del cual se reconstruyan los hechos de comisión del delito. El sujeto es el gran protagonista de estas prácticas.

Ahora bien en la búsqueda de la verdad en los procesos penales, por lo menos hasta el siglo XVIII, el acusado se encontraba rodeado por toda una serie de procedimientos secretos. El tribunal tenía el uso exclusivo de la producción de verdades; durante el procedimiento, el acusado no conocía las denuncias, ni los indicios recogidos en su contra; era excluido de la práctica de cualquier tipo de prueba.⁷⁰

Sin embargo, el carácter oculto de la práctica probatoria no implicaba que en su desarrollo no se siguieran unas reglas lógicas, basadas en una aritmética propia de la escolástica, que clasificaba las pruebas asignándoles un valor, mediante una operación matemática, donde se reunían todas las pruebas que establecían las certezas para la construcción de la verdad. Por ejemplo, existían pruebas plenas, semiplenas, directas, conjeturales, indicios lejanos, etc. Así, dos testimonios

68. *Ibíd.*, p. 80.

69. El inquisidor anunciaba con anticipación su llegada a algún pueblo; luego de su arribo, en la misa dominical, recordaba los deberes de la fe y el deber de confesar las faltas cometidas y denunciar las cometidas por alguien. Tomado de BENAZZI, Natale y D'AMICO, Matteo. *El libro negro de la inquisición*. 2001, p. 282.

70. FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión*. 1984, P. 41.

representaban una prueba directa; o la reunión de dos pruebas consideradas semiplenas podían conducir a una prueba plena, etc.

Esta aritmética probatoria, que se realizaba en secreto y excluyendo al acusado, entra en un juego paradójico con otro elemento probatorio donde el sujeto del proceso penal sí era protagonista; es, por supuesto, la confesión.

1.2.2. La confesión

Este mecanismo, como habíamos señalado en el capítulo anterior, había sufrido profundas transformaciones en sus prácticas por parte de la institución eclesiástica. Se había convertido en una forma religiosa y jurídica, con poderosos efectos para arrancar verdades. Ahora es la institución religiosa la que presta este mecanismo a la institución judicial para entrar en los juegos de la indagación.

En el ítem anterior se señalaba que la confesión entra en una paradójica relación con los distintos mecanismos de prueba del proceso penal los motivos son básicamente dos:

En primer lugar, la confesión representa un elemento de prueba más, junto con los testimonios y los indicios; sin embargo, los rasgos que le son inmanentes la hacen un mecanismo que se busca para evitar al máximo la recolección de los diferentes elementos de prueba; su funcionamiento no hace necesaria la recolección de los demás elementos probatorios. El acusado «...tome a su cuenta su propio crimen, y firme por sí mismo lo que ha sido sabido y oscuramente construido por la instrucción».⁷¹ Lo que representa un triunfo del poder del tribunal sobre el acusado. Por un lado el secreto de la instrucción y por el otro la publicación del crimen en las palabras del autor mismo.

Como segunda paradoja, encontramos que aunque la instrucción representa un mecanismo de coacción para el acusado, el proceder de la confesión debe llevarse a cabo como resultado de la espontaneidad del sujeto de la instrucción. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en el artículo 15 de un código escrito por Torquemada, que estipulaba:

71. *Ibíd.*, p. 44.

«**Art15.** Si hubiese una falta de convergencia entre lo dicho por el acusado y los testigos, se podrá torturar al acusado. Si confiesa bajo tortura, es necesario que confirme la confesión tres días después. Si no la confirma se podrá recomenzar con la tortura»⁷².

De allí que no existiera una garantía de encontrar por medio del cuerpo la verdad (no faltaba el caso del hereje impenitente). En el juego ritual que precede a la confesión en su desarrollo, se encuentra, en primer lugar, el juramento, y en segundo lugar la tortura; es frente a esta última que el cuerpo del acusado entra en las prácticas de la forma judicial de la indagación.

1.2.3. El cuerpo y el suplicio

1.2.3.1. El suplicio

Frente a la relación entre cuerpo y verdad – en este tipo de procedimientos –, la tortura estaba presente y la instrumentalización del cuerpo hacía parte de los mecanismos de poder de los tribunales (principalmente los eclesiásticos); sin embargo su papel con respecto a la extracción de verdades (tal como lo habíamos visto en el código de Torquemada) no era tan importante, solo hacía parte de un procedimiento que se daba en esa teatralidad del poder soberano.

No obstante, la puesta en escena del dolor tiene unas características fundamentales que dan cuenta de las relaciones de poder establecidas sobre el sujeto de las prácticas judiciales.

El carácter teatral del suplicio obedece a una serie de cálculos sobre la manera como éste debe llevarse a cabo, para lograr los efectos buscados; el dolor no solamente representa el ejercicio soberano del derecho a *hacer morir*. Los gritos del supliciado no son un desbordamiento irracional del poder; representan toda una economía del sufrimiento.

Las prácticas del suplicio tienen como función primordial, ora para imprimir sobre el cuerpo las marcas del dolor físico, ora para la exhibición del criminal en su sufrimiento, publicitar su triunfo; es una de las finalidades de esa función histriónica del poder soberano.⁷³

72. BENAZZI, Natale y D'AMICO, Matteo. *El libro negro de la inquisición*. 2001, p. 85

73. *Ibíd.*, p. 40.

1.2.3.2. La tortura

Ahora bien, la tortura tiene orígenes remotos, pero como instrumento central de la indagación, con sus procedimientos medidos y reglados, se da en la formación de las monarquías occidentales, desde el siglo XII y con el fenómeno de la estatalización de la justicia. Su propósito era la reducción de costos en la persecución penal, tal como lo afirma Felix Herzog:

La muy extendida idea de que el tormento tiene su origen en la inquisición eclesiástica es errónea. Antes bien, es de presumir que su aparición guarda relación con la incipiente estatalización de la Administración de justicia penal producida en la segunda mitad del siglo XIV.⁷⁴ La brutal práctica de la prueba a través de la confesión obtenida mediante tormento responde al interés en reducir al mínimo los costes materiales y temporales de la persecución penal.

El sospechoso en sí mismo se le deviene el objeto del esclarecimiento del delito; mediante el tormento se le esclaviza para el proceso penal.⁷⁵

Sin embargo la tortura, pese a su inserción en el acercamiento de la verdad judicial a través de la indagación, enmarca ese espacio donde se desarrollan las viejas prácticas de la prueba (ordalías, juicios de Dios, etc.). Es la representación teatral de un duelo entre los tribunales y el sometido. En esta justa la confesión significa la derrota del supliciado; su silencio, la victoria sobre la instrucción del tribunal.⁷⁶ Su paradoja consiste, básicamente, en que por medio de la prueba se establece al mismo tiempo la escenificación de un duelo y la demostración de una verdad.

Un efecto final de la tortura, que se conservará hasta los procesos penales del siglo XVIII, establece una línea de continuidad con la ejecución. El castigo prosigue hasta el límite de la muerte (como resultado extremo del dolor del suplicio), haciendo público (en ese ritual teatral que representaba el poder soberano) lo que se hizo a puerta cerrada durante la instrucción.

De manera que el cuerpo es el objeto de esa práctica ambigua en tanto es el instrumento para la obtención de la verdad; su tormento no es para la reproducción

74. Para Foucault, los orígenes de este fenómeno judicial y político son muchos más antiguos datan del siglo XII.

75. HERZOG, Felix. *Miscelánea sobre la dialéctica del esclarecimiento del delito*. En: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. *La insostenible situación del derecho penal*. 2000, p. 42.

76. FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión*. 1984, p.46.

de un discurso verdadero, sino para la reproducción de un poder soberano y teatral. Lo importante son las palabras proferidas en tanto se convierten en un medio para que el sujeto hable (diga la verdad). Esta relación se mantendrá hasta el siglo XVIII.

Ahora bien pese a que todo ese enjambre de interrogatorios y reconstrucción de unos hechos (construcción de la verdad) seguirá cumpliendo su rol en los tribunales (incluso hasta ahora) nuevas formas de saber y poder surgirán de la transformación de relaciones económicas, políticas y sociales, estableciendo la formación de objetos – desconocidos hasta esa fecha en occidente – y nuevos modos de relación entre cuerpo, sujeto y verdad. Por otro lado el cuerpo ocupará un papel más importante en tanto se convertirá en fuente para la reproducción de verdades.

2. EL EXAMEN

2.1. El momento cartesiano

Si bien Descartes como autor no significa en sí mismo un punto de quiebre epistemológico, su época, o mejor dicho, los saberes que se estructuran en este momento – y del cual Descartes es sólo uno de los representantes –, reordenan los objetos de su mirada, estableciendo diferentes modos de relación entre el sujeto y la verdad.

Atrás quedan las formas de aproximarse al mundo, correspondientes a las semejanzas (conveniencia, emulación, analogía y simpatía).⁷⁷ Con Descartes y el momento que representa, se rechazan las similitudes, relegándolas al error. El conocimiento de las cosas se da por medio de la comparación, a través de las relaciones de identidad y diferencia, dos aspectos que hacen parte del concepto de *mathesis* (necesidad de matematizar el mundo, método con pretensiones de ley universal, a través de las nociones de medida y orden) como forma en que el pensamiento de la época clásica establecería sus vínculos con el mundo.⁷⁸ Descartes señala:

Y considerando esto más atentamente al cabo se nota que solamente aquéllas en las que se estudia cierto orden y medida hacen referencia a la

77. Descartes dice: «Es costumbre de los hombres el que, cuantas veces reconocen alguna semejanza entre dos cosas, atribuyen a ambas, aun en aquello que son diversas, lo que descubrieron ser verdad de una de ellas. DESCARTES, René. *Reglas para la dirección del espíritu*. 1995, p.63.

