

Poder soberano y poder disciplinario. La codificación desde una visión foucaultiana*

Norberto Hernández Jiménez*

Fecha de recepción: 30 de noviembre de 2012
Fecha de aceptación: 12 de abril de 2013
Fecha de modificación: 20 de junio de 2013

DOI: <http://dx.doi.org/10.7440/res48.2014.11>

RESUMEN

A través de este ensayo se expone el contexto de la codificación posrevolucionaria, enfrentando su tradicional concepción como emanación del poder soberano, a partir de los lineamientos de la sociedad disciplinaria desarrollada por Foucault. Para esto se analiza el debate sobre completitud del ordenamiento jurídico, y con base en el estudio de la categoría fundacional de la inimputabilidad —perteneciente a la dogmática jurídico-penal—, se propone demostrar la falta de autonomía y coherencia del derecho codificado para resolver categorías del poder disciplinario, en contravía de la teoría soberana de Hobbes.

PALABRAS CLAVE

Poder, soberanía, disciplinas, codificación, inimputabilidad.

Sovereign and Disciplinary Power. Codification from a Foucaultian Viewpoint

ABSTRACT

This essay presents the context of codification that occurred after the French Revolution, questioning the traditional idea of it as an emanation of sovereign power, following the guidelines of disciplinary society developed by Foucault. For this purpose, it analyzes the debate regarding the completeness of the legal order, and based on the study of the foundational category of non-imputability – pertaining to criminal law dogma- it seeks to demonstrate the lack of autonomy and coherence of codified law for solving categories of disciplinary power, in contradiction with the sovereign theory of Hobbes.

KEY WORDS

Power, sovereignty, disciplines, codification, non-imputability.

Poder soberano e poder disciplinar. A codificação a partir de uma visão foucaultiana

RESUMO

Por meio deste ensaio, expõe-se o contexto da codificação pós-revolucionária, que enfrentou sua tradicional concepção como emanção do poder soberano, a partir dos lineamentos da sociedade disciplinar desenvolvida por Foucault. Para isso, analisa-se o debate sobre completitude do ordenamento jurídico e, com base no estudo da categoria fundacional da inimputabilidade —pertencente à dogmática jurídico-penal—, propõe-se demonstrar a falta de autonomia e coerência do direito codificado para resolver categorias do poder disciplinar, na contramão da teoria soberana de Hobbes.

PALAVRAS CHAVE

Poder, soberania, disciplinas, codificação, inimputabilidade.

* Este artículo es una reflexión trabajada en el seminario "Teoría Jurídica I" (Doctorado en Derecho, Universidad de los Andes 2012-20), dirigido por la Profesora Isabel Cristina Jaramillo Sierra. Agradezco al profesor Libardo Ariza la revisión preliminar del artículo y sus valiosas sugerencias para completarlo.

✦ Estudiante de doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes, Colombia. Asesor del Grupo de Prisiones y Cárceles de la Universidad de los Andes (GPC) y Conjuez del Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal. Correo electrónico: n.hernandez29@uniandes.edu.co

Una sociedad normalizadora fue el efecto histórico de una tecnología de poder centrada en la vida. En relación con las sociedades que hemos conocido hasta el siglo XVIII, hemos entrado en un fase de regresión de lo jurídico; las constituciones escritas en el mundo entero a partir de la revolución francesa, los códigos redactados y modificados, toda una actividad legislativa permanente y ruidosa no debe engañarnos: son las formas que tornan aceptable un poder esencialmente normalizador. (Foucault 1991, 175)

Introducción

El 20 de enero de 1801¹ Jean-Étienne-Marie Portalis pronunció su célebre *discurso preliminar* al Código Civil francés. La inspiración allí transmitida —dar a una sociedad determinada un derecho unitario y sistemático²— se compagina con el dogma de plenitud del ordenamiento jurídico que, con base en el ejercicio del poder soberano, construye un monopolio de producción normativa (fuente principal de creación jurídica) a través de los códigos; sin embargo, desde la perspectiva *foucaultiana* se puede afirmar que las normas disciplinarias: i) son dominantes en las relaciones de micropoder, ii) no tienen su fuente en el soberano, iii) responden a una lógica distinta (normal/desviado) y iv) no están separadas de la codificación.³ Así, los códigos incorporan el poder disciplinario dando lugar a categorías límite como la figura del “individuo peligroso” en materia penal.

Oportuno anticipar que el poder disciplinario (no soberano) ostenta un discurso que no se corresponde con el de la

regla jurídica —derivada de la soberanía *hobbesiana*—, sino con la regla natural⁴ (*infra*. “De la codificación. El debate sobre la plenitud del ordenamiento jurídico”). En este sentido, el comportamiento humano no depende de la voluntad del legislador sino de la esencia de la actividad que desarrolla el hombre,⁵ constituyendo con su actuar una disciplina, no necesariamente congruente con la soberanía. ¿Qué papel desempeña, entonces, la codificación a propósito del poder disciplinario? ¿Cumple la codificación con el objetivo autónomo de completitud⁶ del derecho o indefectiblemente debe recurrirse a las disciplinas?

A través de estas líneas, y recurriendo a un contexto jurídico-penal,⁷ defenderé la siguiente tesis: *la codificación no es autónoma ni necesariamente coherente cuando se ve obligada a incorporar categorías propias del poder disciplinario, por oposición al poder soberano*. El caso paradigmático que utilizaré para este análisis será la inimputabilidad penal y la técnica para la completitud del ordenamiento jurídico: la jurisprudencia.

Para esto expondré el debate sobre la codificación como forma principal de organización de la producción normativa y la influencia de esta dinámica en el nacimiento de las escuelas de la exégesis francesa y el conceptualismo alemán (*infra*. “De la codificación. El debate sobre la plenitud del ordenamiento jurídico”), lo cual me servirá para atacar el contraargumento de mi tesis, que estaría representado, en este caso particular, por el movimiento codificador, fundado bajo el ingenio del alma del *Leviatán*. A su vez, en la sección “La codificación y la sociedad disciplinaria” presentaré la posición de Foucault acerca de la codificación —como apoyo doctrinario de mi tesis— y, finalmente, anotaré algunas conclusiones, inherentes a la preponderancia —en determinados casos— del poder disciplinario frente al poder soberano reflejado a través de los códigos.

Mi estrategia metodológica será confrontar el pensamiento de la exégesis francesa con la teoría *foucaultiana*

1 1º de pluvioso del año IX.

2 “Toda idea de Código civil implica la idea de unidad nacional” (Alberdi 1868, citado por Legrand 1997-1998, 803) (Cita extraída del ensayo inédito “La codificación o el intento de homogeneizar la nación en el siglo XIX”. Cano [2012]). Para el caso colombiano, resulta útil el análisis que hace la profesora Isabel Cristina Jaramillo en su más reciente obra: “Entre 1821 y 1888, los legisladores nacionales y estatales se obsesionaron con la adopción de códigos en todas las áreas del derecho porque se creía firmemente que estos permitirían la superación del caos legislativo que había prevalecido en la época colonial, y en materia de justicia una administración eficiente y una mayor equidad. Además, para los radicales la aprobación de códigos fue importante porque permitía la derogación de todo el derecho español y era una oportunidad para introducir todas las reformas modernizadoras de una sola vez” (Jaramillo 2013, 191).

