



## **Del derecho de muerte a la condena del engaño.**

### **El análisis histórico de las formas jurídicas en Benjamin y Foucault**

Antonio Castilla Cerezo<sup>1</sup>

#### **Resumen:**

En 1921, Walter Benjamin escribió un breve texto titulado “Zur Kritik der Gewalt”. Pues bien, para el lector familiarizado con la obra de Michel Foucault resulta particularmente claro que este artículo aborda cierto número de cuestiones que atraviesan la obra del autor francés a partir de 1970. Entre estos temas cabe mencionar, al menos, los siguientes cuatro: en primer lugar, la pena de muerte como culminación del poder de soberanía; segundo, la policía como institución fundamental del poder basado en el modelo de la vigilancia; tercero, la admiración que en el pueblo despierta el “gran” criminal (en la terminología de Benjamin) o el “individuo peligroso” (en la de Foucault); y finalmente, el lugar que la condena del engaño ocupa (y, por consiguiente, la importancia que el “decir verdadero” tiene) en las formas jurídicas contemporáneas. En esta ponencia intentaré exponer brevemente las posturas de Benjamin y de Foucault a propósito de estos cuatro órdenes de problemas con el objeto de esbozar una comparación entre el tratamiento que en estos dos autores reciben algunos interrogantes que el ámbito del derecho plantea a la reflexión filosófica contemporánea.

---

<sup>1</sup> Universidad de Barcelona (UB) Correo electrónico: [acastillac@ub.edu](mailto:acastillac@ub.edu)



## **Del derecho de muerte a la condena del engaño.**

### **El análisis histórico de las formas jurídicas en Benjamin y Foucault**

Quisiera comenzar citando unas líneas de Johann Jakob Bachofen que Benjamin reprodujo en el artículo que sobre este autor escribió entre finales de 1934 y principios de 1935. Son las siguientes:

“Nadie es más calumniado que el que establece los vínculos que hay entre el derecho y otras formas de vida, rompiendo así el aislamiento en que se acostumbra [sic] situar a cada materia y cada pueblo. Se pretende ahondar en las investigaciones limitándolas. Pero este método conduce a una concepción superficial y carente de espíritu, y además engendra la obsesión por una actividad meramente exterior, cuya máxima expresión es la fotografía de manuscritos.”<sup>2</sup>

Pienso que este fragmento describe brevemente, pero de manera muy ajustada, una situación en la que aún hoy se encuentran Benjamin y Foucault, ya que ambos pensadores se interesaron en algún momento de su trayectoria por las cuestiones jurídicas, pero no para hacer “filosofía del derecho”, sino para aventurarse en el dominio siempre incierto de las relaciones entre la filosofía y el derecho, lo que les ha valido el rechazo, cuando no directamente el olvido o el desconocimiento, de buena parte de los especialistas en aquella disciplina académica. A lo largo de las páginas que siguen, me gustaría reivindicar la legitimidad de una exploración como la que creo que puede caracterizarse en sus rasgos mayores a partir de los textos de Benjamin y de Foucault que explícitamente se ocupan de cuestiones jurídico-legales. Para ello me propongo describir, en un primer momento, el punto de vista de Benjamin en torno a cierto número de problemas específicos de ese ámbito para, a continuación, contrastarlo con el de Foucault y, finalmente, proponer una explicación del origen de los parecidos y las diferencias que halla localizado entre sus posiciones respectivas.

#### 1. Derecho y crítica de la violencia.

---

<sup>2</sup> Benjamin, Walter, “Johann Jakob Bachofen”. En: Benjamin, Walter, Obras. Libro II/vol. 1 (1989), trad. Jorge Navarro Pérez, Abada, Madrid, 2007, p. 229.



Recordando a

## Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL  
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI  
Buenos Aires - Argentina

El texto más importante de Benjamin en relación a la primera de las tres tareas que acabo de mencionar es el artículo titulado “Zur Kritik der Gewalt”, que data de 1921. Se trata de un ensayo al que, cuando se lo conecta con la filosofía francesa de la segunda mitad del siglo XX, se suele vincular el nombre de Jacques Derrida, lo que no es extraño, dado que este autor dedicó a su estudio una conferencia titulada *Force de loi. Le <<Fondament mystique de l'autorité>>*. Lo que ya resulta bastante menos habitual es que se lo relacione con el pensamiento de Michel Foucault, seguramente porque no disponemos de la menor constancia de que el autor de *Las palabras y las cosas* conociera el texto de Benjamin. Pese a esto, y como intentaré mostrar, existen notables puntos de contacto entre ese artículo y algunos de los planteamientos desplegados por Foucault a lo largo de su “etapa genealógica”, es decir, aproximadamente entre los años 1970 y 1976.