78. *Ibíd.*, p. 59.

mathesis, y no importa si tal medida ha de buscarse en los números, en las figuras, en los astros, en el sonido o en cualquier otro objeto; y que por lo tanto, debe haber una cierta ciencia general que explique todo lo que puede buscarse acerca del orden y la medida no adscrito a una materia especial y que es llamada... Mathesis Universales.⁷⁹

La verdad no encuentra su correlato en el lenguaje, sino en la percepción de los objetos de la mirada; en la evidencia. Esta nueva relación con la verdad también establece nuevas formas de relación con el sujeto de conocimiento. Desde la antigüedad, el conocer implicaba de algún modo una especie de transformación espiritual, construcción de una subjetividad; a partir de aquí el *conócete a ti mismo*, prescripción clásica de la filosofía, cambia al convertirse en un mero proceso cognoscitivo.⁸⁰

De ahí la existencia del sujeto ya no obedece a un proceso de constitución mediante el camino a la verdad (tal como en Platón); se supone, en tanto se piensa, en tanto se es un ser racional. Como movimiento final en las transformaciones del momento cartesiano, ya no existe un acceso a la verdad condicionado por unas transformaciones del sujeto de conocimiento. La finalidad que en adelante tendrá la verdad, será el dominio del mundo, de los objetos que hacen parte de él.

Esta objetivación del mundo, a partir del conocimiento, será el rasero que los saberes, a partir del siglo XVII, asumirán en ese complejo correlato que en adelante se instituirá con el poder; aunque es importante aclarar que el saber siempre ha sido correlato del poder, es durante la época clásica y moderna cuando se puede definir con más claridad una genealogía de la relación saber–poder, hasta nuestros días.

2.2. La emergencia del saber médico

2.2.1. La biología

Sin embargo la conformación de los saberes, durante la época clásica, aún nos son lejanos; falta una noción que trazará el camino en las relaciones de saber y poder de la época moderna. En las ciencias naturales del siglo XVII, el hombre

79. *Ibíd.*, p. 91.

80. FOUCAULT, Michel. *Hermenéutica del sujeto, curso del Collège de France (1981–1982)*. 2006, p. 33.

como objeto de conocimiento no existía; lo que hoy conocemos como hombre, para la episteme clásica era conocido en términos de género y especie.⁸¹ El hombre no había nacido, porque para la época clásica el objeto era la representación de las cosas a través del lenguaje y del ser.

El corte epistemológico que permite dibujar el rostro del hombre, se da en la medida en que la episteme moderna teje una analítica de la finitud; es decir en la conciencia de las limitaciones, de las experiencias límites, y de la vocación limitada del conocimiento, nace el hombre y por ende las ciencias humanas. Por ejemplo, es en los abismos de la locura como se forma la mirada del psiquiatra, o en la conciencia de los costos de producción, la economía; finalmente, es a partir de la visión de la muerte como las ciencias naturales constituyen el saber de la biología.⁸² Finitud que ofrece como «positividad empírica» para el hombre, la espacialidad del cuerpo como objeto de su mirada.⁸³

Pero hay un elemento más, que se hizo necesario para el surgimiento de la biología y de las ciencias humanas en general. Para poder llegar a una ciencia de la vida, era necesario, igualmente, la idea de la finitud humana, el concepto de población, objeto desarrollado a partir del tratamiento de las epidemias y la emergencia de la estadística y la demografía.⁸⁴ Esto permitirá que la sociedad sea concebida como una «unidad biológica», y un saber como el médico podrá operar en su especialidad, haciéndose de este modo mucho más funcional su ejercicio del poder.

2.2.2. El saber médico

La medicina, con lo antigua que ha sido, no es la misma desde la elaboración moderna de su saber; para la medicina desde Hipócrates y Galeno, la enfermedad tenía un carácter negativo, representaba un mal que debía expulsarse del cuerpo; con las reelaboraciones de la medicina, la enfermedad asume una función positiva que nos da cuenta de la salud y de la cura.

Este evento se hizo posible gracias a la relación que se crea a partir de lo visible y lo invisible; allí es cuando la invisibilidad llega a los ojos del médico, al centrar

81. *Ibíd.*, p. 300.

82. *Ibíd.*, p. 305.

83. *Ibíd.*, p. 306.

84. FOUCAULT, Michel. *Seguridad, territorio y población: curso del collège de France, 1977–1978*. P.108.

el campo de la experiencia médica en el interior de los cadáveres; en ese espacio es donde se manifiesta el dominio de la muerte.⁸⁵

Al igual que con las ciencias de la vida, a partir de la muerte, en tanto experiencia límite que anuncia la finitud del mundo, la medicina ha centrado su objeto en el individuo. La finitud se convirtió en una fuente de saberes positivos. Definiendo con su mirada la especialidad de un cuerpo, paulatinamente se convertirá en una fuente inagotable de verdades; abriéndose en su horizonte perspectivas que eran desconocidas por la historia de la medicina.

2.3. Las sociedades disciplinarias

De lo anterior, se tiene que el hombre es delimitado, como objeto de saberes, produciendo como efecto el surgimiento de técnicas mucho más finas y exhaustivas; es allí donde puede ser posible el nacimiento del poder disciplinario. Profundas transformaciones en las dinámicas sociales, económicas y políticas lo caracterizan. Es el momento en que esta forma de poder se constituye al interior de las sociedades; y con ello, nociones como la de castigo, delito o juzgamiento, sufren un cambio radical. Ese cambio surge de profundos trastocamientos en la penalidad.

Esas formas de impartir dolor en el cuerpo ya no son funcionales, es el momento de otras formas de instrumentalización, tan indoloras como efectivas. Por otro lado, quien incurre en crimen no es aquel que ha roto el pacto social, sino quien daña la sociedad, «la perturba». En ese sentido surge la idea de peligrosidad, por la cual el individuo, dependiendo de lo que potencialmente puede hacer, representa un riesgo para la sociedad. De aquí que alrededor del derecho penal, para el tratamiento del individuo tomado como peligroso, se encuentra toda una serie de mecanismos paralelos (la psicología, la policía, la pedagogía, etc.⁸⁶).

Sin embargo, todo ello es posible con el surgimiento de una nueva forma de estudiar el sujeto y las verdades que le pueden ser extraídas, constituyéndose bajo las diferentes dinámicas de poder y saber; nos referimos al examen. Bajo su surgimiento, el individuo y su cuerpo representan un nuevo objeto de estudio de disciplinas emergentes como la psiquiatría;⁸⁷ para el siglo XIX, el cuerpo comienza a cobrar protagonismo, en tanto se convierte en un productor de verdades.

85. FOUCAULT, Michel. *El nacimiento de la clínica: una arqueología de la mirada médica*. 2006, p. 276.

86. FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. p. 97.

87. *Ibíd.* p. 100.

2. 4. El examen

El examen es una práctica que tiene como finalidad la observación del hombre y su cuerpo (o su psique). Es el gran invento en conjunto, entre las ciencias humanas y las instancias disciplinarias, ya que su finalidad no es como en la práctica judicial de la indagación, el esclarecimiento de unos hechos, sino el estudio de una individualidad, sus comportamientos, gestos, funciones, etc. Existen dos rasgos que caracterizan la dinámica del examen:

En primer lugar, se puede entender como el ejercicio del poder de una entidad vigilante, superior jerárquicamente – *vigilancia jerárquica* –, que se encarga de observar el cuerpo del sometido, quien se hace plenamente visible ante sus ojos.⁸⁸ Pero su particularidad no sólo radica en el hecho de la vigilancia constante del individuo y sus detalles; en el interior de su funcionamiento también existe la «sanción normalizadora» el ojo que se cierne sobre esa individualidad tiene el poder, dentro de sus dominios, de sancionarlo. El examen es el encuentro entre el ejercicio del poder disciplinario y el establecimiento de la verdad como efecto del surgimiento de las ciencias del hombre.

Por otro lado, la ley como el imperativo que organiza los actos en términos de prohibición o permisión, pierde toda funcionalidad; en el espacio del poder disciplinario y del examen, la norma se encargará de organizar las relaciones sociales. Su diferencia con la ley, es que se construye como un criterio (modelo) para acondicionar las conductas en una normalidad. El poder de la norma se hará evidente, de acuerdo con Canguilhem, en la pedagogía y la salubridad.⁸⁹

Ahora bien, como funciones fundamentales de la práctica del examen se encuentran en primer lugar, una inversión de la visibilidad de las relaciones de saber y poder;⁹⁰ en ese espacio novedoso que era el hombre y su especialidad corporal. Para las prácticas del poder soberano, en su visibilidad, en su demostración, ejercía sus dominios sobre el sometido, punto invisible de esta relación. Para el poder disciplinario, el sometido, en las verdades que puede producir, es la parte visible de la relación.

88. FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión. 1984, p.189.

89. CANGUILHEM, Georges. *Lo normal y lo patológico*.1983, p. 185.

90. FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión. 1984, p.188.

La segunda función de una práctica como la del examen, es el carácter documental que adquiere. La individualización del sometido requiere el ejercicio de la escritura; registro de lo visto, acumulación documental, archivos, etc.; difiere del poder de escritura administrativo por las técnicas que utiliza, basadas en la descripción, señalización o identificación del sujeto pasivo de la relación.⁹¹

Como tercera función del examen, se encuentra que la individualización del sometido lo convierte en un caso. A diferencia de la casuística de la jurisprudencia, su individualización no se basa en la aplicación de una ley al caso concreto; aquí el caso permite comparar, medir con relación a otras individualidades; y al mismo tiempo se le puede sancionar, corregir, normalizar, etc.