3 “[...] Foucault insiste en la importancia de repensar el poder más allá de un modelo ‘jurídico soberano’ que lo entiende solo de manera restrictiva, como algo que se ejerce de manera descendente sobre unos sujetos previamente constituidos. De modo que este distanciamiento con respecto al modelo de soberanía va de la mano también con una crítica a la idea de un sujeto soberano preexistente o dado con independencia de las relaciones sociales” (Quintana 2012, 52).

4 “El discurso de la disciplina es extraño al de la ley, de la regla como efecto de la voluntad soberana. Las disciplinas sostendrán un discurso que no será el de la regla jurídica derivada de la soberanía, sino el de la regla natural, es decir, de la norma” (Foucault 1992, 47).

5 Utilizo el término “hombre” para designar al ser animado racional que comprende en general a los humanos, y no para identificar al individuo de la especie humana de sexo masculino.

6 En la labor de axiomatización del derecho, “se consideran virtudes del sistema normativo tres propiedades: la *completitud* (*ausencia de lagunas*), la coherencia (*ausencia de antinomias*) y la independencia (*ausencia de redundancias*)” (García 2009, 179). Resultado fuera del texto.

7 “[...] ciertas formas de verdad pueden ser definidas a partir de la práctica penal” (Foucault 1998a, 18).

y mostrar —a través de una categoría fundacional de la dogmática jurídico-penal (inimputabilidad)— la solución jurídica a partir de la conjunción del poder soberano y del poder disciplinario.

De la codificación. El debate sobre la plenitud del ordenamiento jurídico

El movimiento codificador europeo⁸ es catalogado como la semilla del positivismo jurídico. A través de aquél se procuró ordenar el conjunto de normas dispersas y heterogéneas, vigentes para la época, que incluso resultaban contradictorias en algunas ocasiones. Pero ¿tendría algún fin en materia de poder? La respuesta afirmativa está relacionada con el tema de *control* frente al mismo y la consolidación del Estado liberal de derecho, en contraposición al régimen monárquico y conservador existente hasta la Revolución Francesa (Kelsen 1970, 65-66), manteniendo, eso sí, el criterio de soberanía *hobbesiano*.⁹

La obra más importante y representativa del movimiento codificador fue el “Código Civil del Pueblo Francés”,¹⁰ promulgado en el mismo año en que muere Kant, en 1804.¹¹ Su principal acierto fue el de conciliar los principios revolucionarios (Gordley 1994, 505; Soriano 1993, 144 y 145-147) —en especial la igualdad¹²— con el derecho canónico, las costumbres (Portalís 1997, 108),¹³ y las reglas jurídicas vigentes —de influencia romanista—, con el nuevo orden, haciendo una legislación uniforme (Portalís 1997, 28)¹⁴ y exaltando especialmente la institución de la familia.

Ahora bien, desde Justiniano se venía construyendo un modelo sistemático de recopilación de reglas jurídicas, que constituyeron los cincuenta libros del *Digesto*, razón por la cual el Código de Napoleón no era innovador en el tema (Bobbio 2007, 216; Herman 1981, 688), pero sí era el más elaborado, al punto que “la cabeza de la escuela histórica del derecho”,¹⁵ sin ironía ni sarcasmo, lo califica como una obra “perfecta” (Savigny 1969, 68 y 127).

Con base en esto, los códigos son catalogados como la única fuente del derecho dando origen a la escuela de la exégesis,¹⁶ que fundamentó su teoría en el culto al derecho positivo y, consecuentemente, al legislador (Bobbio 1993, 102 y 170). Para la escuela de la exégesis, el código contiene la solución de todos los casos, y los operadores jurídicos debían recurrir a éste a través de un método deductivo-axiomático.¹⁷

Pero curiosamente, el discurso preliminar de Portalís no se compagina con esta construcción teórica, pese a que es a partir del Código Civil francés que se construye la misma.¹⁸ Portalís era consciente de que preverlo todo a través del Código¹⁹ era una meta imposible de alcanzar (Portalís 1997, 33), razón por la cual el papel de la legislación era sembrar principios fértiles, sugiriendo que a través de la jurisprudencia podía aspirarse al objetivo de completitud del derecho (Portalís 1997, 36-38 y 40) y advirtiendo que “las leyes positivas no sabrían nunca sustituir completamente el uso de la razón natural en los negocios de la vida” (Portalís 1997, 35).

8 Los principales textos de este movimiento son el Código de Napoleón, el Código Prusiano y el Código Austríaco, rotulados por Savigny como “Los Tres Códigos Modernos” (Savigny 1969, 85-127).

9 “Hobbes combate el *common law* y defiende el poder exclusivo del soberano de establecer el derecho, indispensable para asegurar el carácter absoluto del poder estatutario [...]” (Bobbio 1993, 51).

10 Nombre originalmente otorgado al Código de Napoleón (Kelley 1987, 321). En la segunda edición de 1807 adquiere el nombre de “Code Napoléon” (Bobbio 1993, 87).

11 Esta coincidencia es señalada por Fassò (1970, 11), citado por García (2009, 205).

12 “La Francia revolucionaria de fines del siglo XVIII sintió como un imperativo categórico la necesidad de codificar sus leyes civiles para afirmar, primeramente, la igualdad y, luego, la libertad que se ofrecían entonces a todos los franceses, promovidos a la calidad de ciudadanos” (Figueroa 2005, 101) (Cita extraída del ensayo inédito “La codificación o el intento de homogeneizar la nación en el siglo XIX”. Cano [2012]).

13 Este aspecto también es defendido por Savigny: “el derecho se perfecciona del lado del lenguaje y toma un aire científico, y lo que antes vivía en la conciencia popular, conviértese en adelante en materia de la competencia de los juristas, que en tal concepto vienen a representar al pueblo” (Savigny 1969, 47-48).

14 En este sentido, véase también Kelley (1987, 321-322).

15 Kelley rotula a Savigny de esta manera (Kelley 1987, 319).

16 “La exégesis fue, principalmente, un movimiento de producción de textos con una clara teoría de exposición y sistematización legal, y sólo secundariamente una teoría de interpretación legal” (López 2009, 157).

17 “De acuerdo con esta iusteoría, el Código Civil es un documento claro, completo y coherente. Ello significa, en primer lugar, que todas sus disposiciones contienen una regla clara [...]; en segundo lugar, se presupone que el Código es completo en el sentido en que regula de manera total todas las posibles situaciones que puedan surgir en la vida civil de las personas de manera que no hay necesidad mayor de ejercer labores de integración del derecho; y tercero, dado que el Código es coherente, se presupone que no hay antinomias entre las distintas normas claras que los componen” (López 2009, 155-156). Más adelante, la plenitud del derecho con base en la codificación sería criticada por la Escuela científico-sociológica francesa (François Géný), que recurre al pluralismo jurídico y a la utilización de otras fuentes del derecho para este fin.

18 “Si el Código de Napoleón ha sido considerado el comienzo absoluto de una nueva tradición jurídica que sepulta completamente a la anterior, esto es debido a los primeros intérpretes, y no a los redactores del Código [...]” (Bobbio 1993, 88).

19 “Portalís sabía que el Código no cerraba por completo el significado que los ejecutores de la ley tenían todavía que descubrir” (López 2008, 92).

Esta discordancia obedeció, muy probablemente, a la eliminación del artículo 9° del Código Civil francés —por parte del Consejo de Estado—, que habilitaba el juicio de equidad frente a la existencia de lagunas normativas, razón por la cual la exégesis se limitó a la utilización del artículo 4° del mismo compendio, que exigía la aplicación de la ley, so pena de incurrir en denegación de justicia (Bobbio 1993, 88-89).

