

# Foucault y la voluntad de verdad. Elementos para un análisis del binomio saber-poder en la Dogmática jurídico-penal

*Miguel Ángel Muñoz García\**

**Resumen:** A partir del pensamiento del filósofo francés Michel Foucault, el presente artículo examina la posibilidad de analizar las relaciones entre el saber y el poder con todas sus implicaciones en el campo de la teoría del delito. Para ello, se revisa la evolución histórica de la disciplina, identificando en ella algunos momentos claves que llevan a cuestionar su supuesta neutralidad axiológica y se propone la utilidad de esta clase de investigaciones basadas en la genealogía, para afirmar la necesidad de construir una dogmática penal acorde con los principios y valores fundantes del modelo de Estado liberal, social y democrático de derecho.

**Palabras clave:** Foucault, saber, poder, teoría del delito, genealogía.

**Abstract:** Based on Michel Foucault's thought, a French philosopher, this article examines the relationship between knowledge and power with all its implications in the field of crime theory. For this, the paper reviews the historical evolution of the discipline, identifying some key moments that lead to questioning its supposed axiological neutrality and the utility of this kind of research. According to genealogy, it is proposed to affirm the need to construct a criminal dogmatic following the founding principles and values of the liberal, social and democratic state model of law.

**Key Words:** Foucault, knowledge, power, theory of crime, genealogy.

---

\* Abogado de la Universidad Javeriana. Máster en Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia. Máster universitario di II livello in ragionamento probatorio, Universitat de Girona y Università degli studi di Génova. Doctorando en Derecho, Universidad Externado de Colombia; profesor de Derecho Penal Universidad Javeriana. Este trabajo fue producto de un seminario doctoral sobre sociología del derecho, dirigido por el profesor Vincenzo Ferrari, profesor emérito de la Universidad de Milán.

## Introducción

A partir de la obra de Michel Foucault, este artículo pretende plantear una hipótesis relativa a la genealogía como método de apreciación de las relaciones entre el saber y el poder en las sociedades modernas: la teoría del delito como discurso dogmático representa una forma de implicación entre un saber jurídico y el ejercicio del poder penal. Los análisis de Foucault se limitaron al sistema penal entendido, básicamente, como una práctica social justificada a partir de saberes que, en el Siglo XIX, le dieron una legitimación en la sociedad occidental (Foucault quiso medir el efecto de discursos con pretensión científica, vgr., el discurso médico, sociológico, psiquiátrico, sobre un conjunto de prácticas y de discursos prescriptivos constitutivos del sistema penal, véase Foucault, 2016, p. 65). Sin embargo, con los elementos teóricos que sugirió, a partir de la década de los años setenta, e incluso hasta la publicación del primer volumen de su *Histoire de la sexualité*, es posible proponer una aplicación de sus tesis desplazando el foco de atención de la “ortopedia social” o normalización a partir de la prisión, a la construcción de un saber especializado previsto para fijar las condiciones teóricas que configuran la noción de delito, y, por consiguiente, la aplicación de la pena en el proceso penal. Esta faceta nunca fue explorada por el filósofo francés, a pesar de que con su aparato teórico es posible analizarla.

Esta relación entre el saber y el poder puede evidenciarse en la evolución de la teoría del delito, a tal punto que el discurso académico actual plantea nuevas formas de responsabilidad jurídico-penal para legitimar la intervención del derecho penal en áreas no tradicionalmente cubiertas por el control punitivo del Estado. En este escrito, se señalan las particularidades del binomio poder-saber en la Dogmática penal a partir de algunos hitos de la historia de la disciplina, los peligros que engendra y los límites que deben contener los enunciados dogmáticos para evitar su expansión irracional dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho.

## Los orígenes del análisis sobre el poder: la genealogía como método

Es necesario situar la concepción que Foucault elabora en torno a las relaciones del saber con el poder durante la década de los setenta, en particular entre 1971 y 1976. Si en un primer momento, primó en el filósofo francés una imagen meramente negativa del poder según la cual este coacciona, impide, prohíbe y censura, en el desarrollo ulterior de su obra (después de *Lordre du discours*) aparece una concentración exhaustiva en la modalidad “positiva” del ejercicio de poder en la sociedad, en el que se impone el dominio de lo normal y de la normalización. El análisis, entonces, no era para Foucault, en esta época, sobre un poder que impide que uno sea lo que es, sino sobre “las relaciones de poder por las cuales somos eso que somos” (Morey, 2014, p. 295). ¿Qué hace que el poder sea aceptado? La razón no es simplemente porque reprime. El poder produce cosas, induce placer, forma saber, produce discursos, por lo que debe ser considerado como una “red productiva” que atraviesa todo el cuerpo social, mucho más que como una instancia negativa que tiene por función reprimir (Foucault, 1979, p. 182). El poder produce lo real; produce dominios de objeto y rituales de verdad.

En la Lección Inaugural pronunciada por Foucault en el Collège de France el dos de septiembre de 1970, el entendimiento del poder estaba marcado por esa imagen negativa, representativa de coacción y represión; no obstante, es en este breve texto en el que señala, por primera vez, el germen –aún genérico– de las investigaciones futuras sobre el binomio saber-poder en las sociedades modernas. La hipótesis central de *Lordre du discours*, es que la producción del discurso en toda sociedad es seleccionada, controlada y redistribuida por una serie de procedimientos, que buscan “conjurar sus poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y terrible materialidad” (2016, pp. 10-11).

Con la notoria influencia de Nietzsche en la construcción de su incipiente programa de investigación, menciona Foucault la idea de la “voluntad de verdad” –*volonté de vérité*– como sistema de exclusión históricamente

determinado, reforzado y acompañado por una serie de prácticas como la pedagogía, el sistema de libros, la edición, las bibliotecas, los laboratorios, las sociedades de sabios de antaño y, en general, la forma que tiene el saber de ponerse en práctica en una sociedad, y que justifica sistemas de control y normalización, como el sistema penal en relación con el saber médico, psiquiátrico y sociológico (2016, pp. 19-21).

Foucault opone a las nociones de autor y de comentario, el concepto de disciplina; si la idea de autor limita el azar del discurso por el juego de una identidad que toma la forma de la individualidad y del yo, la de comentario hace lo propio por medio de la repetición y de lo mismo. La disciplina constituye un ámbito de objetos, un conjunto de métodos, un corpus de proposiciones consideradas verdaderas, un juego de reglas y de definiciones, de técnicas y de instrumentos que conforman un sistema esencialmente anónimo a disposición de quien quiera servirse de él, sin que su validez se ligue a un inventor en particular; así mismo, a diferencia del comentario, la disciplina no supone un sentido que debe ser descubierto de nuevo, ni una identidad que debe ser repetida, sino la posibilidad de formular indefinidamente nuevas proposiciones (2016, pp. 31-32). En todo caso, cada disciplina impone los límites de lo verdadero y lo falso. Una proposición está “en la verdad”, si cumple las exigencias para pertenecer a una disciplina. Según Foucault, comentando el caso de Gregor J. Mendel,

[...]una proposición debe cumplir complejas y graves exigencias para poder pertenecer al conjunto de una disciplina; antes de poder ser llamada verdadera o falsa, debe estar, como diría Canguilhem, “en la verdad”. Frecuentemente surge la pregunta de qué habían podido hacer los botánicos o los biólogos del Siglo XIX para no ver que lo que Mendel decía era verdadero. Pero es que Mendel hablaba de objetos, empleaba métodos, se situaba en un horizonte teórico, que eran extraños para la biología de la época (...). Mendel decía la verdad, pero no estaba “en la verdad” del discurso biológico de su época: no estaba según la regla que se formaban de los objetos y de los conceptos biológicos, fue necesario todo un cambio de escala, el despliegue de un nuevo plan de objetos en la biología para que Mendel entrase en la verdad y para que sus proposiciones apareciesen entonces (en una buena parte) exactas (Foucault, 2016, pp. 35-37).

En otras palabras, la concepción del error y la verdad predominantes según un plan de objetos, horizontes teóricos e instrumentos conceptuales de un tipo bien definido. Por ejemplo, para que una proposición fuera legítima en el discurso botánico del Siglo XVII, debía referirse a la estructura visible de la planta o al sistema de similitudes próximas o lejanas, no a la atribución de valores simbólicos, virtudes o propiedades (cuestión válida en el Siglo XVI); una proposición caía por fuera de la medicina, si empleaba nociones a la vez metafóricas, cualitativas y sustanciales (*v.gr.*, obstrucción de líquidos recalentados o de sólidos desecados), en lugar de seguir un modelo fisiológico (*v.gr.*, irritación o inflamación de los tejidos). En el Siglo XIX, la investigación sobre la lengua primitiva, admisible en el Siglo XVIII, era considerada una quimera (Foucault, 2016, pp. 33-35). Por esta razón, las teorías de Mendel en el Siglo XIX, dada la novedad de su horizonte teórico, no podían estar en la verdad del discurso biológico de la época. No se está en la verdad más que acatando las reglas de la “policía discursiva”, es decir, de la instancia controladora propia de la disciplina (Foucault, 2016, p. 37).

Foucault estudia algunas prácticas judiciales, y las convierte en el campo de experimentación de la genealogía. La hipótesis central que intentaría demostrar durante años, es que la manera de arbitrar la responsabilidad en occidente ha definido tipos de subjetividad, formas de saber y relaciones, aún no estudiadas, del hombre con la verdad. Para ello, acude al pensamiento de Nietzsche, fuente del análisis histórico de la formación de saberes y del sujeto. Siguiendo en este punto a Revel, el nietzscheísmo de Foucault debe contextualizarse en el rechazo de dos tendencias de pensamiento muy en boga en la escena filosófica francesa de la posguerra: el hegelianismo y el discurso fenomenológico “a la francesa”, encarnado por Jean Paul Sartre y Merleau-Ponty; pero, en el fondo, detrás de la relectura de Nietzsche – también propiciada por otras figuras importantes de la filosofía francesa, como Gilles Deleuze, quien propone, a tono con Foucault y con fundamento en el pensamiento de Nietzsche, una ontología de la pluralidad y de la diferencia en su libro *Diferencia y repetición* (1968)–, se encuentra la pretensión de Foucault de retomar un pensamiento de lo discontinuo, a partir de la crítica

del proyecto de una historia que tiene por función básica recoger, en una totalidad perfectamente cerrada sobre sí misma, la diversidad al fin reducida del tiempo, es decir, anular las múltiples figuras de lo inconexo y la variación, del salto y el cambio (2014, p. 72).

Para Aristóteles, el hombre desea por naturaleza saber. Se trata de un saber que, naturalmente, va del placer a la felicidad, pero en el que el placer se liga a la percepción de una sensación inútil, que no sirve para la satisfacción de necesidades vitales, sino para la contemplación de la verdad. Esta concepción ve al deseo sereno, sin violencia ni voluntad de dominación. No obstante, para Nietzsche, detrás del acto mismo de conocimiento, se despliega la lucha de los instintos, de los yoes parciales, de las violencias y de los deseos. En la raíz del conocimiento hay un deseo de dominio y de imposición, por lo que es necesario observar el “exterior” del conocimiento (Foucault, 2012, p. 42).

En Nietzsche, halló Foucault un pensamiento vehemente y crítico respecto a la tradición filosófica occidental, que aboga por la existencia previa de un sujeto cognoscente, que desea libremente el conocimiento disponible en el mundo; el conocimiento no tuvo origen, no está inscrito en la naturaleza humana, sino que fue el resultado mismo de la lucha, confluencia y compromiso de los instintos. Nietzsche en el párrafo 333 de “La Gaya Ciencia”, critica la tesis de Spinoza sobre las condiciones previas para conocer: *non ridere, non lugere, neque detestari, sed intelligere*, es decir, no reírse, no llorar, no detestar, sino entender. Más bien, para conocer, es importante saber la opinión unilateral de cada una de estas pasiones sobre la cosa o suceso; después viene la lucha entre ellas, y al final, quizás, un centro, una reconciliación, una especie de justicia y de contrato (Nietzsche, 2011, p. 275). Foucault comenta que estas pasiones constituyen una manera de conservar la distancia frente al objeto, de diferenciarse, romper con él, desvalorizarlo y destruirlo (2010, p. 26). Por lo demás, si el mundo se parece más a un caos eterno sin leyes, orden, formas, estructura, belleza o sabiduría (Nietzsche, 2011, p. 170), el acto de conocer se asemeja más a una violación de las cosas (el conocimiento esquematiza, ignora las diferencias, asimila las cosas entre sí y cumple su papel sin ningún fundamento en la verdad. Y

apunta, maliciosa y agresivamente, a cosas, situaciones o personas (Foucault, 2010, p. 31), porque entre éstas y el sujeto la relación no puede ser más que arbitraria, de poder y violencia, de distanciamiento, temor y hostilidad. Por lo tanto, para saber qué es el conocimiento, es preciso comprender las relaciones de lucha y de poder que establecen los hombres entre sí: el conocimiento es, entonces, el resultado, efecto o acontecimiento derivado de esas relaciones de poder (Foucault, 2010, pp. 20-31).