2.4.1. La confesión y el examen

Retomando el hilo dejado por la explicación de la confesión cristiana, en la particularidad de sus funciones, sus poderosos efectos se anudarán a los discursos médicos y científicos durante el siglo XVIII, estructurando un dispositivo de la sexualidad determinante en la emergencia de las relaciones de saber-poder en el occidente moderno.

El desplazamiento a un mecanismo como el examen, obedece en primer lugar a una codificación clínica que recibe esta práctica, es decir a la combinación de sus más refinadas técnicas, con el «despliegue de los síntomas y signos descifrables» del saber médico (reactivado en el fenómeno de la clínica); reinscribiendo las funciones de la confesión en los criterios de observación que el discurso científico y médico iba construyendo.⁹²

La concepción de una sexualidad, con un caudal inagotable de poderes que operan sobre el organismo del hombre, estableciéndose así una línea de causalidad con futuros trastornos físicos, generó al nivel de los dispositivos científicos la necesidad de interrogarlo todo y lograr la confesión en el sometido⁹³.

Para la emergencia de estos saberes, la verdad que puede arrojar el sexo es completamente oscura, incluso para el emisor de su discurso; lo que necesita de

91. *Ibíd.*, p. 194.

92. FOUCAULT, Michel. *La voluntad de saber*. 1991, p. 82.

93. *Ibíd.*, p. 83.

toda una serie de estrategias en la que participan interrogador e interrogado.⁹⁴ La inserción del dispositivo de la confesión en los discursos médicos, el carácter que este nuevo confesor asume, ya no de la remisión de un pecado, sino del desciframiento. El complemento del discurso emitido por el sujeto es la hermenéutica asumida por el interrogador, un requisito para la constitución de un discurso verdadero.⁹⁵

Finalmente, las funciones de la confesión asumen formas profilácticas, de cura, no en un sentido metafórico, sino desde las propiedades que adquirió en su inscripción en el discurso científico. Y sus efectos se harán frente a lo «normal y patológico» en el sexo.⁹⁶

2. 4.1.1. De la confesión de la carne al examen psiquiátrico

La sexualidad había ocupado un lugar privilegiado durante la confesión; como habíamos visto en el capítulo dedicado al desarrollo de la confesión cristiana, el deseo y el placer se habían inscrito en la geografía del cuerpo, construyendo la noción de carne. A partir de esta transformación, era la voluntad la que cedía o resistía ante los ataques de la concupiscencia sobre el cuerpo.

Durante el siglo XVIII, el saber médico, concretamente el psiquiátrico, hereda la idea de carne y de la voluntad que se resiste ante los ataques del deseo, representados en el demonio, la noción de convulsión, como el efecto de la violencia, de los impulsos instintivos en el organismo. Allí se diseñará el modelo de la locura como enfermedad y como el objeto moderno de la psiquiatría.⁹⁷

3. LA MEDICINA LEGAL

En adelante, el cuerpo como objeto de saberes y extracción de verdades será tomado bajo gran número de prácticas y discursos novedosos de vigilancia y control, paralelos al tribunal. Se da la formación de nuevos mecanismos de estudio y formas de búsqueda de la verdad (prácticas y discursos) que surgen de la mano de diversas transformaciones políticas, sociales y económicas propias del siglo XIX.

94. Ídem.

95. *Ibíd.*, p. 84.

96. *Ibíd.*, p. 85.

97. FOUCAULT, Michel. *Los anormales*. 2006, p. 212.

En ese sentido, la medicina legal, lo que constituye su discurso, formó en esa época – siglo XIX – un objeto de estudio frente al cuerpo, de una manera específica: el criminal y la explicación del crimen mediante su cuerpo.

Los tribunales comenzaron la construcción de una instancia paralela que sustente sus argumentos y decisiones (que pueda acceder a ese espacio que les era vedado) con un «status epistemológico» que ratifique sus actuaciones; el poder punitivo necesita de una acumulación ininterrumpida de saberes, para llegar a una resolución judicial.

Foucault señala que aquel principio concebido como el de la «íntima convicción del juez», es decir esa certeza plena que éste debe tener para emitir un fallo de acuerdo con las pruebas reunidas – y que constituye una innovación jurídica de la modernidad, en oposición a las pruebas legales que seguían un modelo «escolástico-aritmético» de investigación (a mayor prueba, mayor pena; a menor prueba se reduce proporcionalmente la pena) – es atravesado por dos prácticas: la primera es la atenuación de la pena ante situaciones que ocasionen incertidumbre; y la segunda tiene que ver con ese carácter de verdad que algunas pruebas tienen en sí mismas y que les concede un mayor valor frente a las demás.⁹⁸ Entre ellas se encuentran los discursos médicos que poseen un «valor científico» y por tanto de verdad, una certeza *a priori* frente a la convicción que el juez pueda llegar a adquirir: «... en el punto, más brevemente, en que se encuentran el tribunal y el sabio, donde se cruzan la institución judicial y el saber médico o científico en general, en ese punto se formulan los enunciados que tienen status de discursos verdaderos, que poseen efectos judiciales considerables...».⁹⁹

En el primer caso (atenuación de la pena), los códigos penales de la época tenían el artículo de exclusión de responsabilidad para quien al momento de cometer el crimen se encontraba en estado de demencia. Sin embargo a principios del siglo XIX surge por parte de las instancias judiciales la necesidad de explicarse el crimen monstruoso (es decir aquel crimen que irrumpe en la regularidad más que jurídica, biológica), no sólo en la presencia o ausencia de razón por parte de quien comete un crimen – y de ese modo definir o no su responsabilidad – , sino por las razones que hacen que dicho crimen exista. Predicamento entre la ley y

98. *Ibíd.*, p. 22.

99. *Ibíd.*, pp. 24- 25.

los mecanismos de castigo, ya que se plantea el problema de un «sujeto con razón» que comete un crimen, careciendo de interés alguno para haberlo cometido. Es allí, en esa situación límite de la práctica del poder punitivo¹⁰⁰ – frente a la pregunta de la racionalidad del sujeto y la racionalidad del acto – que surge la pericia psiquiátrica.

Hasta principios del siglo XIX, lo que era conocido como psiquiatría se encontraba como una rama de la llamada higiene pública,¹⁰¹ dicho saber se dedicaba al estudio de los delirios, la demencia, la locura y la protección social ante el peligro que los locos podían representar. Así que para ese momento, ese compendio de saberes no presentaba el rigor epistemológico que poseía la medicina, la cual había organizado al interior de su saber una serie de lecturas sobre el cuerpo y la enfermedad específicas y especializadas, la clasificación y los síntomas de la enfermedad; disciplina que posee como particularidad sobre el cuerpo, un ojo clínico que lo sobrevuela libremente, y en ese ejercicio, los distintos signos a indagar; aparece visible lo ocultable.

A partir de ese momento, la psiquiatría comienza un proceso de acomodación al lenguaje médico, creando taxonomías, sintomatologías de la demencia; en resumen, dándole a la locura el carácter de enfermedad. De este modo el tribunal apela a un saber que lo colme de certezas para efectos de castigar o no las conductas criminales, donde se presentaba el problema de la culpabilidad; y la psiquiatría inicia un camino, donde extiende sus saberes a aquellas conductas que había explorado. De la correspondencia, y a la vez la tensión entre ambas instancias, se inicia una nueva visión del criminal: su corrección; ahora la penalidad atraviesa las prácticas judiciales y el saber científico. Allí también el sujeto expuesto a la mirada de ese experto es confinado al encierro y a toda una serie de procedimientos sobre su cuerpo.

3.1. El crimen monstruoso y la psiquiatría legal

La relación entre el médico y los estrados judiciales comienza con el peritaje psiquiátrico. Sin embargo la simple asimilación de la psiquiatría a la medicina – y la locura como enfermedad – se quedaba corta, al explicar la racionalidad (el interés) de todo tipo de *crímenes monstruosos*. Estos actos planteaban a la

100. *Ibíd.*, p. 111.