En contraposición a la exégesis francesa, en Alemania se originó la escuela conceptualista, cuyo principal exponente fue Friedrich Karl von Savigny, quien, valiéndose del historicismo, resaltó el papel de la costumbre como fuente del derecho (Bobbio 1993, 67; Atienza 2000, 175), como se anticipaba con anterioridad (ver nota al pie 13).

El método de Savigny para completar el derecho era un poco más elaborado. A partir de una lectura juiciosa de los textos romanos, el autor encontró falencias en las definiciones del derecho romano, pero resaltó la precisión de sus conceptos. Con base en esto elaboró un método inductivo-deductivo a partir del estudio de casos contenidos en las pandectas (Savigny 1969, 46, 58, 63, 81, 135, 138 y 141-124),²⁰ otorgándoles una organización lógica y extrayendo los conceptos jurídicos allí contenidos²¹ (inducción), los cuales eran aplicados al caso concreto (deducción), creando una dogmática jurídica. En caso de que este ejercicio de analogía no fuera posible, por ejemplo, por carencia de referente fáctico o reducida similitud entre casos, se recurriría al derecho natural (Savigny 1969, 124).

Con base en esto, Savigny concluyó que su país no se encontraba preparado para la codificación, por no contar con la ciencia ni el lenguaje para este efecto.²² En criterio del profesor Diego López: “la codificación era inconveniente y superflua porque, de hecho, el derecho civil tenía que desarrollarse y exponerse orgánica

y académicamente, por medio de actores culturales, y no petrificarse por medio de su consagración legal o política” (López 2009, 163).

A pesar de este enfrentamiento teórico, el fin perseguido, tanto por la escuela de la exégesis francesa como por el conceptualismo alemán, era el mismo: lograr la uniformidad y certeza del derecho, diferenciándose en los métodos para su consecución.²³

Ahora bien, en materia penal los códigos franceses de la época revolucionaria surtieron una reelaboración teórica con base en los postulados de Beccaria, Bentham y Brissot (Foucault 1983, 92), que se observaron como una de las grandes conquistas en materia de garantismo penal, la consagración del principio de legalidad.²⁴ Los enciclopedistas franceses (Marat, Mirabeau, Montesquieu y Voltaire) divulgaron la doctrina de Beccaria, la cual sirvió de fundamento para la consagración de los principios humanizadores del derecho penal, en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano: igualdad (artículo 6), juez natural y debido proceso (artículo 7) y legalidad (artículo 8).²⁵

Siguiendo esta línea de argumentación, Foucault, a propósito de la *regla de la especificación óptima*, advierte que “Se hace, por lo tanto, necesario un código, y un código lo suficientemente preciso para que cada tipo de infracción pueda estar en él claramente presente. Se debe evitar que, en el silencio de la ley, se precipite la esperanza de la impunidad. Se necesita un código exhaustivo y explícito, que defina los delitos y fije las penas” (Foucault 1983, 103).

20 Su método fue construido fundamentalmente a partir del tema de la posesión, logrando identificar así los elementos i) *animus* y ii) *corpus*, que continúan vigentes en nuestra legislación.

21 “El carácter de nuestro método no es, como se ha dicho injustamente, la veneración exclusiva del derecho romano, o bien el acatamiento cierto de determinados materiales: todo lo contrario. Su objeto es encontrar hasta en su raíz la doctrina toda del pasado, es descubrir el principio orgánico de manera que cuanto haya vivo se separe de las partes muertas ya, las cuales quedarán como meros objetos de dominio de la historia” (Savigny 1969, 134). “[...] penetrar el derecho romano en sus raíces mismas” (Savigny 1969, 136). “[...] examinar las materias en su raíz propia” (Savigny 1969, 153). [Resaltado fuera del texto original]

22 “After 1815 Savigny became a critic not only of the Code Napoleon but of the very idea of a Code” (Kelley 1987, 334). El conceptualismo alemán servirá con posterioridad de fundamento para la elaboración de la *jurisprudencia de conceptos* (*Begriffsjurisprudenz*), cuyos principales expositores serían Ihering y Puchta (Larenz 1994, 190).

23 “Quizá el único hilo que une la exégesis francesa con el conceptualismo alemán es el miedo y ansiedad que produce la falta de certeza. El objetivo del derecho, para ambas escuelas, es alcanzar la uniformidad y certeza del derecho: para los franceses, el objetivo se logra mediante codificación legislativa y pasivismo interpretativo. Para los alemanes, en cambio, la estrategia para alcanzar el mismo fin consiste en completo pasivismo legislativo y alto activismo doctrinal guiado por una ‘ciencia’ hermenéutica e historicista del derecho y encaminada a la elaboración de ‘teorías generales” (López 2009, 172).

24 “Para que haya infracción es preciso que haya también un poder político, una ley, y que esa ley haya sido efectivamente formulada” (Foucault 1983, 92-97 y 118).

25 “[...] Ehrlich (en su obra ya citada *La Logica dei giuristi*) considera responsables de la codificación del Derecho a Montesquieu y Beccaria, que se encuentran entre los principales exponentes de las concepciones político-jurídicas de inspiración ilustrada y que tuvieron una influencia grandísima en los ambientes político-culturales liberales: como es sabido, Montesquieu es el teórico de la separación de poderes y Beccaria el precursor de una concepción liberal del Derecho (especialmente en lo que atañe al Derecho penal)” (Bobbio 1993, 56).

No obstante lo anterior, es preciso interrogar, dentro de este debate de plenitud del ordenamiento jurídico, si: ¿podrían los códigos penales regularlo todo autónomamente o debería acudir igualmente a la jurisprudencia y consecuentemente a las disciplinas? Recordemos que Portalis no era partidario de la jurisprudencia en materia penal (Portalis 1997, 41), lo cual resultaría congruente con la crítica frente al actual expansionismo penal abanderado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana;²⁶ sin embargo, es a través de ésta que se puede completar el derecho no legislado y guardar congruencia con los mandatos disciplinarios.

Adicionalmente, la igualdad revolucionaria se hace efectiva también a través de la jurisprudencia, en cuanto permite la resolución similar en casos iguales y decisiones diferentes bajo supuestos de hecho disímiles. Se suman a la igualdad algunos principios que no sólo derivan de ella sino que sistemáticamente se encuentran consagrados como fines estatales —en nuestro Estado contemporáneo— y que hacen efectivo el acceso a la administración de justicia, como la *seguridad jurídica*, ofreciendo estabilidad en la interpretación y aplicación de la ley, la *confianza legítima*, evitando sorpresas con decisiones contradictorias, y la *coherencia jurídica*, que eventualmente es reivindicada en sede de segunda instancia pero no necesariamente bajo parámetros de celeridad. Empero, la obligatoriedad del precedente constituye asimismo un mecanismo de control para que los jueces no decidan con arbitrariedad, evitando que emitan providencias motivados por sus pasiones, prejuicios, presiones o intereses, acorde también con el principio de imparcialidad.

Esto no impide que el juez se aparte del precedente²⁷ sustentando de manera clara y suficiente un criterio jurídico diferente, con la obligación de identificar aquél y señalar su discordancia con lo allí estipulado. Puede entonces el juez de inferior jerarquía realizar “cambios prospectivos” (López 2010, 87) atendiendo a variaciones sociales, políticas y económicas, demostrando el error de la doctrina sentada por las Cortes para el caso concreto. Por ejemplo, en materia penal un precedente varía necesariamente cuando la consagración legal de un delito es eliminada del estatuto de las penas, como la bigamia o el estupro —para el caso colombiano— o cuando se considera que el expansionismo penal contenido en el precedente no se compagina con el principio de legalidad.