“Zur Kritik...” carece de subdivisiones, pero puede ser leído como si estuviera formado por cuatro bloques de cinco párrafos cada uno, a los que se añade un párrafo final de cuya especificidad hablaré más adelante. El primero de estos cuatro bloques es introductorio, y en él se trata fundamentalmente de determinar cuál es el sentido de la crítica de la violencia. Se parte para ello de la siguiente consideración: si aceptamos la distinción entre medios y fines, parece obvio que la violencia debe pertenecer al ámbito de los medios, pues un discurso que defendiera la posibilidad de concebir la violencia como un fin en sí nos resultaría inmediatamente aberrante. Esta afirmación podría hacernos pensar que el criterio para elaborar la crítica de la violencia depende de si ésta es un medio para fines justos o injustos; ahora bien, según Benjamin, esto no es en absoluto así, ya que si la violencia pertenece al ámbito de los medios, hacer su crítica implicará estudiarla en tanto que medio, esto es, sin tener en cuenta en absoluto los fines a los que sirve. Es en este contexto en el que es preciso ubicar la distinción entre derecho natural y derecho positivo: para el primero, no hay inconveniente alguno en usar medios violentos para obtener fines que son justos, ya que entiende que la “justificación” de los medios tiene lugar por recurso a la justicia de los fines; para el segundo, en cambio, determinar ante todo qué medios son legítimos es lo único que permite “garantizar” en un segundo instante la justicia de los fines. Es coherente que, en virtud de la premisa de la que ha partido, Benjamin rechace de inmediato la perspectiva del derecho natural, ya que éste subordina los medios a los fines; lo que quizá ya no es tan obvio es por qué tampoco le satisface el punto de vista del derecho positivo, pese a



Recordando a

## Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL  
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI  
Buenos Aires - Argentina

la inversión del orden de prioridades que supone en relación al iusnaturalismo. El motivo de esta insatisfacción es que el derecho positivo comparte con su opuesto, el derecho natural, la idea de que “pueden alcanzarse fines justos mediante medios legítimos, y unos medios legítimos se pueden aplicar a fines justos”.<sup>3</sup> Dicho de otro modo, estas dos concepciones del derecho comparten un dogma fundamental en virtud del cual se afirma que fines y medios se estudian los unos por relación a los otros, y no separadamente. Pues bien, como para Benjamin el discurso crítico es aquel que estudia un determinado ámbito sin extraerlo fuera de sus propios límites, este autor considerará que la crítica de la violencia ha de situarse fuera del derecho positivo (aunque parta de él) y, más todavía, fuera del derecho natural.

Hasta aquí no se ha avanzado un solo paso en la crítica de la violencia, sino que tan sólo se ha intentado establecer en qué habría de consistir esa crítica. Será en el segundo bloque de cinco párrafos donde se comenzará a abordar la tarea crítica propiamente dicha, lo que significa que se intentará discernir entre los distintos tipos de violencia sin remitirse para ello a ninguna cuestión relativa a los fines. Benjamin parte aquí de la que considera la máxima más general de la actual legislación europea (aunque podríamos extenderla a todas las legislaciones modernas) en relación a la violencia, que no es otra que la que sostiene que “los fines naturales de las personas individuales entran en colisión con los fines jurídicos si son perseguidos con violencia más o menos grande”.<sup>4</sup> En otras palabras, el actual orden jurídico-legal muestra una marcada inclinación a negar a los individuos el derecho a “tomarse la justicia por su mano”, de tal manera que el Estado tiende a monopolizar el uso de la violencia. Esto explica un fenómeno que en principio desafía a nuestro sentido común, y es el hecho de que, en las sociedades modernas, el “gran criminal” haya sido con frecuencia objeto de admiración por parte del pueblo, y ello porque, pese a la atrocidad de sus actos, representa una negativa a aceptar ese dominio exclusivo sobre la violencia que aspiran a atribuirse los Estados modernos. A esta fisura en el monopolio de la violencia, no permitida por el ordenamiento jurídico, hay que añadir otras dos que sí son toleradas por éste. La primera de ellas es el derecho a la huelga, que constituye una situación jurídica contradictoria, pues su ejercicio suele conllevar situaciones violentas que el Estado

<sup>3</sup> Benjamin, Walter, “Hacia la crítica de la violencia”. En: Benjamin, Walter, Obras. Libro II/vol. 1 (1989), trad. Jorge Navarro Pérez, Abada, Madrid, 2007, p. 184.