101. *Ibíd.*, p. 118.

psiquiatría y a los juristas varias cuestiones: ¿es posible realizar un delito sin motivo alguno y puede ser declarada la ausencia de responsabilidad por esa razón? ¿Si esto es una forma de la locura, significa que ésta sólo opera sobre un acto (el crimen) siendo el sujeto que comete este acto racional en el resto de sus conductas? Este fenómeno es bautizado por los psiquiatras como *monomanía homicida*.¹⁰² La experiencia del saber de la psiquiatría legal y el saber de los tribunales, en el evento de la *monomanía homicida*, tienen las siguientes connotaciones:

- El comienzo de la experiencia conjunta entre juez y médico, no es fundado por la idea clásica de la ausencia de responsabilidad, y la inimputabilidad por dicho motivo.
- Los comienzos de esta relación son originados por la necesidad, tanto del derecho penal, de la transformación penal, como de la psiquiatría de operar sobre la higiene pública.
- Ambas necesidades se presentan por las transformaciones del poder, donde se concibe a la sociedad como un cuerpo biológico. Aunque las finalidades del tribunal y las psiquiatría sean diferentes.
- El crimen monstruoso, su definición, coincide con las conclusiones que comienza a hacer la psiquiatría, de considerar la locura como peligrosa.
- Aquí nace el hombre peligroso, que inaugurará los postulados de la escuela positivista italiana del derecho penal.
- Se establece entonces una relación problemática con el sujeto-monstruo, ya que hay desplazamiento de la ausencia de responsabilidad a la determinación psicológica (la inteligibilidad del acto cometido) del acto: si existe un móvil, se podrá declarar su responsabilidad; si no tiene una determinación psicológica, se le excluye de toda responsabilidad.¹⁰³

En el transcurso del siglo XIX surgen nuevos conceptos propios de la psiquiatría, que no sólo sirvieron para explicar ese tipo de conductas antes mencionadas, sino que construyeron un nuevo objeto de su estudio; términos como instinto, inclinaciones, actos involuntarios, etc., constituyeron una nueva mirada sobre un

102. FOUCAULT, Michel. *Historia de la locura en la época clásica*, vol. II. 2000, p. 286.

103. FOUCAULT, Michel. *La evolución del concepto de individuo peligroso*. Tomado de *Obras esenciales*, Vol .III: *Estética ética y hermenéutica*. 1999, p. 45.

sujeto; esta vez el pequeño delincuente y cómo es determinado por un número de condiciones, entre ellas su cuerpo. Preguntarse entonces por la anormalidad del instinto, y si tiene alguna corrección, son preguntas que se hará en adelante la psiquiatría;¹⁰⁴ además esa serie de elementos logrará establecer una relación con la medicina – ya no por medios meramente formales – por intermediación de los *trastornos neurológicos*;¹⁰⁵ de ahí se pasa del criminal monstruoso al pequeño anormal.

Es así como todos esos elementos propios de los saberes disciplinarios y los procedimientos de estudio, como el examen, la normalización o la corrección, dan paso a textos de medicina legal como el de César Lombroso; a continuación quisiera referirme a su manual y qué relación puede existir entre sujeto y objeto, a lo largo de su discurso.

3.2. El individuo peligroso (el cuerpo del criminal)

La noción de monomanía es dejada atrás a mediados del siglo XIX; el primer motivo de ello es que el saber psiquiátrico elabora hacia 1840 una serie de enfermedades que atacaba las pasiones, y no los pensamientos, es decir los instintos; enfermedades herederas de la noción cristiana de la carne (tal como lo habíamos visto en el capítulo dedicado a la carne y el examen psiquiátrico). El segundo motivo es que la locura no sólo es exclusiva a un sujeto, también puede transmitirse por herencia; se inventa el concepto de *degeneración*.¹⁰⁶ De las anteriores razones se concluye que hacia mediados del siglo XIX la sexualidad cubrirá con su discurso casi todas las formas de locura.

Igualmente, estas nociones se emplearán para explicar la totalidad de formas de la delincuencia; la pericia médico-legal democratizará los objetos de su mirada. Por otro lado las teorías criminológicas se desplazan de la responsabilidad a partir del acto, para señalar su atribución desde la noción de la *defensa social*. Éste es el campo de emergencia de la antropología criminal.

Algunos de los postulados básicos de la antropología criminal, son: en primer lugar el abandono de la libertad como condición del individuo (a partir de la teoría

104. FOUCAULT, Michel. *Los anormales*. 2006, p. 129.

105. *Ibid.*, p. 153.

106. Foucault. *La evolución del concepto de individuo peligroso*. 1999, p.50.

de Beccaría, por ejemplo), para centrarse en el concepto de peligrosidad; lo que hay que proteger es la sociedad. En segundo lugar, hay un desplazamiento de la responsabilidad, excluida por la locura; es precisamente esa locura la que genera responsabilidad (en tanto el loco es peligroso). La pena, no tiene que ser un castigo (puede tener propósitos terapéuticos), pero siempre debe ser en defensa de la sociedad. Por último, hay tres clases de castigo que serían la eliminación (la muerte o la reclusión), el tratamiento o la castración.¹⁰⁷ Así se llega al criminal-monstruo, al pequeño criminal, que representa en su totalidad, su cuerpo y su alma, un peligro social.

Finalmente, la escuela de la defensa social, a principios del siglo XX, toma del derecho civil la noción de responsabilidad objetiva, es decir esa institución que centraba la indemnización por un acto – a partir del daño causado y del riesgo – para determinar la responsabilidad, por la naturaleza del individuo peligroso y «por el riesgo que le genera a la sociedad».¹⁰⁸

3.2.1. Lombroso

3.2.1.1. cuerpo–sujeto–verdad

Para Lombroso y la escuela positivista de finales del siglo XIX, toda una serie de dominios constituirán el término medicina legal: antropología, biología, medicina, psiquiatría, sociología, entre otros, preguntando las causas del criminal-anormal, más que del crimen en sí mismo. Para esta escuela, el cuerpo del criminal es un campo de exploración del peligro potencial que éste puede representar para la sociedad. Mediante datos empíricos y descriptivos ellos pretendían establecer, por ejemplo, qué relación existía entre la medida del cráneo y el homicida, o el loco moral (aspecto antropométrico); o qué relación existía entre quien era potencialmente delincuente y su herencia (aspecto genético), por ejemplo «la propensión entre la raza judía» a delitos como la estafa:

*En cambio, la estadística muestra entre los hebreos una criminalidad inferior a la de los países en que viven; predominan entre ellos algunas formas de delito, a menudo hereditarias, como la estafa, la falsedad, la calumnia y, sobre todo el encubrimiento y la usura...*¹⁰⁹

107. *Ibíd.*, p. 52.

108. *Ibíd.*, p. 56.

109. LOMBROSO, César. *Medicina legal*, tomo1. P. 233.

En suma, no es tanto el crimen cometido como la potencialidad de éste en un sujeto al cual su cuerpo, los factores biológicos, hereditarios, antropológicos, etc. lo muestran como un individuo peligroso para la sociedad. O mejor dicho, para la construcción discursiva por parte de los positivistas, el cuerpo es primordial para la extracción de verdades, y de ese modo se constituye como mediador para la construcción del sujeto, en términos de normal-anormal. Hay aquí un desplazamiento de la verdad con respecto a otras formas de instrumentalización del cuerpo; esa verdad surge de la mediación de éste, para la construcción de esa subjetividad que es la del anormal.

De este modo, el sujeto sigue siendo indispensable, pero como una construcción de sus discursos y prácticas, alrededor de los elementos dados por las sociedades disciplinarias: defensa social, examen, corrección, normalización, etc.

Otro punto para tratar es la relación que para el texto de Lombroso existe entre la instancia judicial y ese saber médico: relación paralela entre ambos saberes; con funciones delimitadas, pero en constante correspondencia. El auxilio del saber médico-legal radica en la explicación del criminal-anormal, la etiología de su conducta, su potencial peligro, etc. El saber médico inscribió al criminal como un enfermo a quien era necesario corregir, de forma paralela y diferenciada de la investigación por parte de los tribunales. La indagación y el examen seguían demarcados.

A continuación, cuando un nuevo desplazamiento se ejerza sobre el objeto de la medicina legal y su estudio sobre el cuerpo, surgirá una nueva transformación en la relación juez-médico.

TERCERA PARTE
FORMAS CONTEMPORÁNEAS
DE INSTRUMENTALIZACIÓN DEL CUERPO






I. EL CUERPO DE LA VÍCTIMA

Con las transformaciones que se evidenciaron en los saberes de la medicina durante el siglo XVIII, al preguntar en la espacialidad corporal de los cadáveres (la espacialidad de la muerte) por la salud, por la vida, etc., la medicina legal aplicará sus funciones en el esclarecimiento del delito. Ordenará en sus saberes los indicios «útiles» para el establecimiento de certezas. De sus dinámicas se escindirán pequeñas técnicas que se organizarán en la construcción de la verdad; la criminalística había nacido. «La criminalística se caracteriza por concebirse a sí misma como una ciencia auxiliar y con ello se sitúa en el papel del denunciante, indiferente en cuanto al contenido, al servicio de cualquier sistema criminal que lo solicite».¹¹⁰

Ahora bien, como objeto de los saberes de la criminalística, surge un cuerpo completamente distinto que representa un elemento ineludible en las pericias médico legales en el siglo XX, el cuerpo de la víctima. La espacialidad corporal sigue siendo un objeto de saber y de extracción de verdades; pero el sujeto por el que intenta preguntar la medicina legal, o mejor, que intenta construir, no es el mismo. Al interior de su dominio, la víctima y su cuerpo ocuparán perspectivas distintas a las del sujeto criminal-anormal; lo cual no quiere decir que éste desaparezca de la escena de los dictámenes médico-legales, de los estudios del delincuente. Por ejemplo, en un manual de medicina legal de 1928 se hace un estudio sobre el tatuaje; allí se enuncia: «pero en general, el tatuaje es signo

110. HERZOG, Felix. *Miscelánea sobre la dialéctica del esclarecimiento del delito*. En: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. *La insostenible situación del derecho penal*. 2000, p. 45.

frecuente de personas de conducta sospechosa y en criminales reincidentes».¹¹¹ Además la psiquiatría forense sigue cumpliendo su función como rama de la medicina legal, en cuanto a la búsqueda de la ausencia de responsabilidad y el tratamiento de las patologías.