Si esto es así, el sujeto no existe, solo se construye a partir de prácticas sociales y de un régimen particular de verdad. Es con base en esta idea, en definitiva, que Foucault plantea la necesidad del análisis histórico de la formación del sujeto, mediante ciertos saberes que se crearon a partir de determinadas prácticas sociales. Este tema de investigación ocupará el esfuerzo del filósofo francés durante los primeros cinco años de permanencia en el Collège de France, y llegará a su punto más álgido con la publicación de *Surveiller et Punir* (1975) e *Histoire de la sexualité: I La volonté de savoir* (1976); después, vendría un giro particular en sus análisis tradicionales, enmarcados en una analítica del poder de “corte nietzscheano”, en el que se privilegiarían los conceptos de biopoder, estética de la existencia en el pensamiento griego, romano y cristiano antiguo y gubernamentalidad. Según Castro-Gómez, en Foucault, la hipótesis del biopoder exigía su reubicación en un marco más amplio de análisis: el examen histórico de las condiciones materiales de formación de la “población”, como campo de intervención gubernamental entre los Siglos XVII y XVIII. Este proyecto inicial de una genealogía del biopoder, es abandonado para dar paso a una historia de la gubernamentalidad, que “se ocupará del modo en que las tecnologías liberales se harán cargo del gobierno sobre la vida en las sociedades occidentales” (Castro-Gómez, 2015, p. 65).

Que el conocimiento sea inventado (esta idea la toma Foucault de Nietzsche: “En algún apartado rincón del universo centelleante, desparramado en innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en el que animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue el minuto más altanero y falaz de la «Historia Universal», pero, a fin de cuentas, solo un minuto”); Nietzsche,

2012, p. 66), significa que no está inscrito en la naturaleza humana, ni es el instinto más viejo que la caracteriza; que encuentra su posibilidad en un espacio de juego, en donde se trata de instintos, duda, negación, disolución e ilación, no de afirmación, certeza, conquista o serenidad; que no tiene un prototipo que lo preceda; que no hay esencias o sentidos ocultos de las cosas por descubrir, y, añádase, que es el resultado de una operación compleja en la cual hay un emparejamiento con la maldad y el desprecio (Foucault, 2012, pp. 225–227). Nietzsche disolvió la implicación del conocimiento y la verdad –evidente cuando se dice que el conocimiento sin verdad no es verdadero conocimiento–, al creer que conocer supone otra cosa distinta del mero conocer por conocer. Más bien, todo aparato del conocimiento es de abstracción y de simplificación organizado, no para el conocimiento, sino para la dominación de las cosas.

Bajo la estela de Nietzsche, Foucault considera que el conocimiento descansa sobre una red de relaciones diferentes en su forma: puede tratarse de destrucción, dominación, apropiación o castigo, a partir de diferentes términos de relaciones –*v.gr.*, un cuerpo con otro, un grupo con otro, un sujeto con una cosa–. El proceder del conocimiento consiste en reunir, bajo una marca, un signo o una categoría común, las diferencias de la realidad, en tanto que el sujeto constituye el principio de la deformación y la dominación. Mientras “el signo es la violencia de la analogía, lo que domina y borra la diferencia, la interpretación es lo que pone e impone los signos, lo que juega con ellos, lo que introduce diferencias radicales –las de la palabra y el sentido– en las diferencias primeras del caos” (Foucault, 2012, p. 234). En Nietzsche, el ser del conocimiento es ser mentira, falsea la realidad, borra la diferencia e instala el reino abusivo de la semejanza, es perspectivista; por ello señala:

Cuando Nietzsche habla del carácter perspectivo del conocimiento, quiere señalar el hecho de que solo hay conocimiento bajo la forma de ciertos actos que son diferentes entre sí y múltiples en su esencia, actos por los cuales el ser humano se apodera violentamente de ciertas cosas, reacciona a ciertas situaciones, les impone relaciones de fuerza. O sea, el conocimiento es siempre una cierta relación estratégica en la que el hombre está situado. Es precisamente esa relación estratégica la que definirá el

efecto del conocimiento y, por esta razón, sería totalmente contradictorio imaginar un conocimiento que no fuese en su naturaleza obligatoriamente parcial, oblicuo, perspectivo. El carácter perspectivico del conocimiento no deriva de la naturaleza humana, sino siempre del carácter polémico y estratégico del conocimiento. Se puede hablar del carácter perspectivico del conocimiento porque hay batalla y porque el conocimiento es el efecto de esa batalla (Foucault, 2010, p. 30).

Si el conocimiento verdadero se dirige a la realidad de las múltiples relaciones sin sujeto ni objeto, cualquier otra forma de conocimiento es el resultado de una violencia interpretativa falseada por la perspectiva, la dominación, la necesidad. Este modo de pensar, permite incursionar en conceptos como signo e interpretación –al margen de un sujeto originario–, articular análisis de formas de violencia y dominación, y pensar el conocimiento como un proceso netamente histórico, anterior a toda problemática de la verdad (Foucault, 2012, p. 235). La verdad es una invención, una pericia, una ilusión; no es algo que haya que encontrar, sino una cosa que hay que crear. Detrás de las cosas hay otra cosa, no su esencia, sino el secreto de que no tienen esencia, o de que ésta fue construida pieza a pieza a partir de figuras extrañas a ella, producto del azar; no necesariamente del deseo de verdad, ni del rigor de los métodos científicos, sino de la pasión de los sabios, de su odio recíproco, de sus discusiones fanáticas, de la necesidad de vencer. Pero esto solo es posible, si el genealogista escucha la historia, la cual hace ver que la verdad es una especie de error que tiene para sí el no poder ser refutada, porque la misma historia la ha vuelto inalterable (Foucault, 2000, pp. 18-22).

Para Foucault –siguiendo a Nietzsche– la genealogía busca localizar la singularidad de los acontecimientos; al vaivén de la evolución de su pensamiento, entiende por acontecimiento varias cosas:

De una manera negativa al principio, el acontecimiento es un hecho acerca del cual, ciertos análisis históricos se conforman con suministrar una pura descripción. Contra esta pequeña historia descriptiva en forma de crónica lineal de los hechos, el método arqueológico foucaultiano intenta, por el contrario, reconstituir, detrás de un hecho dado, toda una red de discursos, poderes, estrategias y prácticas (...). No obstante, en un segundo momento, la noción de acontecimiento empieza a manifestarse

progresivamente en Foucault de manera positiva, como una cristalización de determinaciones históricas complejas (Revel, 2014, pp. 73-74).

Esto quiere decir, fuera de cualquier otra finalidad monótona [“Creemos que nuestro presente se apoya en intenciones profundas, necesidades estables; pedimos a los historiadores que nos convenzan de ello. Pero el verdadero sentido histórico reconoce que vivimos, sin jalones ni coordenadas originarias, en miríadas de acontecimientos perdidos” (Foucault, 2000, pp. 50-51)]. Foucault se opone al desplegamiento metahistórico de las significaciones ideales, y de las infinitas teleologías; se enfrenta, al final, a la búsqueda del origen (2000, pp. 12-13). El genealogista no busca el origen, insiste en las meticulosidades y azares de los comienzos, y para ello recurre a la historia; en términos de Nietzsche, no busca el *Ursprung* –el origen–, sino la *Erfindung* –la invención–, es decir, los comienzos bajos y mezquinos. En términos de Foucault:

Para Nietzsche la invención –*Erfindung*– es, por una parte, una ruptura y por otra algo que posee un comienzo pequeño, bajo, mezquino, inconfesable. Este es el punto crucial de la *Erfindung*. Fue debido a oscuras relaciones de poder que se inventó la poesía. Igualmente, fue debido a oscuras relaciones de poder que se inventó la religión. Villanía, por tanto, de todos estos comienzos cuando se los opone a la solemnidad del origen tal como es visto por los filósofos. El historiador no debe temer a las mezquindades pues fue de mezquindad en mezquindad, de pequeñez en pequeñez, que finalmente se formaron las grandes cosas. A la solemnidad de origen es necesario oponer, siguiendo un buen método histórico, la pequeñez meticulosa e inconfesable de esas fabricaciones e invenciones (Foucault, 2010, p. 20).

El genealogista acude a la procedencia –*Erkunft*–, no para hallar una continuidad entre el pasado y el presente, sino para identificar los accidentes, las desviaciones, los giros, los errores, las faltas de apreciación, los malos cálculos que dieron nacimiento a lo que existe y que consideramos válido: “es descubrir que en la raíz de lo que conocemos y de lo que somos no hay ni el ser ni la verdad, sino la exterioridad del accidente” (Foucault, 2000, p. 28). La búsqueda de la procedencia agita todo lo que se percibía inmóvil, fragmenta lo que se pensaba unido, muestra la heterogeneidad de lo que se

avistaba como mera unidad; es la proliferación de acontecimientos gracias a los cuales se forma un concepto, una práctica o un poder.

Podemos citar, como ejemplo, el campo de dispersión que permitió en los Siglos XVII y XVIII formar una sociedad de vigilancia, seguridad y protección, que dio nacimiento concretamente a la policía. Foucault señala que tal sociedad procede de la proliferación de acontecimientos tales como:

a) la libertad de circulación en los caminos; b) la oposición desde el Siglo XVII entre la esfera pública y la esfera privada; c) la aparición del concepto de población y la necesidad de contar con un sistema de información sobre los habitantes de un territorio intentando que cada quien ponga en discurso su vida ante una institución pública; d) la preocupación por la salud y la necesidad de combatir las pestes. De estos acontecimientos que se dan en el afuera del orden estrictamente jurídico y legal, proceden la policía y la sociedad contemporánea de vigilancia y control, una sociedad en la que se ordena a la población, se la hace obedecer y se evita a toda costa que llegue a perder el miedo" (Garavito, 1991, p. 42).

De otra manera, con la emergencia –*Enstehung*– designa el punto de su propio surgimiento. Aquí el análisis debe mostrar el juego, la manera en que luchan las fuerzas, el combate que llevan a cabo en circunstancias adversas (Foucault, 2000, p. 34).

En este orden de ideas no hay un deseo natural de conocer, como creía Aristóteles, ni el conocimiento está implícito en la naturaleza humana, porque fue inventado; es el resultado de la confluencia y lucha entre los instintos (Foucault, 2010, p. 21). No hay ninguna relación de afinidad entre el mundo y la naturaleza humana. Más bien, entre el conocimiento y las cosas que éste tiene por conocer, hay relaciones de poder, fuerza, dominación y violencia.

La historia debe servir a la filosofía y narrar el nacimiento necesario de la verdad y del valor; ha de ser el conocimiento diferencial de las energías y de las debilidades, de las cumbres y de los hundimientos, de los venenos y de los contravenenos. El sentido histórico escapa a la metafísica y deviene en instrumento privilegiado del método de la genealogía, cuando no se apoya en ningún absoluto; el saber histórico traza los avatares de los instintos, sus reinados alternantes, su lenta elaboración, los regímenes que modelan el

cuerpo, lo discontinuo. Foucault usa a Nietzsche para oponerse al quehacer tradicional del historiador, que busca disolver el acontecimiento singular en una continuidad ideal o en un movimiento teleológico; en su lugar, hay que dirigirse al acontecimiento, lugar en el que se identifican fuerzas en lucha azarosa (2000, pp. 44-53).

El sentido histórico contiene tres usos: primero, el paródico y destructor de la realidad. En este, la historia no debe servir para construir monumentos eternos que orienten nuestra propia percepción de sí mismos, sino para promover el movimiento propio de las intensidades de la vida; es decir, nuevas “máscaras”, nuevas identidades. Segundo, el sacrificio del sujeto de conocimiento; por la máscara que lleva, la conciencia histórica es neutra, desprovista de toda pasión, pero si se interroga a sí misma y a su propia historia, descubre al final las formas y transformaciones de la voluntad de saber, que es instinto, pasión, refinamiento cruel, empeño inquisidor, maldad. Y, el tercer uso, radica en la disociación sistemática de nuestra identidad, es decir, la descomposición de la máscara en lo plural que la habita. Para Foucault,

[...] la historia, genealógicamente dirigida, no tiene por meta encontrar las raíces de nuestra identidad, sino, al contrario, empeñarse en disiparla; no intenta descubrir el hogar único del que venimos, esa patria primera a la que los metafísicos prometen que regresaremos; intenta hacer aparecer todas las discontinuidades que nos atraviesan (Foucault, 2000, pp. 67-68).

El sujeto fundador crea horizontes de significados, que la historia se encarga de explicitar y en los que las proposiciones y ciencias hallan su fundamento; la verdad, entonces, es viable en una especie de complicidad con el mundo, en el que éste es posible de conocer mediante significaciones previamente circulantes, en las que el movimiento de un *logos* eleva las singularidades hasta el concepto, lo que permite a una conciencia inmediata desplegar una racionalidad sobre el mundo. Para Foucault, este tradicional proceder esconde el temor a los acontecimientos, la masa de cosas dichas, los enunciados y todo lo que puede haber allí de violento, de batallador, de discontinuo, de desorden. La genealogía busca restituir al discurso su carácter de acontecimiento, hacer

explícita la voluntad de saber y borrar la soberanía del significante (2016, pp. 49-52).