Mi defensa del precedente judicial²⁸ no está aislada del objetivo perseguido en este ensayo argumentativo, como se pudiese inferir en una lectura inicial y desprevenida. Recordarán los lectores que mi tesis consiste en demostrar la falta de autonomía y coherencia de la codificación penal para suplir los desarrollos de la sociedad disciplinaria; también, que analizaré la inimputabilidad penal desde esta perspectiva (lo que haré en la sección subsiguiente) y que

26 En agosto de 2011 se desarrolló en la Universidad Sergio Arboleda un simposio en el que se analizaron pronunciamientos problemáticos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, desde la perspectiva de la dogmática jurídico-penal, que degeneran en un nuevo “punitivismo”, con base en un “expansionismo judicial” que en definitiva degenera en la usurpación de funciones radicadas en cabeza del legislador y la ampliación de la órbita penal de manera descontrolada y excesiva. Dentro de las providencias debatidas se encuentran las siguientes: i) Radicados 33039 (16-12-10), M. P. Bustos (2010a), y única instancia 33118 (13-05-10) —imputación de cargos por delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, a pesar de que estas conductas punibles no se encontraban tipificadas para la fecha de los hechos—. ii) Radicado 31403 (28-05-10), M. P. Espinosa (2010) —condena por el delito de plagio, a pesar de no estar tipificado en la legislación penal colombiana—, y iii) Radicado 32964 (25-08-10), M. P. Bustos (2010b) —avala la tesis del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal (Radicado 11001600028200702662 02 [28-07-09], M. P. Urbano [2009]) frente a la adecuación típica de un homicidio en accidente de tránsito a título de dolo eventual—. Esta referencia ya la había realizado en el artículo “Los sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión desde una perspectiva analítico-económica del derecho” (Hernández 2012b).

27 “La pregunta sobre qué constituye precedente se refiere a dos aspectos: 1) ¿Cuántas sentencias se necesita para que exista precedente? y 2) ¿Qué parte de una sentencia constituye precedente? [...] Si se trata de jurisprudencia constitucional, se necesita una sola sentencia de la Corte Constitucional para que exista precedente. Esto quiere decir que, como ella misma ha sostenido, toda sentencia de la Alta Corte constituye precedente. En cambio, la respuesta es distinta cuando se trata de la jurisprudencia ordinaria. Tanto el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 como la Sentencia C-836 de 2001 determinan que no una sino tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho, constituyen ‘doctrina legal probable’ y conforman un precedente [...]. No todo el texto de una sentencia constituye precedente. Como la Corte Constitucional señaló en la Sentencia SU-1300 de 2001, en toda sentencia es preciso distinguir entre el *decisum*, la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*. El *decisum* es el fallo o ‘la resolución concreta del caso’. Esta parte de la sentencia despliega sus efectos *erga omnes* o *inter partes*, según el tipo de proceso. De ella no se predica el carácter de precedente. Este carácter sólo se predica de la *ratio decidendi*, que se define como ‘la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica’. La *ratio decidendi* es la concreción normativa del alcance de las disposiciones jurídicas. Ella explicita qué es aquello que el derecho prohíbe, permite, ordena o habilita para cierto tipo de casos. La *ratio decidendi* se diferencia además de los *obiter dicta*. La Corte los define como una parte de la sentencia que ‘no tiene poder vinculante, sino una ‘fuerza persuasiva’ que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituye criterio auxiliar de interpretación’. Los *obiter dicta* son afirmaciones casi siempre teóricas, de carácter muy general y abstracto, que sólo cumplen un papel secundario en la fundamentación de la forma de resolver el caso. De ningún modo constituyen precedente” (Bernal 2008, 90-91).

28 “Una teoría adecuada de la argumentación jurídica tiene, sin embargo, que incluir una teoría tanto de la dogmática jurídica, como también de la valoración del precedente” (Alexy 2008, 41).

la jurisprudencia es la técnica a través de la cual pretendo completar el derecho, conciliando así el poder soberano y el poder disciplinario.

Por esto ofrezco una razón más, relacionada con esta técnica: comoquiera que el legislador no puede anticiparse a todos los fenómenos sociales que con el transcurrir del tiempo puedan consolidarse,²⁹ la labor del juez será interpretar los contenidos de la ley dotándolos de lógica y sentido para cada caso en particular.³⁰

Y el certificado de garantía es el siguiente: las decisiones de los jueces están sometidas al control jurisdiccional y disciplinario, que se traduce en eventuales fallas del servicio por error o dolo, comisión de delitos como prevaricato y cohecho y sanciones por transgredir la Constitución o la ley,³¹ lo que otorga ciertos parámetros de confianza frente a sus actos.

A manera de ilustración sobre esto, recientemente el Tribunal Supremo Español —Sala de lo Penal—³² condenó al exjuez Baltasar Garzón Real por el delito de prevaricación, tras ordenar interceptar las comunicaciones entre algunos imputados y sus abogados,³³ lo cual se encuentra prohibido legalmente, salvo cuando se sospeche la comisión de delitos de terrorismo, que no era el caso.

Para el caso colombiano, actualmente se debate la imparcialidad de la juez tercera con función de control de garantías que revocó la medida de aseguramiento otra-
ra impuesta contra Carlos Cárdenas, en el renombrado

caso *Colmenares*,³⁴ tras recibir la asignación por reparto de esta diligencia, en dos oportunidades y dentro de un intervalo inferior a una semana. Se discute asimismo una posible reunión privada con el defensor.

Más allá de debatir los fundamentos de responsabilidad tanto en el caso local como en el foráneo, resulta importante resaltar que el juez no sólo debe adoptar decisiones en derecho sino demostrar ante la comunidad en general la justicia y legalidad de sus providencias. Por eso, sus actuaciones, incluso fuera de la sede judicial, deben ser cristalinas y puras, so pena de “mancillar la majestad de la administración de justicia” (Hernández 2012a, 160). En este sentido, Ferrajoli (1997, 594 y 601) menciona la sujeción del juez a la “responsabilidad social” atendiendo a la transparencia que se debe reflejar en su actividad y la eventual crítica de la opinión pública.

Se suma entonces a la científicidad que debe tener la jurisprudencia como herramienta para completar el derecho, la posibilidad de control que hace preferible radicar en cabeza del juez, y no del legislador, esta función tan importante para la impartición de justicia y la resolución de cada caso en particular,³⁵ resaltando que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana es adoptada por la mayoría de sus nueve integrantes, lo que constituye un control interno, y que los jueces de inferior jerarquía deben ceñirse a estos lineamientos (control externo), con las excepciones anotadas antes.

Como antesala para encarar la visión *foucaultiana* sobre la codificación y la exposición —anticipada— respecto al criterio del autor en defensa de esta técnica en materia del principio de legalidad, es preciso culminar esta sección advirtiendo que Foucault no se opone a la idea de la jurisprudencia, e incluso más adelante, al exponer las características del poder disciplinario, exaltará implícitamente su utilización como método de inclusión normalizador; pero más allá de la codificación y las leyes, honrará los mecanismos de control de la sociedad disciplinaria que posteriormente serán positivizados.

29 “Destinado el Código a ser fuente única del derecho, es menester, se dice, que contenga efectivamente la solución de cualquier caso que pueda presentarse [...] siendo difícil fijar qué límites se habrán de encontrar en el porvenir para recoger los casos más importantes” (Savigny 1969, 55-56).