<sup>4</sup> Benjamin, Walter, “Hacia la crítica de la violencia”. En: Benjamin, Walter, Obras. Libro II/vol. 1 (1989), trad. Jorge Navarro Pérez, Abada, Madrid, 2007, p. 186.



Recordando a

## Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL  
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI  
Buenos Aires - Argentina

consiente hasta cierto punto, pero a las que se enfrenta en casos graves. La segunda es la violencia bélica, que se caracteriza por poseer un carácter instaurador de derecho, lo que significa que quien alcanza la victoria en la guerra impone al bando derrotado en ella un nuevo marco jurídico y legal. A esta última forma de violencia, instauradora de derecho, Benjamin opone una violencia mantenedora del derecho, que opera mediante la amenaza del castigo, cuyo límite último no es otro que la pena de muerte. Dicha pena no es, sin embargo, un mero castigo o una mera ley, sino que es el origen mismo del derecho, como lo revela el que en sus inicios no se aplicara solamente a los casos más graves, sino también a los delitos contra la propiedad, por relación a los cuales resulta desproporcionada. Así, la pena de muerte pone en contacto la violencia instauradora del derecho con la violencia mantenedora del derecho, que se conectan de un modo mucho más antinatural en otra institución, la policía. El rasgo más ignominioso de esta última consiste, según Benjamin, en que anula la separación imprescindible entre la violencia instauradora y la violencia mantenedora. Esto tiene lugar porque, aunque la función de la policía no es promulgar las leyes, a partir del momento en que el Estado ya no puede garantizar la consecución de sus fines por medio del derecho, la institución policial pasa a generar su propio “derecho” en nombre de la “seguridad”, acompañando al ciudadano como una molestia permanente, esto es, vigilándolo. Por todo ello, y en contraposición a lo que sucede con la ordenación jurídica, el análisis de la policía no da con nada que pueda considerarse su esencia, ya que la vigilancia, y con ella la violencia policial, se da siempre de una manera “informe, (...) estando extendida ubicuamente, pero inasible”.<sup>5</sup>

En el tercer bloque de cinco párrafos, Benjamin se pregunta si la resolución de las tareas humanas sería realizable en caso de renunciar por completo a la violencia. Aunque termine respondiendo que tal cosa no es posible, nuestro autor no niega en ningún momento que puedan resolverse conflictos sin recurrir a la violencia, sobre todo por medio del uso del lenguaje. Con todo, es preciso señalar que si en su origen el ordenamiento jurídico, convencido (tanto en el derecho romano como en el germánico) de su capacidad para derrotar a la violencia contraria a la ley, no castigaba el engaño, que constituye una transgresión meramente lingüística y no violenta, en cambio el derecho posterior, que perdió la confianza en su propia fuerza, comenzó “a ir contra el engaño no por razones morales aducibles, sino por miedo a los actos de violencia que el

---

<sup>5</sup> Benjamin, Walter, “Hacia la crítica de la violencia”. En: Benjamin, Walter, Obras. Libro II/vol. 1 (1989), trad. Jorge Navarro Pérez, Abada, Madrid, 2007, p. 193.



Recordando a

**Walter Benjamin**

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL  
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI  
Buenos Aires - Argentina

engaño podría provocar”<sup>6</sup> en la persona que se descubre engañada. Se trata del mismo motivo por el que el Estado concede el derecho a la huelga, para evitar determinados actos violentos (en particular, el sabotaje). Con ello se da nuevamente una paradoja, ya que al prohibir el engaño, el derecho limita el uso de un medio no violento, al tiempo que se presenta como la herramienta por antonomasia en la lucha contra toda violencia no gestionada por las instituciones estatales.