Metodológicamente, Foucault explica que hay que reconocer los cortes de los discursos en lugar de las supuestas fuentes o principios originadores. Este aspecto de su pensamiento es propio de la arqueología del saber cómo método de análisis en la historia de las ideas. Por debajo de las grandes continuidades del pensamiento, de las manifestaciones masivas de un espíritu o mentalidad colectiva, se trata de detectar las incidencias de las interrupciones; el problema, no es ya de la tradición y del rastro, sino del recorte y del límite, de las transformaciones que valen como fundación y renovación de las fundaciones (Foucault, 2003, pp. 5-7). Los discursos, para la regla de la *discontinuidad*, son prácticas discontinuas. Según la regla de la *especificidad*, las cosas no tienen significaciones previas que se deben descifrar, porque el discurso es una violencia que se ejerce sobre las cosas, una práctica que les imponemos. Y la regla de la *exterioridad* indica no pensar en el núcleo esencial o significación oculta del discurso sino que, a partir del mismo, de su aparición y de su propia regularidad, se debe ir hacia sus condiciones externas de posibilidad, hacia lo que da motivo a la serie aleatoria de esos acontecimientos y que fija los límites (2016, pp. 53-55).

El análisis que propone el pensador francés, implica partir de cuatro conceptos opuestos a los que han representado la materia prima con la cual se ha cimentado toda la historia del pensamiento: el *acontecimiento* a la creación, la *serie* a la unidad, la *regularidad* a la originalidad y la *condición de posibilidad* a la significación. La historia, liberada de las infinitas teleologías, no debe comprender los acontecimientos por medio de la unidad homogénea de un “gran devenir”, sino enfocarse en estas categorías para analizarlos, amén de sus condiciones de aparición y los azares que los constituyen. Entonces, la labor a la que se circunscribe el planteo de Foucault es doble: limitar el discurso o “cercar” las formas de exclusión –aspecto crítico–, y analizar su formación, sus condiciones de posibilidad –aspecto genealógico– (2016, pp. 56-58). Por ello, Dorian Astor aclara con razón que el concepto nietzscheano central para este Foucault genealogista, es el de la voluntad de poder, entendido como

[...] modelo dinámico de un devenir no reflexivo, principio de la emergencia de todo aquello que adviene, en tanto que todo acontecimiento es el resultado de un conflicto de fuerzas (pulsiones, instintos), el producto de una victoria y de una derrota, de un dominio y de una sumisión, de un edificio pulsional jerarquizado en el que mando y obediencia se organizan de manera muy compleja. Los acontecimientos emergen con lentitud, se requiere tiempo para que las fuerzas se inscriban en los cuerpos, para que formen tipos de percepciones y valoraciones dominantes, maneras de pensar y de juzgar, costumbres y tipos de individuos correspondientes (2018, pp. 211-212).

## **El estudio de las disciplinas conforme a la genealogía. Una aproximación a la penalidad en Foucault**

Para Foucault, la democracia ateniense del Siglo V a.C. supuso una serie de transformaciones culturales en la sociedad griega como, por ejemplo, la aparición de formas racionales de prueba y de demostración. En esa época, surgieron disciplinas cuyo objeto era o bien el estudio de las condiciones y reglas para la producción de la verdad, como la filosofía y el método científico, o la forma de convencer y obtener la victoria para y por la verdad, como la retórica. Así mismo, una nueva aproximación de la verdad, propia del derecho griego, tuvo un auge inusitado: el testimonio, muy utilizado por los historiadores, geógrafos, viajeros y botánicos. En el derecho germánico, la resolución del litigio dependía de una lucha entre contendientes regularizada, que podía sustituirse por un acuerdo o una compensación económica, mientras que el viejo derecho feudal sometía las disputas al sistema de la prueba, en el que los litigantes se acogían a una serie de pruebas que demostraban, al margen de la verdad, su resistencia, fuerza, peso social o agilidad intelectual, por medio de ordalías, duelos, verbalizaciones de fórmulas y juramentos de terceros (2010, pp. 66-74).

Sin embargo, estas prácticas desaparecieron a finales del Siglo XII y durante el Siglo XIII, dando paso a una determinada manera de saber, la indagación. En la baja edad media fue un proceso de gobierno, una forma de gestión, una técnica de transformación o una manera de ejercicio de poder, pero de ningún modo fue el resultado natural del progreso de la razón, sino

el producto de juegos de fuerza política o de relaciones de poder. Bajo esta práctica judicial, el daño suponía una infracción a la ley, al soberano o al poder, cuyo conocimiento y resolución se ponía en cabeza de un funcionario, el procurador del rey. Los teóricos del derecho penal en la segunda mitad del Siglo XVIII estimaron que el delito era una infracción a la ley penal nociva para la sociedad, y que las penas debían ser útiles; no obstante, la penalidad del Siglo XIX se apartó de tales lineamientos para atender al control y a la reforma psicológica y moral de los individuos.

Pero este control no podía estar en manos de la justicia penal sino de una serie de poderes laterales como la policía y las instituciones médicas, psiquiátricas, criminológicas y pedagógicas, las cuales debieron su existencia a la noción de peligrosidad. Esta situación histórica, estimuló la “ortopedia social” como poder disciplinario basado en un tipo de saber, no sobre lo ya acaecido (*v.gr.*, la infracción), sino de vigilancia permanente sobre los individuos; trataba, en últimas, de verificar si se conducían o no como era debido, según unas reglas determinadas. Esta forma de saber-poder, sería la condición externa de posibilidad de las ciencias humanas como la psiquiatría, la psicología y la sociología (Foucault, 2010, pp. 96-108).

Durante los seminarios impartidos en el Collège de France Foucault intentó, por medio de minuciosas investigaciones históricas, mostrar la puesta en práctica de los postulados teóricos de la genealogía. En los cursos de 1973-1974 planteó como una de las condiciones de posibilidad del saber médico, a finales del Siglo XVIII –a partir de un texto de Philippe Pinel sobre la manía–, la disciplina propia de un orden prescriptivo, que hizo posible la realización de observaciones con sus distribuciones de espacio, tiempo y regularidades. Durante el primer cuarto del Siglo XIX, hubo según Foucault, una especie de enciclopedia de curaciones a partir de casos publicados por los grandes psiquiatras de la época: Haslam, Pinel, Esquirol, Fodéré, Georget y Guislain, que circulaban en los manuales de psiquiatría. La escena psiquiátrica seguía siempre el mismo patrón: toda una estrategia o ritual de poder compuesto de órdenes, castigos, sumisión, observancia de reglas, premios. La pregunta en este seminario (*Le pouvoir psychiatrique*) tuvo que ver, en cuanto a la psiquiatría

y la locura, con la forma en que determinadas estrategias de poder daban origen a afirmaciones, negaciones, experiencias, teorías, en suma, todo un juego de la verdad (Foucault, 2012a, p. 30).

En este contexto el poder disciplinario es discreto, repartido, funciona en una red y se hace visible en la sumisión sobre quienes se ejerce. En esta modalidad de poder, se tocan los cuerpos y se toman en cuenta los hábitos, los comportamientos, los gestos, las palabras. Es una captura del cuerpo; por ejemplo, la disciplina militar a mediados del Siglo XVII, comienza a ser una confiscación del cuerpo, del tiempo y de la vida. El poder disciplinario supone el control permanente, la exposición a la mirada vigilante, el adiestramiento del cuerpo, la repetición de ejercicios corporales, la estructura de rangos y el uso de la escritura, como registro del comportamiento de los individuos en las escuelas; por ejemplo, la Escuela de Dibujo y Tapicería de los Gobelinos (1737). La información del desempeño de los alumnos se transmitía al director de la manufactura y, después, se enviaba un informe al ministerio de la Casa Real (Foucault, 2012a, p. 70), los centros carcelarios y los cuarteles en los Siglos XVII y XVIII, el cual era transmitido y centralizado hacia arriba, en una escala jerárquica. El principio panóptico –que ve todo, todo el tiempo y a todo el mundo– efectúa una individualización centralizada por medio de la escritura; por otro lado, los “residuos” no asimilables por el sistema disciplinario (*v.gr.*, los delincuentes, los débiles mentales), son a su vez sometidos a otros sistemas complementarios de disciplina, para normalizarlos. El efecto de todos estos procedimientos es el surgimiento de las “ciencias del hombre”, cuyo objeto de estudio es el individuo “normalizado” (Foucault, 2012a, pp. 59-78).

Así las cosas, según Foucault, el poder no es una propiedad sino una estrategia. Sus efectos de dominación no se atribuyen a una apropiación, sino a disposiciones, maniobras, tácticas o técnicas; es el efecto de conjunto de sus posiciones estratégicas que invade y pasa a través de los dominados. En el volumen primero de su *Histoire de la sexualité*, señala:

Me parece que por poder hay que entender, primero la multiplicidad de las relaciones de fuerza inmanentes y propias del dominio en que se ejercen, y que son constitutivas

de su organización; el juego que por medio de luchas y enfrentamientos incesantes las transforma, las refuerza, las invierte; los apoyos que dichas relaciones de fuerza encuentran las unas en las otras, de forma que forman cadena o sistema (2007, p. 112).

El poder produce saber –y no simplemente favoreciéndolo, porque le sirva, o aplicándolo, porque sea útil–; el poder y el saber se implican directamente el uno al otro; no existe relación de poder sin constitución correlativa de un campo de saber, ni de saber que no suponga y no constituya al mismo tiempo relaciones de poder (Foucault, 2008, pp. 36-37). En este sentido, no es la actividad del sujeto de conocimiento lo que produce un saber útil o renuente al poder, sino que el poder-saber, los procesos y las luchas que lo atraviesan y lo constituyen, son los que determinan las formas y los dominios posibles del conocimiento.

Las ideas traducen no solo relaciones sociales sino intereses de lucha, fuerzas de poder. El poder ejerce una eficacia propia, crea ámbitos de saber; normatiza y disciplina. El poder mismo es técnica, estrategia, mecanismo. Ejerce una función de normalización en la medida en que establece los límites entre lo normal y lo patológico. El poder presupone un discurso legitimador y reproductor de relaciones de dominio; le otorga una justificación teórica y política al poder en la sociedad, y se autoconstituye en un corpus de verdades incuestionables que se introyectan en las conciencias y logran el consenso. En este sentido, las máquinas de gobierno de una sociedad (*v.gr.*, el Estado, la ciencia, la Iglesia, etc.) ponen en práctica una racionalidad mediante criterios de científicidad, moralidad y normalidad, por lo que, en el fondo,

[...] la arqueología propuesta por Foucault consiste en hacer resurgir el archivo de lo cotidiano, las huellas modestas, bajas o infames (...), un orden discursivo que se aplica a los cuerpos y a sus prácticas. La genealogía correspondiente que propone Foucault consiste en renunciar, como hizo Nietzsche antes de él, a la majestad del origen y de la fundación (lo verdadero, el bien, lo justo, la soberanía, etc) para hurgar en los bajos fondos, para reencontrar lo accidental, las tentativas y los fracasos, los rodeos y las soluciones de recambio, en el ejercicio material de los poderes discursivos sobre los poderes y las prácticas. La pretensión de la autonomía racional de una institución es un formidable poder de clausura y de exclusión, pero también y sobre todo de integración y de normalización. Para Foucault no se trata tanto de promover una

pretendida autenticidad superior de la sin-razón o de la marginalidad, como de sacar a la luz la pretensión de verdad, el control de su representación y el ejercicio de su poder sobre los cuerpos. Que haya una voluntad de saber implica necesariamente una fuerza que busca ejercerse en esa voluntad: esto es lo que obliga a pensar la voluntad de verdad como una expresión de la voluntad de poder, y el saber como ejercicio de un poder (Astor, 2018, pp. 217-218).

Esa conjunción del saber y el poder genera una política general de verdad que distingue los enunciados verdaderos de los falsos, sanciona los discursos alternativos y define técnicas y procedimientos para alcanzar la verdad que le interesa al poder (Foucault, 1979, p. 187). No se puede ignorar, que la preocupación central de Foucault no era cualquier clase de saber, sino las “ciencias del hombre” con pretensiones de verdad científica como, por ejemplo, la economía, la medicina, la psiquiatría, la criminología, la ciencia política, la pedagogía, la sexología, etc., como mecanismo de gobierno de sí y de los demás. El poder-saber produce discursos y procedimientos para excluir a los locos, vigilar a los condenados, marginar a los homosexuales, corregir a los anormales y, quizás, como se verá, condenar a los acusados. *Surveiller et Punir* (1975) constituye la obra cumbre que capitaliza el análisis genealógico del poder en la modernidad. Si antes del Siglo XVIII, el cuerpo era el objeto directo de la represión penal mediante un espectáculo público macabro, a finales del mismo Siglo surge una forma de castigo más sutil, secreta, pendiente de sus efectos en la sociedad. El discurso de la benignidad de las penas propio de la ilustración, es visto por Foucault con desconfianza; no niega que, probablemente, hubo una fuerte socialización de ideas sobre la humanidad y la moderación de las penas por parte de reformadores, filósofos y juristas, como Beccaria, Servan, Dupaty, Target y Voltaire, por lo cual resalta que, antes de establecer los principios de una nueva penalidad, los reformadores criticaron el exceso de los castigos (2008, p. 91).