Sin embargo, el surgimiento de la víctima y su cuerpo son objeto del examen para estimar los daños ocasionados por esa agresión y la reparación de ellos por parte del agresor. El cuerpo es mirado en sus lesiones como criterio de castigo; es una forma de legitimarlo. O podríamos ver en la espacialidad corporal de la muerte y las lesiones, los rastros del victimario, la evidencia de su presencia, de su responsabilidad.

1.1. El juez y el médico

Ahora, el médico legista representa en sus funciones la realización de un ritual, el establecimiento de unos pasos meticulosamente calculados, para conservar en su pureza ese daño infringido en el crimen:

Este examen debe verificarse del modo siguiente: se colocará al paciente sobre una mesa o al borde de una cama. En un lugar claro; se pondrán sus piernas en flexión y separadas convenientemente de manera que el perito pueda colocarse entre ellas. Se observará si existe alguna huella de violencia en las vecindades de los órganos genitales, y luego se hará la descripción de éstos: se separarán con cuidado los grandes y los pequeños labios para descubrir el himen. Si esta membrana existe, se indicarán sus dimensiones y su forma; si ha sido desgarrada, se descubrirá el estado de sus colgajos y las heridas o cicatrices que en ellos existan: se dirá si existen o no equimosis, ulceraciones, líquidos patológicos y demás particularidades que puedan encontrarse.¹¹²

Además y lo que corrobora la importancia de tales procedimientos se puede apreciar en la siguiente cita: «Debe repetirse el examen cuantas veces sea conveniente, a fin de establecer con precisión el diagnóstico».¹¹³

111. LLINÁS, Pablo A. *Conferencias de medicina legal y de psiquiatría para estudiantes de jurisprudencia*. 1928, p. 281.

112. *Ibíd.*, p. 203.

113. *Ibíd.*, p. 203.

Lo anterior cita da cuenta, por medio del meticuloso recorrido que se ejerce sobre ese cuerpo, del procedimiento propio de una disciplina como la medicina legal; sin embargo lo que constituye otra profunda transformación en la construcción de su discurso, es la manera como las prácticas de dicho saber entran en la esfera del proceso. Una paradoja en las relaciones del juez y el experto, a partir de la práctica del examen y la indagación, es decir la medicina, o la criminalística, como saberes que se desarrollan a través del uso del examen (entendido como toda una serie de procedimientos de estudio y vigilancia de la corporalidad del hombre), por medio de la cual se intenta reconstruir los eventos que llevaron al crimen, el pasado.

Un ejemplo es la práctica del interrogatorio en estos procedimientos. El interrogatorio surge como parte del ritual empleado por el médico legista. Es preciso oír declaraciones de los padres y personas allegadas: «La claridad y sencillez con que un niño refiere los hechos son indicios de gran valor para el médico legista».¹¹⁴ La indagación que se había constituido en la historia del proceso de occidente como la forma de búsqueda de la verdad se convierte en parte del dominio del médico para reconstruir el pasado, los vestigios de ese delito, el retorno al estado de flagrancia.

Sin embargo pese al dominio que el experto comienza a tener del mecanismo de la indagación al interior del proceso – como reconstrucción de los hechos, a partir de técnicas de interrogatorio –, ésta se encuentra aún delimitada frente a la práctica sobre el cuerpo propiamente dicho, donde gobierna el examen; además por la creencia de que es un saber auxiliar del proceso penal. Pero en esta tímida intromisión del médico en el proceso, se nos muestra al fin y al cabo cómo la relación juez–médico se ha ido confundiendo cada vez más.

En consecuencia, tenemos que el fin de estas prácticas es la constitución, por medio del cuerpo y a través de la indagación y el examen (como mecanismos complementarios, aunque delimitados) del discurso del experto. Se da, por otro lado, una forma de sujeto, nos referimos a la víctima, para dar cuenta, a través de la certeza que un saber con un cierto estatus epistemológico construye, de un daño, en la legitimación del proceso contra el agresor y del castigo.

114. *Ibíd.*, p. 203.

2. INTERVENCIONES CORPORALES: ASPECTOS EN COLOMBIA

2.1. Definición

Antes de hacer un esbozo de algunas de las consideraciones de tipo jurídico sobre las intervenciones corporales, es oportuno dar una sucinta definición del término, para aclarar algunas cuestiones.

Las intervenciones corporales se podrían definir como toda serie de prácticas llevadas a cabo en una investigación (ya sea desde un proceso como el civil – en casos como el de la filiación – o desde el proceso penal), que involucran invasión del cuerpo de uno de los sujetos procesales (ya sea la víctima o el imputado), para el esclarecimiento de un hecho trascendental, al momento de adquirir certezas en un proceso.

La ley 906 de 2004 consagra estas prácticas a partir de las siguientes normas:

Artículo 247. Inspección Corporal. Cuando el Fiscal General, o el fiscal tengan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que, en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación, podrá ordenar la inspección corporal de dicha persona. En esta diligencia deberá estar presente el defensor y se observará toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana.

A su vez el artículo 249 del código continúa:

Artículo 249. Obtención de muestras que involucren al imputado . Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes:

1. Para la obtención de muestras para examen grafotécnico:
 - a) Le pedirá al imputado que escriba, con instrumento similar al utilizado en el documento cuestionado, textos similares a los que se dicen

falsificados y que escriba la firma que se dice falsa. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial;

- b) Le pedirá al imputado que en la máquina que dice se elaboró el documento supuestamente falso o en que se alteró, o en otra similar, escriba texto como los contenidos en los mencionados documentos. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial;
- c) Obtenidas las muestras y bajo rigurosa custodia, las trasladará o enviará, según el caso, junto con el documento redargüido de falso, al centro de peritaje para que hagan los exámenes correspondientes. Terminados éstos, se devolverá con el informe pericial al funcionario que los ordenó.

2. Para la obtención de muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas, se seguirán las reglas previstas para los métodos de identificación técnica.

En todo caso, se requerirá siempre la presencia del defensor del imputado.

Parágrafo. De la misma manera procederá la policía judicial al realizar inspección en la escena del hecho, cuando se presenten las circunstancias del artículo 245.

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-822 de 2005, evalúa la exequibilidad de las normas citadas, junto con los artículos 248 y 250. De acuerdo a lo señalado en estas normas, se abre la posibilidad – legal – de la extracción del cuerpo del imputado, de material que pueda servir para establecer certezas en el curso del proceso penal, pese a la negativa de quien se encuentre sometido a dicha investigación (con la observancia de formalidades que garanticen sus derechos).

Estas normas hacen parte de un grupo de artículos que fueron demandados mediante acción de inconstitucionalidad. El motivo de la demanda, según lo alegado por el demandante, fue la vulneración de varios derechos fundamentales: entre ellos la dignidad humana, presunción de inocencia, derecho a la intimidad, derecho a no declarar contra sí mismo, etc., y varias disposiciones de tratados internacionales, como el Pacto de San José, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La Corte Constitucional, después de realizar un estudio de las normas demandadas, y confrontarlas con el bloque de constitucionalidad, decide declarar exequibles los artículos 247 y 249; y parcialmente exequibles los artículos 248 y 250. La corte considera viable la aplicación de estas normas, con ciertos criterios que el juez debe tener en cuenta en el caso concreto.

Frente a las distintas posiciones de los textos considerados (tanto desde la doctrina, como desde la jurisprudencia), las medidas de intervención corporal ocupan un espectro bastante amplio en su definición, ya que pueden ir desde los meros «cacheos» realizados por la policía, hasta las prácticas que requieran la intervención de personal médico (que pueden ir desde la extracción de fluidos hasta los procedimientos de tipo quirúrgico). Para ello se ha establecido una diferenciación, donde se enmarcan en el ámbito de las intervenciones corporales:

- a. El registro corporal, entendido de manera general como la exploración de la superficie del cuerpo, o bajo la indumentaria de la persona para buscar cosas sujetas al cuerpo mediante adhesivos...
- b. La inspección corporal, que se emplea para examinar los orificios corporales naturales (boca, ano, vagina, etc.) y el interior del cuerpo de la persona afectada, cuando el objeto buscado ha sido deglutido u ocultado en el interior de tales orificios...
- c. La obtención de muestras íntimas, tales como semen, sangre, saliva, cabellos, etc. En cuanto a la práctica misma de la medida existe una tendencia a exigir la intervención de personal médico cuando se trate de la inspección corporal o de la obtención de muestras corporales íntimas, e incluso a ordenar que se realice en un lugar específico...¹¹⁵

El presente análisis se enfocará en la tercera diferenciación de las intervenciones corporales, debido a que en su desarrollo confluyen dos de las instituciones del proceso penal que desde hace un par de siglos comienzan un vínculo que cada vez será más estrecho; se trata del saber del juez y el saber médico, lo que implica un punto de quiebre en las dinámicas que se habían formado al interior del proceso penal desde varios siglos atrás.

¹¹⁵. Corte Constitucional, Sentencia C-822 de 2005.

2.1.1. La voz de los textos

Para comenzar el presente estudio, donde se intenta establecer un diálogo entre esta problemática y la obra de Michel Foucault, es importante poner a hablar algunos textos jurídicos (ya sean doctrinales o jurisprudenciales).

Lo primero sería hacer una remisión a lo que en las diferentes lecturas relacionadas con las medidas de intervención corporal, se denomina «fundamentos» o «presupuestos filosóficos de un Estado de Derecho», ya sea para llenar de contenido estos discursos o como una herramienta metodológica para la solución de situaciones problemáticas en el caso concreto.