30 “Para ser justa, la decisión de un juez por ejemplo, no debe sólo seguir una regla de derecho o una ley general, sino que debe asumirla, aprobarla, confirmar su valor, por un acto de interpretación reinstaurador, como si la ley no existiera con anterioridad, como si el juez la inventara él mismo en cada caso” (Derrida 1997, 52), y más adelante, el mismo autor expresa que: “Cada caso es otro, cada decisión es diferente y requiere una interpretación absolutamente única que ninguna regla existente y codificada podría ni debería garantizar absolutamente” (Derrida 1997, 53).

31 “Debe temerse menos a la arbitrariedad reglada, tímida y circunspecta de un magistrado que puede ser enmendado, y que está sujeto a la acción por prevaricación, que a la arbitrariedad absoluta de un poder independiente que no es responsable” (Portalis 1997, 43).

32 España, Tribunal Supremo Español, Sentencia N.º: 79/2012 del 9 de febrero de 2012, causa especial N.º. 20716/2009, M. P. Menéndez (2012).

33 Dentro del escándalo de corrupción *Gürtel*.

34 Luis Andrés Colmenares —estudiante de la Universidad de los Andes— murió el 31 de octubre de 2010, en hechos que todavía no están claros. Este caso ha tenido gran importancia mediática, tras haber sido considerado en primera oportunidad un accidente, y luego, con base en pruebas forenses encomendadas por la familia de Luis Andrés, se inició un proceso penal por la presunta comisión de delitos en cabeza de quienes lo acompañaban aquella noche fatídica.

35 “No se sabría comprender cuánto este hábito de ciencia y de razón suaviza y regula el poder” (Portalis 1997, 40).

La codificación y la sociedad disciplinaria

Entre los siglos XVIII y XIX se puede evidenciar el nacimiento de la “edad de control social” (Foucault 1998a, 98), con la creación de instituciones pedagógicas (escuelas/internados), médicas, psicológicas o psiquiátricas (hospitales, asilos, etcétera), cuya función era corregir o encauzar la conducta, mas no castigar —“instituciones de secuestro” (Foucault 1991, 169, y 1992, 46)—, dentro de las cuales también se pueden ubicar los ejércitos/cuarteles, los conventos y los talleres. Estos lugares terminan siendo aparatos de normalización de los hombres (Foucault 1998a, 128) que generan una forma de poder correspondiente a la sociedad disciplinaria, por oposición a la estrictamente penal establecida a través de la soberanía.³⁶

En este punto considero oportuno explicar de modo sucinto en qué consisten las disciplinas: según Foucault, son unas fórmulas generales de dominación —distintas a la esclavitud— que permiten el control minucioso de las operaciones del cuerpo y que, a través de la fuerza, convierten este último en dócil (Foucault 1983, 141) y obediente políticamente.³⁷ Se controlan, así, bajo relaciones disciplinarias (no soberanas), el tiempo, el espacio, las actividades y la fuerza de las personas.

De esta manera, las disciplinas analizarán determinados comportamientos no codificados, en cuanto su funcionamiento se dinamiza a través de la extracción constante de un saber de los individuos (Ariza 2009, 61). Desde esta visión, ¿existirían dos tipos de poderes? ¿Se enfrenta la soberanía con las disciplinas?

En esta disyuntiva encontramos, por una parte, el poder soberano, que se enfoca sobre la tierra y sus productos, más que sobre los cuerpos. Por la otra, el poder disciplinario, como aquella mecánica a través de la cual se extrae de los cuerpos tiempo y trabajo, el cual se ejerce de

manera continua a través de la vigilancia (Foucault 1992, 45). Esta última idea se opone a la construcción *hobessiana* de la soberanía como el alma del *Leviatán*, por cuanto la desplaza a un segundo plano y se encarga de los sujetos, a partir de la multiplicidad de los cuerpos.³⁸

Los tres criterios característicos de las disciplinas son los siguientes: i) *Economía*. Trata de hacer el ejercicio del poder lo menos costoso posible, ii) *Intensidad*. Los efectos del poder alcanzan su fuerza y extensión máximas y iii) *Nexo causal*. A través de la fusión entre economía e intensidad se obtienen mayor docilidad y utilidad de todos los elementos del sistema (Foucault 1983, 221). Ahora bien, si concebimos la existencia de cierta hegemonía del poder soberano (Rosberry 1994, 360), consecuentemente éste no podía admitir la presencia de otro poder (no soberano) que regulara la conducta de los ciudadanos, debiendo apoderarse del mismo, y la forma como se llevó a cabo fue a través de la codificación.³⁹ El problema de esta metodología se expresa a través de la siguiente pregunta: ¿Pueden las disciplinas hacer parte del discurso del derecho? La respuesta de Foucault al respecto es negativa, como se anticipó en la introducción:

Las disciplinas son portadoras de un discurso que no puede ser el del derecho. El discurso de la disciplina es extraño al de la ley, de la regla como efecto de la voluntad soberana. Las disciplinas sostendrán un discurso que no será el de la regla jurídica derivada de la soberanía, sino el de la regla natural, es decir, de la norma. Definirán un código que no será el de la ley, sino el de la normalización; se referirán a un horizonte teórico que necesariamente no será el edificio del derecho, sino el dominio de las ciencias humanas, y su jurisprudencia será la de un saber clínico. (Foucault 1992, 47)

36 “La formación de la sociedad disciplinaria puede ser caracterizada por la aparición, a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, de dos hechos contradictorios, o mejor dicho, de un hecho que tiene dos aspectos, dos lados que son aparentemente contradictorios: la reforma y reorganización del sistema judicial y penal en los diferentes países de Europa y el mundo” (Foucault 1998a, 91).

37 Es un proceso que Foucault rotula como “anatomía política”, que tiene similitud con el proceso deconstructivo propuesto por Derrida (1997). “Deconstruir consiste, en efecto, en deshacer, en desmontar algo que se ha edificado, construido, elaborado pero no con vistas a destruirlo, sino a fin de comprobar cómo está hecho ese algo, cómo se ensamblan y se articulan sus piezas, cuáles son los estratos ocultos que lo constituyen, pero también cuáles son las fuerzas no controladas que ahí obran” (De Peretti 1998).

38 “Captar la instancia material de la sujeción en cuanto constitución de los sujetos, habría sido exactamente lo contrario de lo que Hobbes había querido hacer en el *Leviatán* y de lo que probablemente hacen todos los juristas cuando se plantean el problema de saber cómo, a partir de la multiplicidad de los individuos y de las voluntades, puede formarse una voluntad única, o mejor dicho, un cuerpo único movido por aquel alma que llamamos soberanía. Piensen de nuevo en el esquema del *Leviatán*: en cuanto hombre fabricado, el *Leviatán* no es otra cosa que la coagulación de un cierto número de individualidades separadas, que se encuentran reunidas por un conjunto de elementos constitutivos del Estado; pero en el corazón del Estado, o más bien en su cabeza, existe algo que lo constituye como tal: la soberanía, que Hobbes redefine como el alma del *Leviatán*. Y bien, más que plantear el problema del alma central, creo que habría que tratar de estudiar los cuerpos periféricos y múltiples, los cuerpos que los efectos de poder constituyen en sujetos” (Foucault 1992, 38-39). [Resaltado en el original]

39 “[...] este poder no soberano, extraño a la forma de la soberanía, es el poder disciplinario. Indescriptible en términos de la teoría de la soberanía, radicalmente heterogéneo, el poder disciplinario habría debido normalmente conducir a la desaparición del gran edificio jurídico de aquella teoría. Pero en la realidad la teoría de la soberanía continuó, no sólo existiendo, sino organizando los códigos jurídicos que la Europa del siglo XIX se dio a partir de los códigos napoleónicos” (Foucault 1992, 46).