Pero esta afirmación en relación con Beccaria no parece acertada si se tiene en cuenta que su obra capital, *De los delitos y de las penas* (1764), es el compendio de los principios fundamentales del derecho penal liberal de la ilustración, planteados como respuesta al régimen penal medieval, imperante

en Europa hasta finales del Siglo XVIII. Beccaria no se opuso solo al exceso de las penas en su época: propuso un nuevo derecho penal. La publicación del libro motivó en Voltaire a hacer la redacción de un *Commentaire sur le Traité des délits et des peines*, que se seguiría publicando como anexo del libro del autor milanés; en carta de 30 de mayo de 1768, le escribió Voltaire a Beccaria lo siguiente:

Voi avete spianato il camino dell'equità, nel quale tanti uomini procedono ancora come barbari. La vostra opera ha fatto del bene e ne farà ancora. Voi lavorate per il bene della ragione e dell'umanità, che sono state entrambe per così lungo tempo schiacciate. Voi risollevate queste due sorelle umiliate da circa seicento anni. Esse iniziano infine a camminare e a parlare ma appena parlano, il fanatismo urla (Porret, 2013, p. 8).

El acontecimiento definitivo de ese cambio en la percepción del castigo, fue el refinamiento en el ejercicio de la sanción penal como parte esencial de una nueva estrategia. Se quería que el poder de castigar fuera más eficaz, regular, constante, que penetrara en todo el cuerpo social sin demasiada concentración ni división en muchas instancias que reclamaban su competencia para juzgar (demasiadas jurisdicciones, según la condición social del acusado o la naturaleza del delito: religiosas, reales, administrativas, policiales), demasiados privilegios (el rey podía suspender cualquier procedimiento ordinario). Una “mala economía del poder”: “La justicia penal es irregular, ante todo, por la multiplicidad de instancias encargadas de su cumplimiento, que no constituyen una pirámide única y continua” (Foucault, 2008, p. 91), todo ello con el objetivo de controlar los ilegalismos populares que atentaban contra los intereses –principalmente económicos– de la burguesía, porque, si bajo el antiguo régimen la dinámica social requería ciertas tolerancias frente a los ilegalismos de las capas sociales, en la segunda mitad del Siglo XVIII se vuelven inadmisibles al atentar contra la propiedad territorial, comercial e industrial (Foucault, 2008, pp. 93-100).

En razón de esta coyuntura se explica en esta época la necesidad del principio de legalidad de los delitos y de las penas: es decir, la existencia de leyes fijas, constantes y determinadas de la manera más precisa, anhelo de Le

Trosne en las *Vues sur la justice criminelle* (1777), el mismo que predicó con ahínco la peligrosidad social de los vagabundos en *Mémoire sur les vagabonds* (1764). Si para Rousseau el ciudadano que rompe el pacto social se convierte en traidor, es necesario castigarlo para defender a la sociedad; Beccaria reaccionó contra los tormentos inútiles y espantosos, planteando una filosofía utilitarista como fundamento del castigo penal, porque la medida de la pena útil está en función de las secuelas desfavorables para la sociedad, como la repetición futura de los delitos. En el libro del famoso autor milanés, cuando explica que la verdadera medida es el daño ocasionado a la sociedad, se puede rastrear un argumento planteado en *De l'esprit* del filósofo francés Claude-Adrien Helvétius, según el cual

[...]el castigo se justifica para prevenir el daño social, independientemente de la pureza o eventual nobleza de las intenciones; en este punto, pueden evocarse los casos enunciados por Helvétius del padre considerado bondadoso y honrado en su familia por obtener para su hijo el cargo de general, o del que salva a un pariente asesino, o el centinela que se queda dormido: sus actuaciones, quizás dignas de estima o de comprensión incluso desde una perspectiva humanista, son injustas desde la óptica del interés público por el perjuicio que las mismas causan a la sociedad; por esta razón, concluyó el marqués, a veces las personas con la mejor intención ocasionan el mayor mal, e incluso otras con la peor voluntad, le hacen el mayor bien (Muñoz, 2018, p. 9).

Lacretelle, por su parte, invocó el discurso del corazón para cuestionar la dureza de las penas; y Filangieri en *La science de la législation* (1786) fijó la proporcionalidad entre la pena y el delito, por la influencia de éste último sobre el orden social. En definitiva, puede inferirse que, en el saber de los reformadores de la segunda mitad del Siglo XVIII, la lucha por la delimitación del poder de castigar se articula sobre la necesidad de someter el ilegalismo popular a un control más general, estricto y constante.

Es decir que si, en apariencia, la nueva legislación criminal se caracteriza por un suavizamiento de las penas, una codificación más clara, una disminución notable de la arbitrariedad, un consenso mejor establecido respecto del poder de castigar (a falta de una división más real de su ejercicio), existe bajo ella una alteración de la economía tradicional de los ilegalismos y una coacción rigurosa para mantener su nueva ordenación (Foucault, 2008, p. 103).

Este control más general quiere decir, también, a una racionalidad económica para regular los efectos del poder, según unas cuantas reglas: a) De la cantidad mínima (tesis de Beccaria: Para que el castigo produzca efecto, basta que el daño que causa exceda al beneficio que el culpable obtiene del crimen, Foucault, 2008, p. 108); b) de la idealidad suficiente (la eficacia de la pena está en la desventaja que del delito se espera. Para tal efecto, el cuerpo debe ser objeto de una representación de desagrado o de inconveniencia, Foucault, 2008, p. 109); c) de los efectos colaterales (la pena debe obtener sus efectos más intensos de aquellos que no han cometido la falta. Que deje en el ánimo del pueblo la impresión más eficaz y duradera, (Foucault, 2008, pp. 109-110); d) de la certidumbre absoluta (las leyes penales deben: a) ser claras; b) publicarse en textos accesibles a todos; c) ser inexorables y aplicarse de forma inflexible e igualitaria, sin tener en cuenta privilegios o gracias del soberano, además el aparato de justicia debe acompañarse de un cuerpo de vigilancia con fines preventivos y los procedimientos deben ser públicos; d) las sentencias de los magistrados deben ser motivadas y conocidas por todos (Foucault, 2008, p. 111); e) de la verdad común (la verificación del delito requiere unos criterios generales de verdad; se exige su demostración; la verdad del delito, entonces, no podrá ser admitida, sino una vez que ha sido probada y el juez debe usar la razón para decidir (Foucault, 2008, pp. 112-113).

Así las cosas, para Foucault el saber jurídico-penal de los filósofos y reformadores de la ilustración justificó y legitimó una estrategia de castigo distinta a la del suplicio del antiguo régimen, un novedoso arte de los efectos de la pena; todo un conglomerado de principios de política criminal, cuya vigencia aún es indiscutible, como el fin de prevención general de la pena, la legalidad, la tipicidad estricta y la búsqueda de la verdad en el proceso penal. Pero este vínculo histórico entre el saber y el poder, no lo extrae él por primera vez en el momento de la nueva estrategia de castigo impulsada en la segunda mitad del Siglo XVIII. El procedimiento penal del antiguo régimen estaba justificado en el derecho científico de los juristas profesionales de la época, es decir, en aquel derivado del derecho romano y de las glosas realizadas

sobre él, todo un cuerpo doctrinal analítico, casuístico, fiel al argumento de autoridad y poco sistemático, objeto de enseñanza en las principales universidades europeas. En materia penal, por ejemplo, fueron relevantes en su época, Giulio Claro (1525-1572), Prospero Farinaccio (1554-1616) y Benedict Carpzov (1595-1666). En relación con ellos, Beccaria comenta:

Y es cosa tan funesta como común en el día de hoy que una opinión de Carpzov, un uso antiguo señalado por Claro, un tormento sugerido por Farinaccio con iracunda complacencia, sean las leyes a las que con seguridad obedecen quienes debieran temblar al regir las vidas y las fortunas de los hombres (2011, p. 101).

Este derecho científico justificaba la presunción de culpabilidad y un sistema basado en tipos de pruebas. Así, cada prueba agregaba un grado de culpabilidad en medio de un sistema de aritmética que consideraba una clasificación de pruebas (*v.gr.*, pruebas plenas y semiplenas, directas e indirectas), y que, así mismo, asignaba valor a las mismas, individualmente o por su combinación con otras (Foucault, 2008, pp. 45-52). En síntesis, el derecho probatorio del antiguo régimen no admitía, desde el punto de vista epistemológico, el dualismo “verdadero-falso” impulsado posteriormente por los filósofos ilustrados, sino un principio de gradación continua en la que se agregaba, a cada tipo de prueba, un grado de culpabilidad, situación que Beccaria cuestionaría en su famoso libro. Beccaria propuso una incipiente teoría del indicio, y la idea de la certeza en las cuestiones importantes de la vida, como requisito para declarar reo a un hombre. Así, donde las leyes son claras, el juez debe juzgar de acuerdo a su buen sentido, menos falaz que el saber de un juez acostumbrado a querer encontrar reos, y que todo lo reduce a un sistema artificial creación de sus estudios (2011, p. 159).

El Siglo XIX llegaría a mostrar que el cuerpo, convertido en blanco de nuevos mecanismos de poder, se ofrece a nuevas formas de saber. El poder disciplinario, explicativo del origen de la prisión, penetra en el cuerpo, deja huellas y genera automatismos de la costumbre (Han, 2016, p. 62). Busca la formación de un “sujeto obediente” mediante un encauzamiento de la conducta por el pleno empleo del tiempo, la adquisición de hábitos, las coacciones del cuerpo, una “ortopedia concertada”, una codificación que

reticula con la mayor aproximación el tiempo, el espacio y los movimientos (Foucault, 2008, pp. 134-141). Este poder disciplinario no solo produce cuerpos dóciles y normaliza conductas, también produce saber, uno que instaure procedimientos de individualización y que se interesa, no tanto en el acto mismo de la infracción sino en la vida del infractor para producir un saber acerca de los individuos que caen bajo su custodia. De esta manera, tanto las instancias judiciales (por medio de los peritajes) como las instancias disciplinarias (bajo la forma de procedimientos múltiples de regeneración-normalización), se apoyarán en este saber –fundado en la incorporación de lo biográfico en la penalidad– para adecuar su funcionamiento.

Este saber incluye, entre otras disciplinas, la antropología criminal, la psiquiatría criminal y la ciencia penitenciaria, cuyo notable impulsor, en la segunda mitad del Siglo XIX, fue el médico italiano Cesare Lombroso (1835-1909), fundador de la criminología como ciencia causal-explicativa y empírica sobre el delincuente y el delito en sus causas; tampoco hay que olvidar los nombres de Rafael Garófalo (1851-1934), autor de *Criminología* (1905), y de Enrico Ferri (1856-1929), autor de *Sociologia Criminale* (1884). Estos tres autores sentaron las bases de la escuela positivista del derecho penal, a finales del Siglo XIX, según las cuales el delito era un fenómeno humano y social debido a causas endógenas (congénitas y heredadas), a causas físicas (el clima, el relieve, etc), y a causas sociales, como la educación, la política, la religión, etc. Luego, si la sociedad tiene la necesidad de defenderse de todo el que le cause daño, el fundamento de la función punitiva para la escuela positivista era la peligrosidad, por lo que la sanción penal debía adaptarse a la aptitud o probabilidad del delincuente para dañar (Agudelo, 2002, pp. 1 y ss.). Lombroso, en su célebre libro *Luomo delinquente* (1876) fue el más riguroso defensor del determinismo biológico, remarcando el papel decisivo de los factores físicos y biológicos en la génesis de la conducta criminal; de allí la búsqueda de las particulares anomalías somáticas de los criminales, y de intereses que alcanzaron los límites de lo grotesco, como la medición en centímetros de la circunferencia del cráneo, de la pared occipital o de otras partes del cuerpo de los autores del delito (Fiandaca & Musco, 2006, p. 11).

## **La dogmática penal bajo la mirada del binomio saber-poder**

Las tesis de Foucault aquí expuestas pueden tener aplicación para un análisis sociológico del discurso penal. La hipótesis a plantear es que la teoría del delito constituye un procedimiento de saber-poder que permite configurar teóricamente un objeto de estudio –el delito–, e imputarlo a una persona en un juicio de responsabilidad penal. Pero los alcances y límites del discurso penal, han dependido de una competencia de interpretaciones o “lucha de escuelas”, que defendieron la mayor validez de su propio esquema del delito a partir de distintos paradigmas epistemológicos y políticos. Lo que se puede resaltar de esta pugna de doctrinas, es que la dogmática jurídica puede restringir o ampliar el ámbito de aplicación de la ley dependiendo de las ideologías que el Estado asuma para ejercer el poder penal, o de los intereses que emerjan de determinadas coyunturas sociales, políticas o económicas, lo que origina un saber fluctuante y disponible para racionalizar las decisiones judiciales.