Textos como el del magistrado Ángel Gil Hernández¹¹⁶ parten de un fundamento globalizante como el de justicia; en los «modernos Estados democráticos de derecho» se erige como fin la consecución de este valor, tanto en términos del derecho privado, como del derecho público.¹¹⁷ La obtención del concepto de justicia sólo es legítima si se destina para la protección de los sujetos receptores de la norma, es decir para la protección de los individuos. De allí surge el otro «fundamento», el reconocimiento de los derechos fundamentales, como núcleo esencial infranqueable por parte del poder punitivo: «ámbitos de autodeterminación individual en los que los poderes públicos no pueden penetrar, sin poner en riesgo la libertad de los ciudadanos...»¹¹⁸

De modo que el sujeto–objeto de protección en el discurso jurídico, es la «persona» (sujeto de derecho) como fin en sí mismo, la «razón de ser» de un Estado social de Derecho que debe ser protegida, ya sea a partir de un no hacer (en un sentido estrictamente liberal del término) o de manera positiva, proporcionando todos los mecanismos para que el cumplimiento de los derechos fundamentales sobre ese individuo sea eficaz:

De este modelo de Estado surge que toda base esté centrada en la interpretación finalística del ser humano, visto de manera concreta, encontrándose con individuos reales y no con individuos abstractos. De ahí que el Estado social de Derecho reconoce que en el ser humano está la

116. GIL HERNÁNDEZ, Ángel. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. 1995, p.12.

117. *Ibid.*, p.12.

118. *Ídem*.

razón de su existencia y la base justificativa del sistema jurídico, naciendo así no sólo un derecho de carácter negativo que implique inviolabilidad de los derechos fundamentales por parte de los derechos públicos y de los particulares, sino también haciendo exigencias para que se le proporcionen las condiciones dignas de vida, que le permitan ser un verdadero partícipe de la centralidad de la persona en el estado social de derecho.¹¹⁹

Por otro lado, Hans Kelsen identifica el concepto de persona como un concepto meramente jurídico en el que se asignan derechos y obligaciones, una «construcción artificial», un «haz de normas» que no se pueden equiparar con un concepto como el de hombre.¹²⁰

Ahora bien, en el desarrollo de estos textos se llega a un punto donde se enuncian los límites a esos «presupuestos filosóficos», debido a los conflictos propios de una sociedad; los diferentes principios pueden entrar en conflicto en determinadas situaciones tomadas como problemáticas, las cuales hay que entrar a resolver en cada caso.

De manera que entre el Estado (considerado como una forma centralizada y unívoca de ejercicio del poder) y el individuo se constituyen todo tipo de conflictos que deben ser mediados por los «límites» y los «límites de los límites», materializados en las normas jurídicas.

Las intervenciones corporales son un ejemplo, según los textos anteriormente citados, de esas situaciones conflictivas, de «tensión entre principios», que los diferentes autores entran a evaluar. Es decir, en estas prácticas de extracción de la verdad se presenta un conflicto entre toda la «gama de derechos» concernientes a la protección de una individualidad (persona) «razón de ser del Estado» y la necesidad del proceso penal (de administración de justicia), de encontrar la verdad en procura de ese «presupuesto filosófico» de la justicia.¹²¹

119. CALDERÓN, Juan Jacobo; HERNÁNDEZ, Alexandra; JARAMILLO, Ana María. «El cuerpo humano como evidencia probatoria: un reto adicional del constitucionalismo. La tensión permanente entre la dimensión humana y la dimensión constitucional institucional», ponencia ganadora del concurso del Instituto Nacional de Derecho Procesal, 2001. A propósito del concepto de persona, los autores de la ponencia lo fundamentan en el concepto kantiano, la fundamentación de la metafísica de las costumbres, del hombre como fin en sí mismo, motivo por el cual la persona se identifica con el empleo del libre albedrío y la autodeterminación.

120. KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho*. 200, p. 95.

121. GIL HERNÁNDEZ, Ángel. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. 1995, p. 18.

Ahora, esbozados algunos de los «fundamentos» que llenan de contenido esos textos jurídicos, los mismos son usados como herramientas metodológicas; postulados que son tomados como variables, a través del «test de proporcionalidad» para la solución de situaciones problemáticas.

La Corte Constitucional define así el «test de proporcionalidad»:

En relación con el juicio de proporcionalidad que el juez constitucional debe adelantar sobre este tipo de disposiciones que introducen límites a los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha definido que la verificación debe recaer no sólo sobre el hecho de que la norma logre una finalidad legítima, sino que también debe establecerse si la limitación era necesaria y útil para alcanzar tal finalidad. Además, para que dicha restricción sea constitucional, se requiere que sea ponderada o proporcional en sentido estricto. Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional por la Corte Constitucional.¹²²

Ahora se ilustrará por medio de un ejemplo, planteado por los ganadores de la ponencia en el Congreso de derecho procesal de 2001, que si bien es un supuesto, donde se plantean las medidas de intervención corporal sobre el cuerpo de la víctima, nos puede ilustrar las herramientas metodológicas de la ponderación.

Los autores de la ponencia inician con un supuesto conflicto, en el que se involucran varios «presupuestos filosóficos» de un Estado de Derecho», y planean resolverlo mediante «La teoría de los derechos fundamentales» de Robert Alexy:¹²³

C interpone una denuncia ante B, por el delito de «acceso carnal violento»; B a lo largo de la investigación alega su inocencia; no existe prueba que demuestre los hechos presentados por C, salvo una prueba ginecológica que podría arrojar indicios contra B. Sin embargo C se niega a que se practique dicho examen sobre

122. Corte Constitucional, Sentencia C-448 de 1997.

123. PARRA QUIJANO, Jairo. El cuerpo humano como evidencia probatoria. 1999, p. 49.

su cuerpo, debido a que lo considera violatorio de su intimidad, ya que involucra sus órganos genitales.

La situación problemática que los autores señalan, viene cuando se muestra que de no practicarse la prueba, el proceso no tendría otra alternativa que absolver a B, debido a que no existe ningún indicio que arroje certezas en la investigación.

Los autores relacionan como variables del supuesto:

- Supuesto en cuestión: C1
- Aplicación de las normas del proceso penal, para esclarecer el hecho en cuestión: P1.
- Defensa al derecho a la intimidad: P2.
- Prueba ginecológica: M1.

Ahora bien, para la resolución del supuesto se acude al «test de proporcionalidad»:

- Máxima adecuación: es decir, la medida empleada es idónea para llegar al fin que se persigue.
- No puede existir otra medida que sea menos lesiva de la variable P2 (defensa del derecho a la intimidad).
- Las medidas practicadas deben ser proporcionales, no pueden atentar contra la integridad física; además deben realizarse por personal especializado y por medio de orden judicial.

Al realizar la evaluación por medio del test, y cumplir los requisitos de éste, la solución del supuesto se da de la siguiente forma:¹²⁴(P1PP2) C1.

He aquí una «geometría de los principios» que, con ciertas variaciones, la doctrina y los operadores jurídicos emplean en la solución de situaciones concretas, para considerar, decretar y legitimar las medidas de intervención corporal. Teniendo en cuenta que en un proceso como el penal no existe una libertad de medios probatorios, éstos deben ser delimitados por los principios generales del derecho y por los derechos fundamentales.¹²⁵

124. En nuestro caso, la orden es decretada por el juez de control de garantías.

125. GIL HERNÁNDEZ, Ángel. Intervenciones corporales y derechos fundamentales. 1995, p. 36.

Sin embargo, pese a todas las limitaciones que pueden ejercerse sobre esta serie de medidas invasivas del cuerpo, hay un punto de quiebre en la forma de obtención de la verdad en occidente; la confianza en los avances tecnológicos para el esclarecimiento de una investigación determinada y la posibilidad de sometimiento del cuerpo, de ese sujeto–objeto del proceso penal, para la reconstrucción de una serie de hechos, son elementos que merecen ser considerados y leídos a través de la obra de Michel Foucault, a partir de la cual, si bien no directamente, al menos de forma tangencial, se podrían tomar algunas perspectivas frente a una historia judicial del cuerpo.

2.2. Las intervenciones corporales desde una perspectiva foucaultiana

2.2.1 *El sujeto de derecho y el sujeto de la norma*

Como podemos ver, se da la regulación jurídica de unas técnicas médicas y científicas que gozan de un «estatus epistemológico»; es decir que a través de sus procedimientos, se reordenan las relaciones con la verdad y se construyen, a partir de su discurso y su práctica, formas de subjetividad. Cuando se habla de un *sujeto de derecho* – a partir de la jurisprudencia y la ley – que debe protegerse de los abusos de estas prácticas, se guarda silencio frente las formas como ese sujeto de derecho dejó de tener esta condición desde hace siglos, por los efectos normalizadores de las prácticas científicas.

Así mismo, Kelsen, su teoría pura del derecho, es cuestionado por Foucault, precisamente porque el jurista austriaco asimila el acatamiento de un sistema normativo, a una instancia que le asigna sentido, denominada *norma fundamental*, y toda ley se relaciona con un sistema de normas. Para Foucault (si bien puede existir una referencia de la ley a los sistemas de normas), es por debajo de los sistemas legales, y de elaboraciones conceptuales como las de la Corte Constitucional, en la sentencia C–822 de 2005, donde se lleva a cabo el fenómeno de la normalización.¹²⁶

De manera que ese sujeto de derecho, al ceder a la puesta en práctica de las técnicas de intervención corporal, deja de serlo, porque se convierte a sí mismo en sujeto de las prácticas normalizadoras; ocurre una adecuación de su cuerpo, la

126. FOUCAULT, Michel. *Seguridad territorio y población*. 2006, p. 75.

maleabilidad de su espacio, a la construcción de una verdad determinada. Los principios soberanos de los derechos fundamentales son atravesados por estas técnicas de sometimiento.