Empero, la ley no es entonces la emanación de la voluntad soberana —como lo pregonaba Hobbes—, donde los individuos han cedido parte de su libertad (Ariza 2009, 61), sino que la misma nace de la regla natural, lo que derrumba, por contera, las teorías contractualistas de la formación del Estado.

Abordando la temática penal, se observa cómo la sociedad disciplinaria ostenta un grado de importancia significativo. La medicina, la psiquiatría, la antropología criminal y la criminología, como ciencias ajenas a la codificación,⁴⁰ son fundamentales para el esclarecimiento de los delitos y la imposición de la pena en contra de un sujeto criminalmente responsable, quedando radicado en estas disciplinas un poder distinto al soberanamente codificado, lo que propiciaría una guerra por el control de ese poder.

La estrategia de la soberanía, entonces, para dominar el poder disciplinario sería a través de la técnica codificadora:

[...] la teoría de la soberanía con su organización de un código jurídico ha permitido superponer a los mecanismos de las disciplina un sistema de derecho que ocultaba los procedimientos (“de disciplina”) y la eventual técnica de dominación, garantizando a cada cual, a través de la soberanía del Estado, el ejercicio de los propios derechos soberanos. Esto significa que los sistemas jurídicos —trátese de teoría o de códigos— han permitido una democratización de la soberanía con la constitución de un derecho público articulado sobre la soberanía colectiva, en el momento mismo en el que la democratización de la soberanía era fijada en profundidad por los mecanismos de la coerción disciplinaria. (Foucault 1992, 46)

A través de la codificación se intentó incluir el poder disciplinario, pero en todo caso quedaron vacíos. Al respecto piénsese, por ejemplo, en los delitos de lesiones personales que consagran —bajo criterios de disvalor de resultado— las siguientes consecuencias: i) incapacidad para trabajar o enfermedad, ii) deformidad, iii) perturbación funcional, iv) perturbación

40 “En todo el ritual penal, desde la instrucción hasta la sentencia y las últimas secuelas de la pena, se ha hecho penetrar un género de objetos que vienen a doblar pero también a disociar, los objetos jurídicamente definidos y codificados” (Foucault 1983, 26). “En torno del juicio principal se han multiplicado justicias menores y jueces paralelos: expertos psiquiatras o psicólogos, magistrados de la aplicación de las penas, educadores, funcionarios de la administración penitenciaria se dividen el poder legal de castigar” (Foucault 1983, 28).

psíquica y v) pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro.⁴¹ ¿Cómo establecer estas circunstancias utilizando como única fuente el Código? Con esta misma fuente —defendida por la exégesis francesa—, ¿cómo establecer el grado de alicoramiento de un conductor que atropelló a un peatón, para poder determinar la violación de reglamento o la imprudencia como factor generador de la culpa? ¿Cómo establecer efectivamente que una mujer se encontraba embarazada, para poder imputarle el delito de aborto?⁴² La respuesta estará ligada de un modo indefectible a la medicina como disciplina auxiliar del derecho y mecanismo normalizador de la sociedad disciplinaria.

Pero miremos otros casos donde se examina con mayor profundidad el cuerpo de las personas: los delitos sexuales. El examen médico legal no se limita a la exploración de las cavidades vaginal y/o anal, sino que se ocupa de la narración fáctica de la víctima a través de un capítulo de este protocolo denominado “anamnesis”. Si a esto le sumamos un examen psiquiátrico sobre la veracidad del relato hecho por la víctima, la condena no estaría en manos del juez ni de los presupuestos establecidos en el código —ellos se limitarían a establecer y determinar la sanción, de manera inversamente proporcional—, quienes quedaron relegados a un ámbito auxiliar, sino en manos del médico forense.

Esta situación es todavía más visible en el caso de la inimputabilidad penal. Sabido es⁴³ que un sujeto que al ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud —o al determinarse, de acuerdo con esa comprensión, inmadurez psicológica, trastorno mental o diversidad sociocultural—, no es culpable⁴⁴ dentro del ámbito penal y se hará merecedor de una medida de seguridad, cuya función es la protección, curación, tutela y rehabilitación.⁴⁵

41 Artículos 112-116 del Código Penal colombiano.

42 Artículos 122-123 del Código Penal colombiano.

43 De acuerdo con la descripción del artículo 33 del Código Penal colombiano.

44 Utilizo el término “culpable” a partir de la categoría dogmática de la “culpabilidad”. Además, para compaginar esta exposición con la afirmación de Foucault sobre que “Era imposible, pues, declarar a alguien a la vez culpable y loco” (Foucault 1983, 27) y cómo la Suprema Corte francesa, de antaño, le otorgó una interpretación diferente al artículo 64 del Código Penal francés, morigerando el grado de culpabilidad, en búsqueda de una cura para el enfermo (Juicio de normalidad).

45 Cfr. artículo 5° del Código Penal colombiano.

Ésta no es la situación del individuo que preordena su conducta, el cual responde penalmente a título de dolo, culpa o preterintención; por ejemplo, en materia de intoxicación etílica. Aunque esta situación es difícilmente reconocida por los Tribunales nacionales —básicamente, por criterios de política criminal—, la predisposición patológica⁴⁶ puede degenerar en falta de discernimiento del individuo frente a determinada conducta; pero si la intoxicación fue preordenada por el agente (A decide matar a B, y para llenarse de valor consume con anterioridad dos botellas de tequila, llenándose por consecuencia de licor), no tiene el mismo tratamiento judicial ni el efecto punitivo que evade la pena de prisión y la convierte en una medida de seguridad, tendiente —como anunciaba en el párrafo anterior— a curar y rehabilitar al sujeto.⁴⁷

Imaginemos ahora el caso de un demente⁴⁸ que le propina varias puñaladas a un sujeto ocasionándole la muerte. Su conducta es típica porque reúne los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de homicidio, e igualmente es antijurídica porque lesionó de manera efectiva el bien jurídico tutelado de la vida. Estas dos categorías, sin lugar a dudas, serán superadas con suficiencia por el juzgador, pero ¿cómo hará para establecer de manera efectiva la situación de demencia de este sujeto? ¿La decisión sobre la culpabilidad, en definitiva, corresponderá al juez o al médico forense? La respuesta, en contraargumento a mi tesis, sería que la decisión la toma el juez y que la opinión del médico forense sólo le sirve para ilustrarlo en algunos aspectos desconocidos por su especialidad. Mi defensa, de nuevo, la dejo como incógnita hacia los lectores: ¿Si el médico forense determinó que el sujeto era demente y, en consecuencia, no comprendía la ilicitud de su comportamiento para el momento de los hechos, podrá el juez imponer una pena de prisión?⁴⁹

Estas situaciones no están reguladas en los códigos, y es el poder disciplinario el que en definitiva adopta la decisión,⁵⁰ debiendo el poder soberano ceder ante su presencia.