## **La disputa entre los esquemas del delito en el siglo XX.**

La dogmática jurídico-penal es un discurso que versa sobre objetos que han sido construidos por ella misma. El delito no es hecho, a pesar de que el concepto se aplique a una acción humana; es un objeto formado mediante categorías normativas –la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad–. Se entiende, en el derecho penal alemán y en los ordenamientos de los demás países influenciados por la ciencia penal alemana, que el delito es una “conducta típica, antijurídica y culpable”, definición que acoge el Código Penal colombiano (artículo 9). Es decir, es típica cuando concuerda con las características objetivas y subjetivas previstas por el legislador en un tipo penal y, además, crea un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado. Es antijurídica cuando pone en peligro o lesiona un bien jurídicamente tutelado, y no existen causas de justificación que la amparen; y es culpable, cuando el autor pudo comportarse de acuerdo con la prohibición de la norma jurídica penal y no lo hizo, sin que se vislumbre una causal

de inculpabilidad (error de prohibición, inimputabilidad, etc.). De igual forma, existen otros conceptos de la dogmática relevantes, como la autoría, la inducción, la complicidad, la coautoría, la tentativa, el dolo, la culpa, la omisión, entre otros.

Las categorías del delito, a su vez, contienen una extensa red de conceptos y teorías –unas consensuadas, otras discutidas– determinantes de los límites del poder punitivo. Esto es, de las condiciones que el intérprete de la norma penal debe comprobar para imputar el juicio de responsabilidad. Por esto, los intérpretes de las normas revisan las opiniones de los juristas teóricos, dado que estos leen los datos normativos y, posteriormente, revelan los sentidos que consideran correctos y vinculantes. Entonces, entre más autorizada sea la voz del jurista, tanto más será seguida su opinión en la doctrina y en la práctica hasta convertirse en fuente de derecho (Ferrari, 2012, p. 202).

La definición del delito como conducta típica, antijurídica y culpable, es propia de la doctrina alemana de comienzos del Siglo XX, principalmente de Franz Von Liszt (1851-1919) y Ernst Beling (1866-1932). No obstante, el desarrollo conceptual de estas categorías normativas ha sido materia prima de grandes discusiones que han dado origen a varias escuelas o enfoques doctrinales. Los causalistas, por ejemplo, definieron el delito por primera vez como conducta típica, antijurídica y culpable, pero escindieron el concepto en componentes subjetivos y objetivos; entendieron la tipicidad como categoría objetiva y descriptiva, la antijuridicidad como juicio valorativo formal indicativo de la falta de permiso para obrar, y la culpabilidad, como nexo psicológico o relación subjetiva entre el hecho y el autor, a título de dolo o culpa.

Independientemente de las bases filosóficas de las teorías del delito, cada momento científico del derecho penal alemán tuvo su correspondencia con un marco político e ideológico bien definido. Así, para Liszt, el fundamento de la política criminal era la criminología etiológica, cuyo límite estaba en el derecho penal entendido como Carta Magna del delincuente; pero en términos políticos reales, pensaba que el derecho penal debía trazarle límites

a la policía, por medio de la corporación judicial, pensamiento “adecuado al segundo momento del imperio alemán (el de Guillermo II), cuando el Estado intervenía en la economía para frenar a los socialdemócratas mediante un programa prekeynesiano de estado social” (Zaffaroni, 2016, p. 61). Por su parte, para Karl Binding, la norma era una orden vinculante de la superioridad del Estado, que exigía del individuo una obediencia incondicional, lo cual era coherente con la omnipotencia estatal de la época.

Binding era un normativista apegado al positivismo jurídico, para quien las normas no eran las leyes, sino las prohibiciones antepuestas a los tipos o que cabía deducir de estos. Así, el infractor no viola la ley en sentido estricto, sino que cumple el tipo (matar a otro) y con eso infringe la norma (no matarás). Es decir, hace lo que a ley describe y por eso viola la norma. Su monumental obra *Die Normen und ihre Übertretung* (Las normas y su infracción) la elaboró sobre esta base, sin cuestionar la legitimidad de las normas, que no ponía en duda, pues la presuponía por el mero hecho de emerger de la autoridad del Estado (Zaffaroni, 2016, p. 59).

De hecho,

Binding correspondía a los tiempos de Bismarck, en que era menester reforzar la autoridad del nuevo Estado unificado bajo el imperio de los Hohenzollern. Cuando ascendió Guillermo II al trono, después del brevísimo reinado de su padre, despachó a Bismarck y comenzó una política de intervencionismo económico y muy incipiente Estado social, con el objeto de contener el avance de los socialdemócratas; no es difícil encontrar una coincidencia de este marco político con las ideas de von Liszt (Zaffaroni, 2017, p. 285).

La Constitución de 1919 llevó a Alemania el constitucionalismo ilustrado, y trató de convertir el Estado alemán en un Estado de Derecho, apartado de los viejos esquemas imperiales y autoritarios; no obstante, en esa época no existía una tradición democrática, de culto a los derechos individuales y al principio de legalidad. El culto era hacia el Estado mismo como medio de manifestación política de una nación con sus propios derechos, intereses y razón de ser, no subordinada a los derechos de los individuos. Por ende, la doctrina jurídica alemana de la época de Weimar era profundamente antiliberal, antirrepublicana, autoritaria y estatista. De igual forma, los jueces

estaban enfrentados con la República y su sistema de producción legal, y fallaban con un cariz político, partidista y autoritario (García, 2017).

La ciencia alemana del derecho penal alcanzó, a mediados de los años treinta del Siglo XX, su punto álgido con la escuela neokantiana o neoclásica del delito. Autores como Radbruch, M. E. Mayer, o Mezger, aplicando una metodología propia de las ciencias del espíritu, en la línea de la escuela sudoccidental alemana del neokantismo (Windelband, Stammler, Rickert y Lask). El neokantismo, en un intento de superación del concepto positivista de ciencia, trató de fundamentar el carácter científico de la actividad jurídica, distinguiendo entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu. Tanto unas como otras, decían los neokantianos, son auténticas ciencias porque tienen un objeto determinado y un método para investigarlo que les es propio, pero precisamente por eso difieren entre sí. Las ciencias de la naturaleza estudian su objeto desde el punto de vista causal explicativo, y las ciencias del espíritu estudian el suyo empleando un método comprensivo referido al valor. La ciencia del derecho se incluye entre estas últimas, porque, en sus esfuerzos por conocer el derecho positivo, objeto de su investigación, tiene que acudir a una valoración (Muñoz Conde, 2003, pp. 31-32). Para el neokantismo, los valores permiten, ni más ni menos, la ordenación de la realidad.

En este marco se elaboró una teoría del delito en la que cada una de sus categorías se referían a valores específicos derivados de los fines del derecho penal, que el jurista debía comprender (Muñoz, 2003, p. 31). García Amado identifica el nexo esencial entre esta corriente filosófica y el derecho penal, en el cual los hechos son conocidos por este último en la medida en que se encuadran en conceptos, que pasan a ser “categorías necesarias” o “condiciones a priori de la especificidad de lo penal”, así:

Los hechos son en sí poco menos que incognoscibles o intratables para el penalista y, si acaso, podrán ser estudiados por la ciencia natural en tanto que hechos puros o hechos brutos. Pero esa ciencia normativa que es la dogmática penal o ciencia jurídico-penal solo puede captar lo que de normativo hay en los hechos a base de encajarlos en categorías *a priori* del conocimiento penal, como acción, tipo, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad. Cada cosa es lo que es, pero no ahí afuera, en el mundo empírico, sino dentro de la cabeza del penalista que solo puede ver derecho penal, y

no hechos brutos sin relevancia normativa, en cuanto que ve tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad [...] (2017).

Para Zaffaroni, el neokantismo jurídico permitió que la dogmática jurídica fuera un servicio prestado al Führer, consistente en la provisión de un aparato de comprensión del derecho que reordenara los nuevos valores de la era nazi; no obstante, Alemania estaba lejos de vivir una armonía entre sus penalistas académicos, pues aparecieron los juristas de la escuela de Kiel, que negaban los beneficios de la construcción estratificada de la teoría del delito, concebida en sus inicios bajo el imperio del derecho penal liberal (2018, pp. 170-171). Sin incluir a Gustav Radbruch, Max Ernst Mayer, Helmuth von Weber y Alexander Graf Zu Dohna, los neokantianos sofisticaron la teoría tripartita del delito insuflándole neutralidad y cientificidad a su discurso, arengando, al mismo tiempo, que la dogmática penal servía para cualquier sistema político; no obstante, competían con los juristas de Kiel “para demostrar que sus construcciones se avenían mejor a la interpretación de las leyes penales nazistas” (Zaffaroni, 2016, p. 65).

Desde luego, revelador en ese sentido fue el aporte del penalista Edmund Mezger (1883-1962), quien en su obra dogmática quiso fundamentar científicamente las estrategias de poder, explícitamente amparadas en las autoritarias leyes nazis, sobre las personas indeseables para la delirante *Weltanschauung* del régimen. Profesor de la Universidad de Múnich, su libro, *Strafrecht: Ein Lehrbuch* (1931), fue una de las obras más acabadas de la dogmática jurídico-penal de aquella época, que acogió las tesis fundamentales del neokantismo. Sin embargo, colaboró, mediante su vasta producción académica durante ese tiempo con la reforma penal puesta en marcha por el régimen nacionalsocialista de la época, dándole una supuesta cobertura científica a leyes represivas de carácter racista, y a todo un sistema basado en la superioridad de la raza aria y de su “pureza” de sangre. Muñoz Conde, en un extraordinario trabajo historiográfico, concluye, en relación con Mezger, lo siguiente:

Así, por ejemplo, por la vía de la interpretación teleológica admitió sin problemas la analogía como fuente de creación del Derecho penal "conforme al sano sentimiento del pueblo alemán", cuya interpretación correspondía, en última instancia, al Führer. Del mismo modo, fundamentó el concepto de antijuridicidad material, entendiendo que el delito era ante todo un acto dañino al pueblo y a la raza alemana, pero también una traición al pacto que existía entre el Führer y la "comunidad del pueblo". Desarrolló su teoría de la "ceguera jurídica" para fundamentar la aplicación de la pena del delito doloso en caso de desconocimiento de la antijuridicidad del hecho, por la forma culpable en que el sujeto había conducido su vida, en delitos como el "ultraje a la raza". Con la nebulosa denominación de "delincuente por tendencia" justificaba la reclusión por tiempo indeterminado o el internamiento en campos de concentración de los "incorregibles"; y con la de "inútiles" fundamentó también el castigo de los asociales, prostitutas, alcohólicos, mendigos, "extraños a la comunidad". Y, finalmente, una muy peculiar concepción de la teoría de los fines de la pena le llevó a decir que entre ellos estaba también "la eliminación de los elementos dañinos al pueblo y a la raza" (Muñoz, 2003, p. 389).

Mezger consideraba que la pena debía imponerse no precisamente por el hecho cometido, sino según la total conducción de la vida (*Lebensführung*) del autor, es decir, sobre toda la existencia del autor, por lo que se trataba de atribuir una culpabilidad por la conducción de la vida (*Lebensführungsschuld*), bajo el supuesto de que una "mala vida" era contraria a las normas éticas de la comunidad del pueblo (Zaffaroni, 2017, p. 178; Ambos, 2019, pp. 113-114). Así mismo, creó la ceguera del derecho como un equivalente a la consciencia de la antijuridicidad del hecho,

[...] por lo que quien no fuese consciente de que era ilícito tener relaciones sexuales con un judío o judía o con una persona del mismo sexo, igualmente debía ser penado por tipicidad dolosa, porque esa conducta correspondía a la subjetividad de un enemigo del pueblo o de un ciego frente al derecho (Zaffaroni, 2017, p. 298).

La postura de Zaffaroni sobre el rol activo del neokantismo en la consolidación del derecho penal nazi, es calificada por Kai Ambos como demasiado general. Para el profesor alemán, en Alemania han existido distintas variantes de esta corriente filosófica, cuyas ramificaciones son amplias y diversas desde finales del Siglo XIX, aunque tenían en común encontrar una respuesta alternativa al concepto "cientificista-materialista" del mundo

del Siglo XIX. Hacia fines de Siglo, se habían formado dos corrientes de este movimiento: la de Marburgo (Cohen, Natorp y Stammler) y la de Baden y Alemania del Sur (Windelband, Rickert, Lask), por lo que una investigación histórica sería debería indagar por separado si, en efecto, sus teorías brindaron algún apoyo al nacionalsocialismo. Así mismo, para Ambos, Mezger no fue uno de los principales representantes del neokantismo jurídico, mientras que Schwinge, jurista de formación neokantiana por la escuela de Baden, rechazó el dualismo metodológico y terminó acercándose más a los juristas de Kiel, cargando de nacionalsocialismo su concepto de bien jurídico (Ambos, 2020, pp. 130-132, 136).