2.2.2. Las prácticas judiciales (indagación y examen)

En estas medidas de invasión del cuerpo se establece una relación entre lo judicial y lo médico (o lo pericial). Aquí se puede ver como sus funciones, que habían permanecido diferenciadas (con el advenimiento de la criminalística, pero sobre todo con las medidas de intervención corporal), se confunden por obra y gracia del la convergencia de dos prácticas judiciales que habían definido ambas instancias (judicial y médica): la indagación y el examen.

Las intervenciones corporales funcionan en la ambigüedad de esclarecer un pasado, de construir su verdad, mediante una práctica como el examen, que se había creado para la observación del hombre (su cuerpo y su psique); o al contrario, se utilizan las prácticas características del examen para la constatación de un pasado, para sustituir el *delito flagrante*. Es decir, se da una disolución de la indagación en el examen o, igualmente, se da una disolución del examen en la indagación.

2.2.3 La confesión

El punto correspondiente a la confesión es también de gran importancia en estas nuevas relaciones entre las intervenciones corporales y la búsqueda de la verdad. Ante todo, la confesión se inscribió en los engranajes judiciales de la inquisición como ese punto paradigmático, donde el sujeto del enunciado coincidía con el sujeto que habla. Esa verdad que debía ser espontánea, inscribía al sometido en la instrucción, lo hacía partícipe de ella.

Ahora el silencio de ese sujeto da paso a emisores mucho más elocuentes; las muestras de sangre y el ADN son el punto de quiebre por donde el mecanismo de confesión se encarna en la espacialidad corporal. Es más, y para llevar al extremo la situación que nos ocupa, se puede decir que al ser posible la práctica de la prueba, así se haya dado la negativa del sujeto a someterse, el discurso del habla y el discurso del cuerpo van en contravía; nunca en la historia de las prácticas judiciales, y de la confesión, se había visto un divorcio tan evidente entre el sujeto parlante y su cuerpo.

2.2.4. Una derrota

El poder nos obliga a decir la verdad; la instancia judicial y médica necesitaba de nuestra elocuencia para poder arrancarnos la verdad, y a partir de allí tejer un discurso verdadero. Nuestro silencio inquietaba al inquisidor, lo llevaba a repetir el interrogatorio, a proceder a la tortura; ante todo ésta era un juego donde nuestro silencio significaba la victoria y nuestra confesión la victoria del poder punitivo.

En las medidas de intervención corporal, las relaciones se invierten. En el acto final de esta recreación teatral, nuestro silencio también significa una derrota; los saberes han llegado a un punto de intromisión tal, que han destrozado cualquier forma de subjetividad en el desarrollo de sus mecanismos.

2.2.5. Cuerpo-verdad-sujeto

Jairo Parra Quijano, refiriéndose a las medidas de intervención corporal y su relación con los derechos fundamentales, dice: «Es apenas obvio pensar que el médico debe informar al imputado sobre los exámenes que se le van a realizar y su inofensibilidad para dañarle la salud. La autorización del funcionario judicial, sustituye el consentimiento del imputado en el caso de que éste sea remiso a suministrar su consentimiento».¹²⁷

El suplicio ha perdido su funcionalidad, ya lo habíamos visto, desde el advenimiento de los mecanismos propios del poder disciplinario. Este corte temporal que conocemos como modernidad, a través del discurso de los derechos humanos, nos ofreció la autonomía sobre el cuerpo como uno de los elementos prioritarios de ese mito fundacional de occidente que denominamos vida privada. Sin embargo las disciplinas utilizaron otros modos de instrumentalización del cuerpo que no implicaran impartir dolor.

Adormecidos en la comodidad aparente de los derechos humanos, los cuerpos que ya no sienten dolor, asumen a partir de allí todas sus potencialidades en la producción de verdades a las instancias de poder. Éste es el sentido de la cita de Parra Quijano: bajo la condición de no sentir dolor, el cuerpo puede revelar los secretos que se esconden en sus venas, o en su información genética.

127. PARRA QUIJANO, Jairo. *El cuerpo humano como evidencia probatoria*. 1999, p. 221.



Esta cita también nos dice que a través de esa producción de certezas del cuerpo, el sujeto de verdad desaparece de la escena judicial; se disuelve en el silencio de un cuerpo paradójicamente parlanchín. Este proceso de desobjetivación resquebraja esa larga tradición, donde el sujeto de verdad, a través de su discurso, ofrecía el punto extático de la búsqueda de los tribunales y las instancias médicas.

CONCLUSIONES

1. LA RELACIÓN OBJETO–SUJETO

Ésta es, también, una historia del sujeto y el objeto, de sus correspondencias. Como ha señalado Foucault en la primera conferencia de *La verdad y las formas jurídicas*, retomando a Nietzsche en el aforismo 333 de *La Gaya ciencia*, la relación del conocimiento surge de un ejercicio violento, de una guerra llevada a la relación epistemológica.¹²⁸ Por tanto, la experiencia del conocimiento siempre será el efecto de relaciones de poder.

Esa historia política de la verdad a la que apunta Foucault, es la que ha acompañado este escrito; es decir, las distintas aproximaciones a la verdad, durante los eventos en la historia que se pueden recoger de la obra de Foucault, apuntan al ejercicio de unas relaciones de poder como correlato.

El cuerpo, al ser objetivado, ha inscrito sobre su espacialidad los efectos de una guerra librada en su contra (una violencia, unas relaciones de fuerza), a través de los diferentes discursos y prácticas que lo han instrumentalizado.

2. CONFESIÓN Y PRÁCTICAS JUDICIALES

Habíamos observado en este recorrido, para recoger los fragmentos que la obra de Foucault nos podía ofrecer sobre una historia del cuerpo en la experiencia con la verdad, que desde los orígenes del cristianismo el individuo se convirtió en un sujeto de la ley, es decir, atado a las relaciones jurídicas universales de prohibición y permisión.

128. FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. 1983, p. 26.

A partir de la inscripción de lo jurídico en las prácticas de los primeros siglos del cristianismo, lo judicial hace su entrada en escena en las dinámicas morales de occidente con nociones como culpa, pecado, castigo o pena. En esta interiorización de conceptos judiciales, se inventa la confesión, una tecnología innovadora por su capacidad de extraer verdades y construir formas de subjetividad, como el pecador, por ejemplo.

Un dispositivo tan importante como el de la confesión para la historia judicial de Occidente, en sus funciones servirá a dos señores: dos prácticas judiciales que, de acuerdo con Foucault, serán características de los tribunales y las instancias médicas: la indagación y el examen.

El examen y la indagación permanecieron delimitados en sus funciones primordiales desde sus respectivas instancias. Sin embargo las transformaciones sociales, económicas y políticas, hicieron que sus elementos se confundieran en el ser de la medicina legal. Primero en la construcción del individuo peligroso y la confusión entre locura y crimen, y luego en la emergencia de un saber como la criminalística, donde indagación y examen se empleaban para el esclarecimiento del crimen (reconstrucción del pasado).

3. EL CUERPO

Después de unas prácticas en la antigüedad, donde el cuidado del cuerpo (*dietética*) tenía una implicación con el acceso ascético a la verdad y con la transformación a una subjetividad de sí mismo, el cristianismo, por medio de la confesión, prescribía la renuncia al cuerpo, a través del revelar la verdad sobre los pecados, los instintos; generando al mismo tiempo una renuncia de la subjetividad, la del pecador, y adquiriendo una nueva, la del penitente. Posteriormente el cuerpo se convierte en la sede de la noción de carne.

Durante la práctica de la indagación, en la Edad Media, el cuerpo era un sujeto pasivo, donde se desplegaba el poder soberano, en su ostentosis; era el que reproducía los poderes del soberano.

Con el paso de los siglos y con la emergencia del saber médico, el cuerpo pasó de ser la sede de la carne, a ser sede de las convulsiones del instinto que agitan el sistema nervioso, y de la locura. El cuerpo es el espacio donde se marcan los

rastros de la locura. Es en la inserción de la psiquiatría en los tribunales, donde se desarrollará la noción de individuo peligroso, donde el cuerpo es la evidencia de su existencia.

Finalmente, la criminalística trajo para sí al cuerpo – objeto del saber médico moderno –, para que produzca verdades, poniendo a confluir en su realidad la práctica de la indagación y el examen de manera indiferenciada.

4. SUJETO Y VERDAD

Con sus funciones en las prácticas judiciales de Occidente, la verdad se correlaciona con el sujeto; es decir, en la medida que se establece una relación con la verdad, un sujeto se construye, se transforma, o se destruye. En las prácticas de la antigüedad la verdad transformaba al sujeto, lo salvaba.

Desde la Edad Media, hasta nuestros días, en las dinámicas de la indagación, la verdad es la condición del sujeto (el descubrir la verdad, es descubrir el sujeto), y el vehículo para establecer esta relación era la palabra, y el mecanismo idóneo, la confesión. En las dinámicas del examen, también el vehículo de la palabra revela una verdad que al mismo tiempo revela un sujeto. La confesión del sometido, dispositivo anclado en la indagación y el examen, es el fin de esta operación.

Finalmente, la criminalística y las formas contemporáneas de instrumentalización del cuerpo, verdad y sujeto, se desdibujan en la realidad biológica del cuerpo y en las posibilidades que él ofrece como productor de verdades.