Oportuna la cita que el profesor Libardo Ariza hace al respecto:

El criminal no es el que comete *un acto prescrito por la ley* sino aquel que se encuentra atado a su crimen por su propia vida. De este modo, se juzgan emociones, inadaptaciones, achaques, desviaciones, la personalidad del delincuente, en fin, algo muy distinto de la evaluación del hecho mismo en virtud de categorías como las circunstancias atenuantes. Lo que se juzga es [...] *otra cosa completamente distinta, que no es jurídicamente codificable: el conocimiento del delincuente, la apreciación que se hace de él, lo que puede saberse acerca de las relaciones entre él, su pasado y su delito, lo que se puede esperar de él para el futuro [...] Juzgados, lo son también por el juego de todas esas nociones que han circulado entre medicina y jurisprudencia desde el siglo XIX [...] y que con el pretexto de explicar un acto, son modos de calificar un individuo.* (Foucault 1998b, 25; Ariza 2009, 64) [Resaltados en el original]

Sería injusto con este autor interpretar su posición como una congruencia absoluta con lo que he expuesto en las líneas anteriores, pero sirve para sustentar varios aspectos enunciados durante mi argumentación: i) la codificación no es autónoma para judicializar la conducta criminal, ii) existen otras circunstancias extralegales que deben ser analizadas por el juez dentro de un juicio penal, iii) al condenar, no sólo se valora la conducta ocurrida, sino también el pasado, el presente y el futuro del sujeto, y iv) la influencia de la sociedad disciplinaria, dentro del análisis del comportamiento humano y la optimización de aquélla a través de la jurisprudencia, por ejemplo, vinculando a la medicina en la resolución de algunos casos específicos.

Por respeto al autor, debo ahondar en su tesis y no dejar plasmados los comentarios anteriores de manera tangencial y poco problemática frente a lo ya expuesto. El profesor Ariza —siguiendo a Foucault— no sólo hace referencia al ámbito de la inimputabilidad penal, sino que consagra un plexo de conductas penales más extenso,

46 Cfr. Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, providencia del 15 de septiembre de 2010, proceso 32488, magistrado ponente Gómez (2010).

47 Cfr. Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, providencias del 22 de noviembre de 1984, proceso 1984, magistrado ponente Calderón (1984), y 22 de agosto de 2002, proceso 11306, magistrado ponente Gálvez (2002).

48 “Un hecho significativo: la manera en que la cuestión de la locura ha evolucionado en la práctica penal. Según el Código francés de 1810, no se planteaba hasta el final del artículo 64. Ahora bien, éste dice que no hay crimen ni delito, si el infractor se hallaba en estado demencia en el momento del acto” (Foucault 1983, 27).

49 La pregunta puede formularse también en el sentido inverso: ¿Puede el juez declarar inimputable, y, por ende, no imponer pena de prisión al sujeto sobre el cual el médico forense conceptuó su capacidad de comprensión y autodeterminación?

50 De antaño, así lo ha reconocido implícitamente nuestra jurisprudencia: “Para que tal situación se presente, debe ser cabalmente comprobada mediante pericia médica, no siendo suficiente la simple afirmación de la existencia del trastorno, sino que su existencia debe emanar de pruebas atendibles de donde surjan datos o antecedentes verosímiles relativos a la personalidad del inimputable y a la manera como normalmente se exterioriza a través de su usual comportamiento”. Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— providencia del 26 de junio de 1985, proceso 1985, magistrado ponente Velásquez (1985).

dentro del cual podrían estar comprendidas algunas circunstancias desarrolladas por la dogmática jurídico-penal, tales como el estado de necesidad —en el caso de delitos contra el patrimonio económico—, la marginalidad y extrema pobreza, entre otras. Los contradictorios de mi tesis expresarían que estas situaciones están consagradas en el Código Penal y, por ende, que hacen parten del poder soberano, pero desconocerían el origen de las mismas, el cual ha sido examinado desde la sociedad implícitamente, convirtiéndolas en una disciplina.

El estado de necesidad (artículo 32-7 del Código Penal colombiano) y las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56 del Código Penal colombiano) fueron positivizados a partir del análisis social dentro de la sociedad disciplinaria y son considerados circunstancias de ausencia de responsabilidad, el primero, y de menor punibilidad, las segundas, con base en un análisis socioeconómico de las condiciones del sujeto que comete un delito.

De esta manera, el juicio penal se convirtió en una evaluación que trasciende lo acontecido, para valorar lo que determinó la conducta del sujeto, su entorno social, familiar y laboral, así como lo que pasará de ahí en adelante y la mejor forma de corregir estas anomalías.

Acerca de lo que se puede esperar del delincuente en el futuro, ya anotaba Hobbes: “Cuando uno quiere prever lo que ocurrirá con un criminal recuerda lo que ha visto ocurrir en crímenes semejantes: el orden de sus pensamientos es éste: el crimen, los agentes judiciales, la prisión, el juez y la horca” (Hobbes 1979, 18-19). Así, el poder soberano fue apoderándose del poder disciplinario y plasmando los comportamientos en leyes y códigos.

Retornando a la inimputabilidad, mi tesis también sería criticada de manera exegética, con base en lo consagrado en los artículos 405 y subsiguientes del Código de Procedimiento Penal colombiano, que habilitan la procedencia de la prueba pericial, omitiéndose de nuevo el origen de ese poder esencialmente normalizador en la sociedad disciplinaria y la preponderancia de éste frente al poder soberano. Empero, en estos casos la decisión judicial la adopta el médico forense, y no el juez.⁵¹

Así, a pesar de la existencia de un poder soberano representado por el legislador y plasmado a través de los códigos,

estos últimos no abarcan —y no pueden hacerlo— en su totalidad los lineamientos de la sociedad disciplinaria.

En definitiva, la inimputabilidad es un episodio de la vida de las personas⁵² que, a través de la medicina, es convalidado por los tribunales, tal como ocurría con la interdicción por demencia en el siglo VIII⁵³ “(El Código Civil: J.L. confía únicamente a los tribunales la tarea de verificar su estado [circular de Portalis del 30 de fructidor del año XII/ 17 de septiembre de 1804])”,⁵⁴ donde, a través del mismo medio judicial, se convalidaba un episodio de la familia (Foucault 2007, 114).

Conclusiones

Ciertamente, los códigos a través de los tiempos han ido positivizando cada vez más conductas, comportamientos, consecuencias y reacciones que hacen parte de la sociedad disciplinaria, pero el poder soberano no ha podido eliminar por completo este poder disciplinario, y viceversa. Como se expuso en este texto, el poder soberano ha procurado fortalecerse a través de la codificación, encaminando su objetivo a invisibilizar el poder disciplinario que, dentro de una contienda sociopolítica, iba ganando, con el paso del tiempo, más y más terreno.

No obstante lo anterior, la ley y los códigos no alcanzan, bajo la tesis exégeta, su objetivo de completar el derecho —frente a la existencia de las disciplinas—, resultando de suma utilidad la jurisprudencia para estos efectos, como técnica de conciliación, por ejemplo, entre el derecho y la medicina, como se analizó en este texto, a propósito de la categoría fundacional de la dogmática jurídico-penal: inimputabilidad. Así, aun cuando la habilitación de los peritajes médicos se encuentra regulada a través de los códigos actuales, en casos como la inimputabilidad, el poder disciplinario de la medicina es preponderante sobre el poder soberano radicado en el juez penal.