Por lo demás, los contenidos fundamentales del neokantismo jurídico no resultan fáciles de determinar porque no se trató de un simple retorno a Kant sino, más bien, de un “ulterior desarrollo neo-idealista de su teoría del conocimiento, de fuerte matiz hegeliano” (Ambos, 2020, p. 132). Desde el punto de vista metodológico, el neokantismo puede ser visto como una teoría del conocimiento en la que se destaca el rol del sujeto en la dinámica del conocer y su capacidad de creación “apriorística” de conceptos, así como su afinidad con el dualismo metodológico (es decir, la diferenciación entre ser –*Sein*–, y valor –forma, deber ser, *Sollen*) y la orientación del pensamiento penal hacia valores y fines (Ambos, 2020, pp. 133-136). Ciertamente,

[...] la creación teleológica de los conceptos, como se sabe, no solo fue defendida por los neokantianos de orientación nacionalsocialista, sino también, ya antes, por las víctimas judías (Grünhut, Honig) de la persecución nacionalsocialista. Esto no sorprende de ninguna manera, pues la creación teleológica de conceptos no es otra cosa que la consecuencia de la preformación y transformación neokantiana, de orientación valorativa, de los conceptos jurídico-penales. Hasta hoy sigue existiendo en el sistema jurídico-penal racional-final y es un método de interpretación reconocido (Ambos, 2020, pp. 137-138).

De hecho, Roxin ha sido el principal artífice de un sistema racional-final de derecho penal fundado básicamente en decisiones valorativas. La formación de las categorías de la teoría del delito no puede vincularse a realidades ontológicas previas –como la acción final o la causalidad–, sino a

las finalidades del derecho penal. Entonces, la sistematización se orienta, en el sistema racional-final o teleológico, a las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena (*die kriminalpolitischen Grundlagen der modernen Strafzwecklehre*) (Roxin, 2006, p. 206).

En todo caso, puede descartarse una vinculación directa entre el neokantismo jurídico y el régimen nacionalsocialista (a pesar del giro nacionalsocialista de reconocidos neokantianos, como Stammler y Rickert, Ambos, 2020, p. 141), al ser postulados irreconciliables; esto lo evidencia la distancia asumida por Gustav Radbruch –reconocido autor liberal y relativista axiológico– frente al colectivismo y al absolutismo valorativos; un enfoque colectivista implica la solución de conflictos entre el individuo y el colectivo, en el nivel más alto de la unidad colectiva, en perjuicio del individuo. El absolutismo valorativo, a su vez, hace referencia tanto a la absolutización autoritaria de determinados valores o de determinada ideología (Ambos, 2020, pp. 145-146) como el hecho de que, en estricta lógica, la forma de la concepción valorativa no prejuzga sobre el contenido de los valores propagados. De igual manera, las suposiciones metodológicas básicas del neokantismo, como el dualismo metodológico, eran contrarias a la ideología nazi la cual concebía la división entre derecho y moral como un mero prejuicio liberal, y abogaba por la fusión entre el ser y el deber ser, para que éste último se orientase según la realidad, es decir, “el ordenamiento concreto del pueblo y de la vida” (Ambos, 2020, pp. 140-144).

La escuela de Kiel, por otro lado, tuvo unos orígenes directamente vinculados con el proceso de renovación de la doctrina jurídica impulsada por el régimen nazi, que a partir de 1933 se ocupó de depurar de las cátedras universitarias a los profesores judíos o no adeptos a su ideología. Así, a Friedrich Schaffstein (1905-2001) y Georg Dahm (1904-1963), los animaba en sus sistemas el “pensamiento comunitario”, según el cual “el bien que el derecho penal protege es la comunidad como tal, los intereses propios y específicos de ese organismo vivo e individual que es el *Volk*, que es la nación” (García, 2017). Entonces, si el Estado es la forma política que la comunidad adopta para autogobernarse y autoprotgerse, el derecho penal

debe defender al Estado de los ciudadanos, con lo que se allana fácilmente el camino para la sustitución de la idea de lesión de bienes jurídicos, por la de un derecho penal de disposición interna o de deberes, en el que el delito consiste, sin más, en la lesión de un deber propio de la comunidad (Zaffaroni, 2017, pp. 215–216).

El sujeto que no se comportaba conforme a los deberes que se imaginaban como éticos desde el punto de vista de su sistema social también imaginado (comunidad popular) era considerado como un degenerado porque carecía de honor (no merecía ser depositario de la confianza del sistema imaginario) y porque también se suponía que había perdido el instinto gregario biológicamente condicionado por la raza (Zaffaroni, 2017, p. 294).

Este planteamiento implicaba la confusión entre ética y derecho, y la relajación de la lesividad social como fundamento del injusto porque lo importante era la revelación de una disposición interna del sujeto contra el partido único. Los de Kiel aprovecharon los defectos que tenía la construcción estratificada del delito propia del neokantismo penal. Por ejemplo, Dahm en su libro *Verbrechen und Tatbestand* (1935), cuestionó la concepción naturalista de la acción de Lizst (la idea de la inervación muscular) y el normativismo de los neokantianos –esto es, la distinción entre *ser* y *deber ser* y la visión del ser de la vida social como un caos (este cuestionamiento tenía pleno sentido para Dahm, como quiera que la lógica contraria, es decir, predicar el deber ser a partir del ser, era congruente con su concepción del origen del valor en el sentido interno de las cosas, de su ser y operar en la comunidad, entendidas desde el pueblo y la raza, Zaffaroni, 2017, p. 240)–, así como la ubicación del dolo en la culpabilidad, en la medida en que, para el autor alemán, al *Tatbestand* pertenecen, junto a las características externas, la dirección de la voluntad del autor, que determina la esencia del delito. Lo que marcó el estilo propio de la escuela de Kiel fue la irrupción de irracionales pseudoconceptos políticos en sus obras, porque al introducir el concepto romántico de comunidad del pueblo, acabaron con la distinción estratificada convencional, estatuyendo un concepto único de tipo de injusto –o de autor–, en el que lo relevante era

la contrariedad a deber según las normas éticas del pueblo alemán (Zaffaroni, 2017, pp. 235-271).

Esta dinámica discursiva de los juristas entre 1933 y 1945, puede ejemplificar muy bien la proyección de la dogmática penal como un discurso estratégico, histórico y perspectívico; impulsado por el deseo de dominio, alentado por el racismo, legitimador del poder imperante, ordenador de la realidad jurídica en función de valores, constructor de identidades mediante categorías conceptuales, y, sobre todo, al margen de una naturalmente noble y candidesca búsqueda del conocimiento. Producto, al fin y al cabo, de discusiones fanáticas, instintos de sometimiento y luchas egocéntricas, y no de la evolución progresiva de una continuidad ideal y teleológica (como el “espíritu” de la teoría del delito), porque indagar en la historia de la disciplina es descubrir las discontinuidades, azares y acontecimientos que posibilitan, en última instancia, la aparición de los saberes penales que determinan el límite, ya no entre lo normal y lo patológico, sino entre lo permitido y lo prohibido. La discusión dogmática en esta época fue, al final, un juego de racionalizaciones del pensamiento jurídico, cuyo fin fue la incorporación de los contenidos políticos del irracionalismo romántico del nazismo, y la instrumentalización del derecho penal para someter a los resistentes a su modelo imaginado de sociedad sistémica (Zaffaroni, 2017, p. 299).

Los finalistas, en cabeza del jurista alemán Hans Welzel (1904-1977), hicieron énfasis en la estructura finalista de la acción humana para alterar el contenido del esquema causalista del delito, lo que supuso trasladar el concepto de dolo, de la culpabilidad a la acción. Siendo toda acción humana actividad final, guiada por un fin impuesto en el plano del pensamiento, el dolo es la especie de acción final recogida en el tipo penal, prevista como punible en la ley, por razones de conveniencia social (matar, robar, falsificar, destruir, etc.); “el dolo es la concreción de un fin en el tipo, por ende, la acción dolosa es una especie del género ontológico fundamental, la acción final” (Muñoz, 2008, p. 93).

Luego, el consecuente paso lógico, consistía en distinguir entre tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva. La innovación finalista en la categoría de la antijuridicidad, se hizo con la formulación del concepto de desvalor de acción como fundamento del injusto penal; para su configuración, no se requiere necesariamente, según Welzel, el desvalor de resultado, sino el desvalor (o juicio negativo de valor) de la acción encaminada a la producción del resultado de lesión o de peligro (Muñoz, 2008, p. 94). Con todo, es preciso enmarcar al finalismo en un contexto político bien definido: la reconstrucción de Alemania occidental de la mano de Konrad Adenauer como un Estado constitucional de derecho, y la urgente necesidad de superar la omnipotencia legislativa con el resurgimiento del iusnaturalismo. En Welzel, la contención del legislador en materia penal estuvo dada por la tesis ontologicista de las estructuras lógico-reales (*sachlogischen Strukturen*), la cual

[...] invertía el planteo neokantiano con una teoría del conocimiento realista de cierta inspiración aristotélica: según esta tesis, el mundo no es caótico, sino ordenado, y el derecho es solo un orden más, que si pretende eficacia, cuando menciona un ente debe ante todo respetar su estructura óntica, lo que parece bastante elemental, porque de no hacerlo, es obvio que se estaría refiriendo a algo diferente de lo mencionado (Zaffaroni, 2016, p. 67).

Después de Welzel, es pertinente mencionar el aporte de Claus Roxin, autor de los tiempos posteriores a la reconstrucción, es decir, de la socialdemocracia alemana; en esta coyuntura, se pensaba que el estado de bienestar, al mejorar la calidad de vida, podía eliminar las causas sociales del delito, lo que conducía a la detección de causas estrictamente individuales para los delitos residuales. Ante este panorama, se creía aconsejable proyectar un sistema penal vicariante que contemplara las medidas de seguridad (Zaffaroni, 2016, p. 69). En la versión neokantiana liberal que presenta Roxin, la construcción dogmática debe fundamentarse con arreglo a los objetivos político-criminales vinculados a los valores superiores consagrados en la Constitución, lo que significa que la evolución del sistema debe desarrollar las garantías, “las cuales deben tener la propiedad de proyectarse en los distintos conceptos dogmáticos con el fin de que estos respondan a un

ideal de equilibrio entre la necesidad de prevención y los límites a los que esta debe estar sometida” (Castro, 2017, p. 137).

El normativismo, como modelo de pensamiento penal postfinalista, desvincula la teoría del delito de fundamentaciones de tipo ontológico, y considera que el delito y sus categorías son construcciones sociales, en donde las reglas y los conceptos no están predeterminados al derecho penal y a la ciencia del derecho penal, sino que son creados autónomamente por sí mismos, teniendo en cuenta la estructura de la sociedad, la función del derecho penal y los fines de la pena estatal. Según esta concepción dogmática, el delito no debe construirse con base en meros datos naturalistas como la acción, la causalidad o el dolo, sino con fundamento en criterios normativos propios del ordenamiento jurídico y de la sociedad, como el riesgo permitido o el quebrantamiento del rol social (Muñoz, 2008, p. 95).

Para Roxin, un concepto ontológico de acción no puede ser vinculante para un sistema del derecho penal fundado en decisiones valorativas. La formación de las categorías de la teoría del delito no puede vincularse a realidades ontológicas previas –como la acción final o la causalidad–, sino a las finalidades del derecho penal; entonces, la sistematización se orienta, en el sistema racional-final o teleológico, a las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Por ejemplo, para la imputación al tipo objetivo, los sistemas clásico, neoclásico y finalista afirmaban la mera causalidad, mientras que el punto de vista teleológico condiciona la imputación del resultado al tipo objetivo, a la realización de un peligro no permitido dentro de la finalidad de protección de la norma, con lo que se sustituye la categoría científico-natural o lógica de la causalidad, por un conjunto de reglas orientado, en esencia, a valoraciones jurídicas (2006, p. 206).

Con base en esta declaración de principios, las categorías del delito tradicionales aparecen reformuladas mediante valoraciones de política criminal. Así, la acción deja de concebirse desde el punto de vista causal o final, en tanto que un hombre habrá actuado si determinados efectos

procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, es decir, como centro espiritual de acción. En cuanto al tipo, resalta Roxin que el fin de la conminación penal es la prevención general, porque se pretende motivar al individuo para que se abstenga de realizar la acción descrita en el mismo, o para que lleve a cabo la acción ordenada –en los delitos de omisión–. En este sentido, el tipo penal debe interpretarse “teleológicamente”, es decir, conforme al fin de la ley, y debe ser preciso en su tenor literal, tal como lo exige el principio *nullum crimen sine lege*. Ahora bien, la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en esta categoría pretende excluir la aplicación del tipo objetivo a supuestos de lesiones de bienes jurídicos generados por casualidad o como consecuencia de un *versari in re illicita*, por lo que se garantiza también el principio de culpabilidad (2006, p. 223).

Ahora bien, corresponde a Günther Jakobs el mérito de haber desarrollado un sistema de derecho penal normativo coherente, opuesto al de su maestro Hans Welzel, que era de carácter ontológico. Jakobs desarrolla una teoría dogmática de la imputación exclusivamente normativa –cuyos fundamentos teóricos residen en la teoría sistémica de Luhmann y más aún, en la filosofía del derecho de Hegel–. De hecho, con fundamento en el deber originario de Hegel, ser persona y respetar a los demás como personas, Jakobs construye, como fundamento de su teoría de la imputación objetiva, la competencia por organización, según la cual cada uno es responsable de administrar, dentro de los límites del riesgo permitido, su propio ámbito de organización en el tráfico. Las esferas de organización en una sociedad liberal deben permanecer separadas (Jakobs, 1996, p. 34).