5. INTERVENCIONES CORPORALES

Las intervenciones corporales son una continuación de ese dispositivo que Foucault denomina biopolítica, es decir, el ejercicio del poder sobre la vida y el hombre en tanto ser viviente.¹²⁹ Las intervenciones corporales son una serie de prácticas que hacen parte del imperio de lo biológico. El hombre fragmentado, pero también registrado e identificado en el ADN, es la víctima de su propia identidad, es delatado por su cuerpo, «...debido a que aun el más experimentado criminal deja algún

129. FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad, curso del Collège de France 1975–1976*. 2001. p. 217.

vestigio en la escena, corresponde entonces al perito y a los investigadores determinar su presencia, protegerlo y conservarlo para su posterior análisis».¹³⁰

Es por ello que el discurso jurídico de las garantías (salud, la intimidad o la integridad física) se queda corto ante la magnitud de las intervenciones corporales sobre el hombre; éstas pueden ser indoloras, silenciosas, respetuosas de la integridad del cuerpo; sus agujas pueden ser esterilizadas y la profesionalidad del médico puede operar frente a la inexperiencia del policía; pero es con relación a la transformación de las prácticas judiciales y a la instauración del saber médico como ejercicio de actividades que anteriormente no realizaba, como debe dirigirse el análisis.

Las intervenciones corporales (la exploración sobre el cuerpo del acusado) constituyen la gran ruptura con las formas jurídicas; ahora indagación y examen convergen sobre el mismo cuerpo. Esto, sumado al estatus de verdad que representa el saber médico, anuncia la desaparición de ese sujeto sapiente a quien había que escuchar; es el momento del cuerpo sapiente, él también puede hablar; su lenguaje da cuenta de los vestigios de un pasado, unos hechos que se quieren recuperar.

Finalmente, ¿puede evidenciarse en estas prácticas, la disolución del hombre, en su fragmentación en cadenas de ADN, y en la elocuencia del cuerpo? ¿Estamos evidenciando el nacimiento de un sujeto nuevo en estas medidas? Por lo pronto, debemos tener presente la sentencia de Foucault en las líneas finales de *Las palabras y las cosas*:

Si esas disposiciones desaparecieran tal como aparecieron, si, por cualquier acontecimiento cuya posibilidad podemos cuando mucho presentir, pero cuya forma y promesa no conocemos por ahora, oscilaran, como lo hizo a finales del siglo XVIII el suelo del pensamiento clásico, entonces podría apostarse a que el hombre se borraría, como en los límites del mar un rostro en la arena¹³¹.

130. PEÑUELAARROYO, Luz Estella. *El papel del bioanalista forense frente al sistema penal acusatorio*. 2005. p. 180.

131. FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas*. 1981. p. 375.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANO, Sergio. *Michel Foucault: Glosario de aplicaciones*. Buenos Aires, Quadrata, 2005. 140 p.
- BENAZZI, Natale, D'AMICO, Matteo. *El libro negro de la inquisición*. Traducción Juana Bignozzi. Bogotá, Robinbook, SL, 2001. 282 p.
- CALDERÓN, Juan Jacobo, HERNÁNDEZ, Alexandra y JARAMILLO, Ana María. *El cuerpo humano como evidencia probatoria: un reto adicional del constitucionalismo. La tensión permanente entre la dimensión humana y la dimensión institucional*. Ponencia ganadora en el marco del segundo concurso internacional para estudiantes de Derecho, realizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2001.
- CANGUILHEM, Georges. *Lo normal y lo patológico*. Traducción Ricardo Pôtschart. México, Siglo XXI, 1983. 242 p.
- DESCARTES, René. *Reglas para la dirección del espíritu*. Traducción Juan Manuel Navarro Cordón. Madrid, Alianza Editorial, 1995. 189 p.
- FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad: curso en el Collège de France (1975–1976)*. Traducción Horacio Pons. México, Fondo de Cultura Económica, 2002. 287 p.
- _____, *El nacimiento de la Clínica*. Traducción Francisco Perujo. México, Siglo XXI editores, 1966. 293 p.
- _____, *Hermenéutica del sujeto: curso del collage de France (1982–1983)*. Traducción Horacio Pons. México, Fondo de Cultura Económica, 2006. 539 p.

_____, *Historia de la locura en la época clásica, vol. II*. Traducción Juan José Utrilla. México, Fondo de Cultura Económica, 2002. 412 p.

_____, *Historia de la sexualidad, vol. I la voluntad de saber*. Traducción Ulises Guñazú. México, Siglo XXI editores, 1991. 194 p.

_____, *Historia de la sexualidad, Vol. II: El uso de los placeres*. Traducción Martí Soler. México, Siglo XXI editores, 1993. 238 p.

_____, *Historia de la sexualidad, Vol. III: La inquietud de sí*. Traducción Tomás Segovia. México, Siglo XXI editores, 1987. 231 p.

_____, *La evolución del concepto de «individuo peligroso». Obras esenciales, Vol. III: Estética ética y hermenéutica*. Traducción Ángel Gabilondo. Barcelona, Paidós, 1999. 37-58 p.

_____, *La verdad y las formas jurídicas*. Traducción Enrique Lynch. México, Gedisa, 1983, 174 p.

_____, *Las palabras y las cosas*. Traducción Elsa Cecilia Frost. Madrid, Siglo XXI, 1981; 375 p.

_____, *Los Anormales*. México, Fondo de Cultura Económica, 2001. 350 p.

_____, *Seguridad territorio y población: curso del collège de France, 1977–1978*. Traducción Horacio Pons. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006. 484 p.

_____, *Tecnologías del yo y otros textos afines*. Traducción Mercedes Allende Salazar. Barcelona, Paidós Ibérica S.A. I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1990. 150 p.

_____, *Vigilar y castigar, el nacimiento de la prisión*. Traducción Aurelio Garzón del Camino. México, siglo XXI, 1984. 314 p.

GIL HERNÁNDEZ, Ángel. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madrid, Colex, 1995. 124 p.

- GIRALDO, César Augusto. *Medicina Forense*. Medellín, Señal Editora, 2003. 426 p.
- HERZOG, Felix. *Miscelánea sobre la dialéctica del esclarecimiento del delito*. En: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. La insostenible situación del derecho penal. Traducción Jesús María Silva Sánchez. España, Comares, 2000. 41- 47 p.
- HUERTAS, María Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal*. Barcelona, Editorial Bosch, 1999. 520 p.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho*. Traducción Richard Franky. Bogotá, Editorial Unión, 2000. 187 p.
- LOMBROSO, César. *Medicina legal, tomo I*. Traducción Pedro Dorado. Madrid, La España moderna. 261 p.
- LLINÁS, Pablo A. *Conferencias de medicina legal y de psiquiatría para estudiantes de jurisprudencia*. Bogotá, Taller de ediciones Colombia, 1928. 489 p.
- MOREAU, E. de. *Historia de la iglesia*. Traducción María Luz Morales. Barcelona, Surco, 1959. 499 p.
- NIETZSCHE, Friedrich. *La genealogía de la moral: un escrito polémico*. Traducción Andrés Sánchez Pascual. Madrid, Alianza, 1998. 205 p.
- PEÑUELAARROYO, Luz Estella. *El papel del bioanalista forense frente al sistema penal acusatorio*. Medellín, Señal Editora, 2005. 345 p.
- PARRA QUIJANO, Jairo. *El cuerpo humano y su utilización como evidencia probatoria*. Conferencia pronunciada con motivo del XX Congreso de Derecho Procesal, celebrado en Paipa, Boyacá, organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 1999.
- SENNETT, Richard. *Carne y piedra: el cuerpo y la ciudad en la civilización occidental*. Traducción César Vidal. Madrid, Alianza, 1997. 454 p.

Documentos jurídicos

Corte Constitucional (Colombia), Sentencia C-822 de 2005. Magistrado Ponente:
Manuel José Cepeda Espinosa.

_____, Sentencia C-448 de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes
Muñoz.

Congreso de la República (Colombia), Ley 906 del 31 de agosto de 2004. Código
de procedimiento penal.



El trabajo de David Orrego Fernández trata de una manera diferente y novedosa, un tema bastante polémico en el derecho procesal penal: las intervenciones que puede ordenar el fiscal o el juez sobre el cuerpo del sindicado, aun en contra de su voluntad, para que sirvan como medio probatorio dentro del proceso.

El trabajo titulado *Para una Historia Judicial del Cuerpo: aproximaciones a Michel Foucault*, tiene por objetivo, entonces, analizar, pero especialmente cuestionar, la figura establecida en el Código de Procedimiento Penal Colombiano en los artículos 247 a 249, desde la perspectiva teórica de un autor tan amado, para unos, y tan odiado, para otros, como Michel Foucault. Para alcanzar su objetivo el autor emprende el estudio del cuerpo del sindicado desde la óptica de tres dispositivos judiciales: La confesión, la indagación y el examen.

Lina Adarve Calle



UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA

1803

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS

Colección mejores trabajos de grado

Número 1

Para una historia judicial
del cuerpo: Aproximaciones
a Michel Foucault

David Orrego Fernández

Número 2

Thomas Hobbes y el Estado
absoluto: del Estado de razón
al Estado de terror

Juan David Ramírez Echeverri

Número 3

El agente encubierto frente
a los derechos fundamentales
a la intimidad y a la no
autoincriminación

Andrés David Ramírez Jaramillo

ISBN 958-714-341-6



9 789587 143416