Se observa entonces cómo el monopolio del poder soberano sobre el derecho se ejerce a través de las constituciones, los códigos y las leyes en general, pero éstos no crean las disciplinas, sino que las vuelven normas jurídicas a partir de un proceso posterior al examen que aquéllas ejercieron sobre

51 “Una axiomática subjetal de la responsabilidad, de la conciencia, de la intencionalidad, de la propiedad ordena el discurso jurídico actual y dominante; ordena asimismo la categoría de decisión hasta cuando recurre a los peritajes médicos [...]” (Derrida 1997, 57).

52 Una persona puede ser inimputable en determinado momento (transitoriamente) o en todos sus actos (permanentemente) y deberá evaluarse su capacidad de comprensión de la ilicitud en cada caso concreto.

53 En la actualidad, todavía ocurre así.

54 Disposiciones que también son aplicadas en materia penal (Foucault 1998b, 53).

el cuerpo de los hombres para extraer ciertos parámetros de conducta, que serán analizados desde la óptica penal, para impartir una condena, ya sea a través de la imposición de una pena de prisión o de una medida de seguridad.

Finalizo con la siguiente reflexión: comoquiera que el poder soberano era ante todo el derecho de captación de las cosas, del tiempo, de los cuerpos y de la vida —al punto que el suicidio era delito porque el dominio sobre esta última lo tenía el Rey (Foucault 1991, 168)—, a partir de esta situación se construye el *biopoder* como la facultad para invadir la vida.⁵⁵ Y es por esto que, con el paso del tiempo, el derecho de castigar ya no es una venganza del soberano sino un mecanismo de defensa de la sociedad (Foucault 1983, 94-95).

Así, los delitos y las penas estarán consagrados en los códigos (*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* [Principio de legalidad]), pero no serán la fuente única para la imposición de la sanción. ‡

Referencias

1. Alexy, Robert. 2008. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
2. Ariza, Libardo. 2009. *Derecho, saber e identidad indígena*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana.
3. Atienza, Manuel. 2000. *Introducción al derecho*. México: Fontamara.
4. Bernal, Carlos. 2008. El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado* 21: 81-94.
5. Bobbio, Norberto. 1993. *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate.
6. Bobbio, Norberto. 2007. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis.
7. Bustos Martínez, José Leónidas. 2010a. *Providencia del 16 de diciembre, proceso 33039*. Bogotá: Rama Judicial del Poder Público – Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.
8. Bustos Martínez, José Leónidas. 2010b. *Providencia del 25 de agosto, proceso 32964*. Bogotá: Rama Judicial del Poder Público – Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.
9. Calderón Botero, Fabio. 1984. *Providencia del 22 de noviembre, proceso 1984*. Bogotá: Rama Judicial del Poder Público – Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.
10. Cano, Luisa. 2012. *La codificación o el intento de homogeneizar la nación en el siglo XIX* (inédito).
11. De Peretti, Cristina. 1998. *Deconstrucción*. <http://www.jacquesderrida.com.ar/comentarios/peretti_2.htm>.
12. Derrida, Jacques. 1997. *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad*. Madrid: Tecnos.
13. Espinosa Pérez, Sigifredo. 2010. *Providencia del 28 de mayo de, proceso 31403*. Bogotá: Rama Judicial del Poder Público – Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.
14. Fassò, Guido. 1970. *Storia della filosofia del diritto III. Ottocento e Novecento*. Bolonia: Il Mulino.
15. Ferrajoli, Luigi. 1997. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
16. Figueroa, Gonzalo. 2005. De la codificación a la descodificación. *Cuadernos de análisis jurídicos, colección de derecho privado II*: 101-116.
17. Foucault, Michel. 1983. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI Editores.
18. Foucault, Michel. 1991. *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*. México: Siglo XXI Editores.
19. Foucault, Michel. 1992. *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Madrid: La Piqueta.
20. Foucault, Michel. 1998a. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
21. Foucault, Michel. 1998b. *Historia de la locura en la época clásica III*. México: Fondo de Cultura Económica.
22. Foucault, Michel. 2007. *El poder psiquiátrico. Curso en el Collège de France (1973-1974)*. México: Fondo de Cultura Económica.
23. Gálvez Argote, Carlos Augusto. 2002. *Providencia del 22 de agosto, proceso 11306*. Bogotá: Rama Judicial del Poder Público – Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.

55 “[...] para Foucault resulta clave trazar la genealogía de una nueva forma de poder que, a diferencia del poder soberano, no se ejerce meramente sustrayendo, apropiando, dominando, o violentando sobre la vida, en virtud de la muerte que puede exigir, sino principalmente produciendo, promoviendo, ordenando y, en general, administrando la vida” (Quintana 2012, 51).

24. García, Alfonso. 2009. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
25. Gómez Quintero, Alfredo. 2010. *Providencia del 15 de septiembre, proceso 32488*. Bogotá: Rama Judicial del Poder Público – Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.
26. Gordley, James. 1994. Myths of the French Civil Code. *The American Journal of Comparative Law* 42: 459-505.
27. Herman, Shael. 1981. The Uses and Abuses of Roman Law Texts. *The American Journal of Comparative Law* 29: 671-690.
28. Hernández, Norberto. 2012a. De los impedimentos y las recusaciones en el marco del sistema de enjuiciamiento penal colombiano. *Diálogos de Saberes*: 157-172.
29. Hernández, Norberto. 2012b. Los sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión desde una perspectiva analítico-económica del derecho. *Revista Contexto* 36: 79-93.
30. Hobbes, Thomas. 1979. *El Leviatán*. Bogotá: Oveja Negra.
31. Jaramillo, Isabel. 2013. *Derecho y familia en Colombia. Historias de raza, género y propiedad (1540-1980)*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
32. Kelley, Donald. 1987. Ancient Verses and New Ideas: Legal Tradition and the French Historical School. *History and Theory* 26: 319-338.
33. Kelsen, Hans. 1970. *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
34. Larenz, Karl. 1994. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel.
35. Legrand, Pierre. 1997-1998. Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists. *Uc Davis Law Review* 31: 799-807.
36. López, Diego. 2008. *La letra y el espíritu de la ley. Reflexiones pragmáticas sobre el lenguaje del derecho y sus métodos de interpretación*. Bogotá: Universidad de los Andes – Temis.
37. López, Diego. 2009. *La teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
38. López, Diego. 2010. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Universidad de los Andes – Legis.
39. Menéndez de Luarda, Miguel Colmenero. 2012. *Sentencia N°: 79/2012 del 9 de febrero de 2012, causa especial N°: 20716/2009*. Madrid: Tribunal Supremo Español.
40. Portalis, Jean. 1997. *Discurso preliminar al Código Civil francés*. Madrid: Civitas.
41. Quintana, Laura. 2012. Singularización política (Arendt) o subjetivización ética (Foucault): dos formas de interrupción frente a la administración de la vida. *Revista de Estudios Sociales* 43: 50-62.
42. Rosberry, William. 1994. *Hegemony and the Language of Contention*. Durham – Londres: Duke University Press.
43. Sala de Casación Penal. 2010. *Providencia del 13 de mayo, proceso 33118*. Bogotá: Rama Judicial del Poder Público – Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.
44. Savigny, Friedrich. 1969. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Heliasta.
45. Soriano, Ramón. 1993. *Compendio de teoría general del derecho*. Barcelona: Ariel.
46. Urbano Martínez, José Joaquín. 2009. *Providencia del 28 de julio, proceso 11001600028200702662 02*. Bogotá: Rama Judicial del Poder Público – Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Decisión Penal.
47. Velásquez Gaviria, Darío. 1985. *Providencia del 26 de junio, proceso 1985*. Bogotá: Rama Judicial del Poder Público – Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.