En la perspectiva jakobsiana, la dogmática debe procurar el mantenimiento del sistema social, mientras que la pena debe confirmar, contra-fácticamente, la vigencia de la norma jurídica quebrantada por el delito, fortaleciendo así la fidelidad y la confianza de los ciudadanos en el derecho, es decir, lo que hoy se llama prevención general positiva (Muñoz, 2003, p. 122). Resalta Zaffaroni que el marco en el que surgió esta versión del funcionalismo en el derecho penal, “centrada en la cuestión de la imputación objetiva (defraudación de la expectativa de rol), es posterior al socialdemócrata y parece más bien

corresponder al momento reunificador de Helmut Kohl, en particular ante el temor social generado por los inmigrantes del este europeo” (2016, p. 70).

La determinación del contenido de cada una de las categorías del delito puede analizarse, desde el punto de vista histórico, como una competencia de interpretaciones compatibles con ciertos regímenes de verdad, con sus propios criterios de error. Por consiguiente, es posible trasladar, al campo del discurso científico sobre el derecho penal, la tesis de la voluntad de verdad como sistema de exclusión, históricamente condicionado por prácticas tales como las comunidades académicas imperantes y las publicaciones de la época, las cuales delimitaron unos horizontes teóricos con sus propios objetos e instrumentos conceptuales. Piénsese, por ejemplo, en las disputas vividas en el Siglo XX en Europa, entre los doctrinantes causalistas, neokantianos, finalistas y funcionalistas, quienes conceptualizaron las categorías del delito en función de los horizontes teóricos subyacentes de los que partían; los causalistas, a partir de la noción positivista de causalidad, mientras los finalistas, a partir de la teoría de la acción finalista. Ambos modelos compartían un horizonte teórico (tal horizonte, es lo que Foucault denomina *episteme*, y el procedimiento para analizarla, es la *arqueología*, un estudio que se esfuerza por reencontrar aquello a partir de lo cual han sido posibles conocimientos y teorías; según cual espacio de orden se ha constituido el saber; sobre el fondo de que *a priori histórico*, y en qué elemento de positividad han podido aparecer las ideas, constituirse las ciencias, reflexionarse las experiencias en las filosofías, formarse las racionalidades para anularse y desvanecerse quizá pronto: Foucault, 1968, p. 7), y, por consiguiente, un régimen de verdad que juzgaba la validez y los límites de los discursos penales: el ontologicismo, según el cual la dogmática penal debe girar en torno a un contenido ontológico determinado, la acción, esto es, un comportamiento libre y voluntario modificador del mundo exterior. Sin embargo, para los funcionalistas, la *episteme* de la teoría del delito debe ser el normativismo, cuya regla fundamental es evitar la construcción de los conceptos dogmáticos a partir de estructuras ontológicas, y partir de criterios normativos derivados del ordenamiento jurídico y de la sociedad para tal fin. La “policía discursiva”

del derecho penal se ha enmarcado en estos horizontes teóricos, a partir de los cuales se ha juzgado la validez de los saberes penales.

El método genealógico de Foucault, derivado del pensamiento de Nietzsche, podría aplicarse para analizar las condiciones externas de posibilidad del discurso dogmático penal mediante una lógica distinta a la teleología tradicional y sus conceptos aliados (*v.gr.*, unidad, creación, originalidad, esencia de la cosa), que capture, en los documentos existentes, lo discontinuo, la diferencia, la regularidad y singularidad de los acontecimientos, los azares y relaciones de poder forjadoras de la ciencia jurídico-penal; en definitiva, los deseos de dominación, las violencias y las luchas intrínsecas a ese saber. O, en otras palabras, los mecanismos de poder implícitos en los conocimientos sobre el derecho penal inventados a lo largo del siglo XX.

Esta, en mi opinión, es una agenda de investigación pendiente y apenas enunciada en sus contornos generales. La implementación de la genealogía para el análisis de las relaciones de poder en el saber penal requiere un trabajo historiográfico arduo, imposible de abordar en este ensayo, que justifique la viabilidad del pensamiento de Foucault en el discurso sobre el derecho penal. No obstante, como se ha sugerido, la historia de la teoría del delito muestra un prometedor campo de aplicación de la genealogía. Por lo visto, la evolución de la teoría del delito demuestra que, la manera de arbitrar la responsabilidad penal en algunos ordenamientos jurídicos del sistema de derecho continental europeo (*v.gr.*, España, Italia, Alemania, entre otros), que siguen el método de la dogmática jurídico-penal ha definido, sin lugar a dudas, una forma particular de saber con pretensiones de verdad científica, para justificar racionalmente el ejercicio del poder punitivo del Estado. Foucault no se ocupó de esta forma de poder-saber previa a la identificación del sujeto responsable, dado que las ciencias del hombre nacientes del poder disciplinario en el siglo XIX, desplegaban su desarrollo en el comienzo de la aplicación de la pena, es decir, en un momento posterior a la determinación de la responsabilidad penal. El sujeto responsable era objeto de análisis y observación, con el fin de configurar un saber del sujeto normal y anormal, de las causas y efectos del delito en la sociedad, de la manera en que la

sociedad debía defenderse de los delincuentes y del tratamiento ideal para resocializar, en la medida de lo posible, al autor del delito.

### **La dogmática penal desde una perspectiva crítica.**

El pensamiento de Foucault puede, de alguna manera, sustentar una visión crítica y menos optimista de la dogmática penal. Y es que las opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal operan de forma selectiva, ante un caso difícil (en el que la solución al caso concreto no se deriva evidentemente de la ley) y para fundamentar, de forma científica, una solución que ya se ha adoptado *a priori*. Es decir, “las construcciones de la doctrina tienen un carácter de legitimación posterior al fallo” (Salas, 2017, p. 31). El ejercicio del poder penal del Estado normalmente permite la adecuación de la decisión que desee el operador jurídico, a los argumentos dogmáticos que le brinden una justificación científica, de forma *ex post*; es decir, no es la solución dogmática la causa de la decisión, sino la justificación posterior de una solución previamente definida por otra clase de intereses, como el deseo de castigar penalmente a los degenerados en el régimen penal nazi.

Por otro lado, para Salas, entender la dogmática como una forma de vida gremial ayuda a ver la disciplina no como una actividad ascética, neutral e inmaculada, porque en su formación y reproducción yace una lucha de intereses, de lobbies profesionales, de escuelas, de lacayos y de maestros, que contribuyen a la perpetuación de los cánones de transmisión del saber dogmático y que refuerzan esta forma de vida, como el estudio de los manuales, la remisión a las autoridades dominantes y las investigaciones serviles a los paradigmas imperantes, que impiden la creatividad y la innovación. Así las cosas, la dogmática jurídica no existe como disciplina neutral, puesto que permanece sujeta a las ideologías imperantes en ese momento histórico en que el surge como discurso científico (Salas, 2017, pp. 37-38). Ciertamente, el mito de la neutralidad científica vino de la posguerra durante la importación de la dogmática alemana por parte del penalismo latinoamericano, el cual,

“despojando de contenido político al material importado, olvidó muchas veces que nunca puede haber *asepsia ideológica* cuando se proyectan decisiones de poder, porque lo impide la propia naturaleza de las cosas” (Zaffaroni, 2017, p. 172).

Entonces, se puede coincidir con Zaffaroni en la idea de una ciencia jurídico-penal que se produce y muta naturalmente al compás de las decisiones de poder estatal, de tal suerte que los saberes, en este campo de las ciencias sociales, no avanzan por mera curiosidad, sino

[...] conforme a condicionamientos de poder que no siempre se hacen conscientes, ni mucho menos. El saber jurídico no es en modo alguno ajeno a esto, sino que, por el contrario, dado su objetivo práctico –convertirse en jurisprudencia, en decisiones de un poder del Estado– está altamente condicionado por el contexto cultural y sociopolítico. Quizá la ciencia jurídico-penal sea uno de los ámbitos del conocimiento más condicionado por las ideologías, las concepciones del mundo, las circunstancias concretas de la sociedad y la realidad vivenciada (2017, p. 279).

## **El binomio “saber-poder” en algunas discusiones contemporáneas: la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder y la responsabilidad penal de las personas jurídicas**

¿Cómo podría la teoría del delito expandir –a veces incluso en detrimento de otras garantías irrenunciables del derecho penal–, el alcance del poder punitivo del Estado? ¿Cómo se puede advertir, con meridiana claridad, esa alianza entre el poder penal y el saber de los juristas científicos? Mediante la propuesta de teorías que, en el marco del derecho positivo vigente, permiten la máxima eficiencia en la persecución oficial de fenómenos criminales novedosos o difíciles de juzgar, de conformidad con el estado de la legislación y de la jurisprudencia vigentes en un país. Esta ha sido una problemática recurrente. Podríamos mencionar, *grosso modo*, la teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Roxin, y la reciente literatura especializada sobre criterios de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Según la teoría del penalista alemán Claus Roxin, acogida por la jurisprudencia alemana, es responsable penalmente de los delitos cometidos por los ejecutores inmediatos, aquel sujeto que ostenta un poder de mando y domina un aparato organizado de forma jerárquica, apartado del ordenamiento jurídico, que le permite sugerir delitos o emitir órdenes a sus subalternos, quienes son fácilmente reemplazables dentro de la organización criminal, para que estos los ejecuten, con pleno conocimiento y voluntad. Por ejemplo, cuando Himmler o Eichmann en la Alemania nazi daban una orden de matar, podían estar seguros de su ejecución, porque la eventual negativa de uno de los incitados a la ejecución no podía producir como efecto que el delito no tuviera lugar, por lo que el autor mediato es

todo aquel que se sienta al lado de la palanca de mando de un aparato de poder –da igual en qué nivel de jerarquía–, y puede conseguir, mediante una orden o instrucción, que se cometan delitos con independencia de la individualidad o individualización del ejecutor" (Roxin, 2014, pp. 111-112).

Esta tesis ha sido adecuada para juzgar penalmente a criminales de guerra nazis, dictadores militares latinoamericanos y funcionarios estatales; sin embargo, su aplicación conlleva el efecto de flexibilizar, en gran medida, la labor probatoria de la fiscalía, que, como titular de la carga de la prueba en el proceso penal y de la acción penal, debe demostrar la responsabilidad penal del superior jerárquico de la organización criminal y, en particular, la emisión de las órdenes a sus subordinados. Esta construcción académica amplía al alcance del poder penal, en la medida en que no exige la acreditación de un hecho punible cometido directamente por el superior jerárquico, es decir, una responsabilidad individual, sino la existencia de un “poder de mando” al interior de una organización al margen del ordenamiento. Para Roxin, esta modalidad de autoría mediata se justifica porque los crímenes de guerra, perpetrados por el Estado o por organizaciones, no pueden aprehenderse adecuadamente con los baremos del delito individual (2016, p. 238).

En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los discursos o saberes penales que intentan su justificación teórica, recurren a su necesidad político-criminal, dado que es en las empresas en donde se

realizan, en su mayoría, los delitos económicos y financieros. No obstante, se han encontrado con el monumental escollo que implica la tradicional teoría jurídica del delito edificada sobre la persona física, de la cual son perfectamente atribuibles la capacidad de acción, entendida como un movimiento exterior evitable, y la culpabilidad, como juicio de reproche que se hace al autor por no comportarse de acuerdo a la norma, pese a poder hacerlo. Para un sector de la doctrina penal, no es conveniente construir una teoría del delito especial para las personas jurídicas que pretenda superar las dificultades de atribuir a un ente moral una acción y una culpabilidad entendidas para posibilitar la sanción penal a las personas naturales. Si se asume que los tipos penales funcionan como directivas de conducta que se dirigen a las acciones humanas autoconscientes y libres, con capacidad de comprender y asimilar las prohibiciones del ordenamiento jurídico, no es posible predicar, sin más, una responsabilidad penal de la persona jurídica. Así, si las normas de determinación buscan influir en la conducta de los ciudadanos mediante argumentos de racionalidad instrumental y de racionalidad valorativa, esta función presupone personas dotadas de autoconciencia y libertad; por lo demás, la culpabilidad es un juicio de reproche que presupone estas dos cualidades inherentes a la persona humana (Silva, 2013, pp. 307-310).

En Colombia, no se ha implementado un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas a diferencia de otras legislaciones como la española, que introdujo un novedoso sistema de imputación a partir de la Ley Orgánica 5/2010. Instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción o la Convención de Lucha contra la Delincuencia Transnacional Organizada (Convención de Palermo), sugieren a los Estados parte establecer un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas. El establecimiento de un régimen penal, por ejemplo, considerado como una necesidad de política criminal, ha sido objeto de infinidad de debates académicos, principalmente causados por la evidente necesidad de replantear para las personas jurídicas las categorías dogmáticas de la acción, del dolo o de la culpabilidad al interior de la ciencia jurídico-penal, que fueron construidas desde hace más de cien años con base en la

persona humana y sus rasgos antropológicos y sociales. Luego, la posibilidad de una responsabilidad penal de la persona jurídica se ha justificado con planteamientos dogmáticos que reformulan las categorías tradicionales, de tal manera que es abundante, hoy en día, la publicación de propuestas teóricas que pretenden fundamentar el injusto típico y culpable para las personas jurídicas. Para no ir más lejos, pueden mencionarse la teoría del defecto de organización de Klaus Tiedemann, el modelo de la responsabilidad vicarial aplicado en los países de *common law*, el modelo del defecto de organización permanente de Adán Nieto Martín, o el modelo de la culpabilidad empresarial de Carlos Gómez Jara-Díez (Ferré, Núñez & Ramírez, 2011, pp. 727 y ss.). Todos estos son, sin lugar a duda, saberes contruidos para ampliar el alcance del poder penal del Estado a las personas jurídicas.

## Conclusiones

Para Foucault el saber tiene una procedencia distinta del mero deseo natural de conocer. Se considera un componente de la esencia de los mecanismos de poder existentes en la sociedad, por lo que es preciso ahondar en la genealogía para desentrañar esa colaboración mutua; en últimas, esos acontecimientos que determinaron la formación de discursos y estrategias de poder. Cobra sentido, entonces, afirmar que la humanidad es un “invento reciente”, porque muchas de las ciencias humanas se formaron en el siglo XIX como resultado de estrategias de poder en el ámbito de la penalidad. La dogmática penal constituye un ejemplo muy poco explorado de disciplina que encarna esa relación estudiada por Foucault: un saber inserto en una estructura institucionalizada de poder propia del *ius puniendi* del Estado; un discurso doctrinal y jurisprudencial, eventualmente positivizado –en sus contornos básicos– en un código; un discurso maleable en función de las necesidades de expansión del poder punitivo del Estado, si no se le plantean unos límites infranqueables.

En mi opinión, la secuela de un examen genealógico del binomio “saber-poder” en la Ciencia del derecho penal –que examine detenidamente las meticulosidades, azares o singularidades de los comienzos, en donde se aprecien las luchas e instintos de poder, fuera de cualquier discurso teleológico–, es una reflexión sobre la forma en que el razonamiento dogmático del jurista se ajusta a esos límites, los cuales deben estar dados por el contenido de los derechos humanos establecidos en las Constituciones y en el derecho internacional.

Para Carrara, uno de los artífices del derecho penal demoliberal, la ciencia del derecho criminal debe constituir un “control del poder” (2004, pp. 3-4); es decir, un control de la prohibición, de la represión y del juicio, en el que la delimitación de lo impune y lo punible obedezca a un sistema de derecho penal basado, entre otros principios, en la máxima tutela de la libertad, en la dignidad humana, la legalidad estricta, la lesividad, la culpabilidad, la igualdad, la materialidad y la proporcionalidad de la pena.

Como criterios negativos o limitadores en la definición del delito, realizables solo relativa y tendencialmente, y con el valor de condiciones necesarias de legitimidad, menciona Ferrajoli la lesividad, la materialidad y la responsabilidad personal (2009, p. 463). Así, la ley penal solo debe prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por las acciones reprobables que causan efectos lesivos para terceros; así mismo, el comportamiento punible debe atribuirse a la conducta de una persona física, bajo el supuesto de que ella sea imputable, es decir, capaz de entender y querer (Ferrajoli, 2016, pp. 89-91). Carrara, maestro de la escuela clásica italiana, fue el pionero de estos límites en la construcción del concepto de delito (2004, p. 5).

La implicación del poder con los saberes jurídicos, es de la naturaleza misma del derecho penal, como se ha demostrado. Es importante precisar que es inevitable –e incluso conforme a la naturaleza de las cosas–, ese encaje estratégico del saber con el poder punitivo, porque en el derecho penal cada construcción dogmático-jurídica responde a un contexto de

poder sociopolítico, lo que en principio nada tiene de despreciable; solo que, simplemente, no puede ser de otro modo, y pretender que lo sea es un absurdo o un engaño (Zaffaroni, 2017, p. 280). Sin embargo, es posible deliberar, en una sociedad libre, democrática y respetuosa de todas las garantías inherentes al Estado de Derecho social y demoliberal, el contenido y alcance de una dogmática del delito que, en suma, inevitable como mecanismo de poder, se comprometa con un *minimum minimorum*, los derechos humanos. Esto es compromiso de la academia, la judicatura y la jurisprudencia.

Hay que desmontar, por lo tanto, el mito de la neutralidad de la dogmática penal, pues ésta tiene unos referentes valorativos a partir de los cuales construye sus propias premisas. Así, el deber ser del concepto y del método del derecho penal debe estar dado por los valores y los principios de la Constitución en un Estado Social y Democrático de Derecho. Aquí se hallan el modelo de Estado, los fines y los valores que conforman el campo axiológico que sirve de fundamento a las categorías generales del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) y a los demás conceptos de abstracción media (*v.gr.*, imputación objetiva, dolo, error, etc.). Por toda esta secuencia es que puede concluirse que la dogmática jurídico-penal, al expresar las características generales que debe reunir un hecho para ser merecedor de pena, también manifiesta una decisión política (Silva, 2016, pp. 178, 220, 269-270).

¿Debería la dogmática brindar seguridad, racionalidad y previsibilidad en la aplicación de la ley a los casos concretos? La respuesta es afirmativa. El problema es que el discurso puede legitimar, de manera caótica, sin orden ni límites, una cantidad de posturas disímiles entre sí que conflictúan permanentemente con un excesivo grado de abstracción y de complejidad conceptual, generando inseguridad jurídica e imprevisibilidad en la solución de los casos penales, y legitimando, eventualmente, un alcance mayor (o menor) del poder punitivo. En relación con la cantidad de posturas teóricas que permiten, de forma casi delirante, obtener la tesis que a cada jurista mejor le convenga, considera Schünemann que

[...] la evolución dogmática de los últimos años ha tenido un peculiar desenvolvimiento y representa, por así decirlo, una prueba para mi tesis del "excesivo refinamiento" de la dogmática penal en la sociedad postmoderna. En efecto, así como en la sociedad postmoderna no existen conceptos morales fijos, sino que se sostienen todas las posiciones imaginables y, por eso, "todo es posible", también conceptos dogmáticos quedan continuamente en movimiento. Así, una opinión dominante que se haya originado a corto plazo genera inmediatamente una réplica. Finalmente, mediante el elevado grado de diferenciación, la dogmática penal se convierte (vista desde fuera), en una especie de tienda de mercaderías de toda clase, en la que la justicia encuentra en sus interminables estanterías todas las soluciones imaginables, de las que puede hacer uso, en cierto modo, a discreción (2004, p. 14).

De hecho, no abundan estudios que respalden la tesis –muy replicada con emoción entre los juristas dogmáticos– de la racionalidad y predecibilidad de la dogmática, en tanto que la abstracción de las discusiones impide predecir el modo en que los jueces deciden y justifican sus decisiones; por ejemplo, “no parece haber una enorme diferencia entre la cantidad y calidad de las decisiones judiciales por el hecho de adherir al causalismo o al finalismo” (Manrique, Navarro & Peralta, 2011, p. 97).

En ese sentido, este ensayo sugiere un campo de investigación partiendo de algunos ejemplos claves como las disputas entre las escuelas penales, los regímenes de verdad constituidos alrededor de horizontes teóricos bien definidos (*v.gr.*, ontologicismo versus normativismo), los acontecimientos que condicionaron la aparición de estrategias de expansión del poder penal (como el derecho nazi y la doctrina científica de los juristas alemanes de la época) y las necesidades de punición de nuevos fenómenos criminales no alcanzables con la teoría del delito tradicional, como los crímenes en aparatos organizados de poder y la criminalidad de las personas jurídicas. Nuevos saberes penales legitimarán, en un futuro próximo, novedosas formas de imputación de responsabilidad penal en el ámbito de la cibercriminalidad o en escenarios de justicia transicional.

Es importante, en este orden de ideas, identificar las racionalizaciones que emergen de la dogmática penal y contrastarlas con los lineamientos de un derecho penal comprometido con los derechos humanos y las garantías

fundamentales. No obstante, hay que decir también que la expansión del poder penal no se deriva exclusivamente de estas racionalizaciones, porque el legislador, probablemente aupado por la presión mediática de los medios de comunicación y los intereses políticos, irrumpe en la realidad jurídica con leyes penales arbitrarias, esto es, vagas, innecesarias, ausentes de sustento político-criminal y –como si el derecho penal fuera la única solución a los problemas de seguridad que vive la sociedad– con penas excesivas y desproporcionadas.

## Referencias

- Ambos, K. (2020). *Derecho penal nacionalsocialista. Continuidad y radicalización*. José Béguelin y Leandro Dias (Trads.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Agudelo, N. (2002). *Grandes corrientes del derecho penal. Escuela positivista*. Bogotá: Temis.
- Astor, D. (2018). *Nietzsche. La zozobra del presente* (Jordi Bayod, trad.). Barcelona: Acantilado.
- Beccaria, C. (2011). *De los delitos y de las penas* (Perfecto Andrés, trad.). Madrid: Trotta.
- Carrara, F. (2004). *Programa de Derecho Criminal, Parte General, volumen I*. Bogotá: Temis.
- Castro-Gómez, S. (2015). *Historia de la gubernamentalidad I. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Castro, C. G. (2017). *Manual de teoría del delito*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Ferré, J. C., Núñez, M. y Ramírez, P. (2011). *Derecho penal colombiano. Parte general*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2018). *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrari, V. (2012). *Derecho y sociedad. Elementos de sociología del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fiandaca, G. & Musco, E. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Temis.
- Foucault, M. (1968). *Las palabras y las cosas*. México: Siglo del Hombre Editores.
- Foucault, M. (1979). *Microfísica del poder* (J. Varela & F. Alvarez-Uría, Trads.) Madrid: La piqueta.
- Foucault, M. (2000). *Nietzsche, la genealogía, la historia* (J. Vázquez, Trad.). Valencia: Pre-textos.

- Foucault, M. (2003). *La arqueología del saber* (A. Garzón, Trad.). México: Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (2008). *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión* (A. Garzón, Trad.). México: Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (2007). *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber* (U. Guiñazú, Trad.). México: Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (2010). *La verdad y las formas jurídicas* (E. Lynch, Trad.). Barcelona: Gedisa.
- Foucault, M. (2012). *Lecciones sobre la voluntad de saber: curso en el Collège de France (1970-1971), seguido de "El saber de Edipo"* (H. Pons, Trad.). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2012a). *El poder psiquiátrico Curso en el College de France (1973-1974)*. (H. Pons, Trad.). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2016). *L'ordre du discours*. Paris: Gallimard.
- Garavito, E. (1991). Tiempo y espacio en el discurso de Michel Foucault. En M. Foucault, *El sujeto y el poder* (M. C. Gómez & J. C. Ochoa, Trans.). Bogotá: Carpe Diem Ediciones.
- García, J. (2017). *Neokantismo y derecho penal*. <https://almacenederecho.org/neokantismo-y-derecho-penal/>.
- Han, B. (2016). *Sobre el poder* (A. Ciria, trad.). Barcelona: Herder.
- Jakobs, G. (1996). *La imputación penal en la acción y en la omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Manrique, L., Navarro, P., Peralta, J. (2011). *La relevancia de la dogmática penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Morey, M. (2014). *Lectura de Foucault*. Madrid: Sexto piso.
- Muñoz, M. (2018). "Del espíritu" (1758), de Claude-Adrien Helvétius: su impronta en el pensamiento penal de Cesare Beccaria. *Universitas* 137 (1-22). <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/22341>.
- Muñoz, M. (2008). Reflexiones en torno a las relaciones entre lo fáctico y lo normativo en la teoría del delito. *Universitas Estudiantes* 5 (85-106).
- Muñoz, F. (2003). *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal del nacionalsocialismo*. 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nietzsche, F. (2011). *La Gaya ciencia*. (J. C. Mardomingo, Trad.). Madrid: Edaf.
- Nietzsche, F. (2012). *Sobre la verdad y mentira en sentido extramoral y otros fragmentos de filosofía del conocimiento*. Madrid: Tecnos.
- Porret, M. (2013). *Beccaria. Il Diritto di Punire*. Bologna: Il Mulino.

- Revel, J. (2014). *Foucault, un pensamiento de lo discontinuo* (I. Agoff, Trad.). Buenos Aires: Amorrortu.
- Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4ª Auflage. Munchen: Verlag C. H. Beck.
- Roxin, C. (2014). *Derecho Penal Parte General, Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- Roxin, C. (2016). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Salas, M. (2017). *Anti-dogmática. El derecho penal en el banquillo de los acusados*. Santiago: Olejnik.
- Silva, J. (2013). *Derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Silva, J. M. (2010). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Schünemann, B. (2004). El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría, en *Derecho penal y criminología* 75 (13-25).
- Zaffaroni, E. R. (2016). *Derecho penal humano y poder en el Siglo XXI*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Zaffaroni, E. R. (2017). *Doctrina penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*. Buenos Aires: Ediar.