El cuarto bloque de párrafos se inicia con la siguiente observación: hay manifestaciones de la violencia que no son medios, sino meros estallidos; así sucede, por ejemplo, con la ira, pero sobre todo con las muestras de violencia que encontramos en el mito. La violencia mítica tiene la peculiaridad de ser una manifestación, no de la voluntad de los dioses, lo que la vincularía con un fin, sino de los dioses mismos, es decir, de su mera existencia. Esta violencia es de nuevo instauradora de derecho, pero lo es por referencia a un “poder”, que no es otro que el del dios que así se manifiesta. Este poder no es como el del Estado, que tiene por objetivo la consecución de una paz en la que los individuos tengan derechos “iguales”, sino que concibe solamente, en el mejor de los casos, una igualdad en relación a la fuerza. Contrapuesta a esta violencia mítica, cabe hablar de una violencia divina que no instaura derecho, sino que lo aniquila, que no pone límites, sino que destruye ilimitadamente, que no inculpa y expía, sino que redime, que no amenaza, sino que golpea. Su carácter destructivo es, no obstante, relativo, pues sólo lo es en relación con los bienes, el derecho o la vida, pero no en relación al alma de lo vivo. Con ello se opone a la tendencia, de origen reciente, que piensa que la vida misma es sagrada por encima de la dicha y de la justicia, que son cualidades del alma.

El artículo finaliza, como anticipé, con un párrafo que debe ser considerado aparte, porque en él se enuncia la “ley de la oscilación de la violencia”, según la cual “con el tiempo, toda violencia mantenedora del derecho indirectamente debilita a la violencia instauradora del derecho (...) hasta que otras nuevas violencias, o las antes oprimidas, vienen a derrotar a la violencia que instauraba hasta entonces el derecho; y así fundamentan uno nuevo [sic] cada nueva decadencia”.<sup>7</sup> Lo que con ello está

<sup>6</sup> Benjamin, Walter, “Hacia la crítica de la violencia”. En: Benjamin, Walter, Obras. Libro II/vol. 1 (1989), trad. Jorge Navarro Pérez, Abada, Madrid, 2007, p. 195.

<sup>7</sup> Benjamin, Walter, “Hacia la crítica de la violencia”. En: Benjamin, Walter, Obras. Libro II/vol. 1 (1989), trad. Jorge Navarro Pérez, Abada, Madrid, 2007, p. 205.



Recordando a

**Walter Benjamin**

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL  
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI  
Buenos Aires - Argentina

rechazando Benjamin es la idea de progreso, actitud que en textos posteriores, como es sabido, se reforzará en la obra de este autor con nuevos argumentos.

## 2. De la admiración por el “gran criminal” a la condena del engaño.

En virtud de lo expuesto hasta aquí, me parece que podemos identificar en el ensayo de Benjamin al menos cuatro temas sobre los que Foucault se pronunció en algún momento de su obra. En primer lugar, encontramos la admiración de la que el “gran criminal” ha sido objeto en ocasiones por parte del pueblo; segundo, la consideración de la pena de muerte no como un castigo entre otros, sino como el origen mismo del derecho; tercero, la constatación de que la policía no opera por medio del castigo, sino de la vigilancia, la cual tiene lugar de forma ubícua e inasible; cuarto y último, la condena del engaño por parte del ordenamiento jurídico, que tiene lugar cuando éste deja de estar convencido de su capacidad para derrotar a la violencia que se le opone. Mi intención en este apartado es referirme brevemente a algunos de los textos en los que el pensador francés ha estudiado estos temas, con vistas a establecer una comparativa entre su análisis de los mismos y el que podemos encontrar en el artículo de Benjamin al que hasta aquí me he referido.

Foucault se ocupa del primero de estos asuntos en *Vigilar y castigar*, concretamente en los últimos párrafos de su primera parte.<sup>8</sup> Afirma ahí que el suplicio, que intentaba intimidar al pueblo llano que asistía a las ejecuciones, obraba a menudo un efecto contrario, consistente en que el criminal sobre el que se aplicaba la pena era convertido por el público en héroe de un combate contra los ricos o poderosos. La fascinación por el infractor es descrita, pues, en esa obra únicamente por su relación con el máximo castigo, y en modo alguno remite al problema de la violencia, sino a una lucha por el poder. Que esta cuestión interesaba particularmente a Foucault lo muestra, sin embargo, el que la retomara en un artículo titulado “La vida de los hombres infames”,<sup>9</sup> centrándose esta vez en su relación con el surgimiento de un subgénero literario durante los siglos XVII y XVIII.

El segundo de estos temas es objeto de un análisis detallado, que por motivos obvios no puedo resumir aquí, por parte de Foucault en *La voluntad de saber*, primera

<sup>8</sup> Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, (1975), trad. Aurelio Garzón del Camino, Madrid, Siglo XXI, 2005, pp. 70-74.

<sup>9</sup> Foucault, Michel, “La vida de los hombres infames”. En: Foucault, Michel, *Estrategias de poder. Obras esenciales, Volumen II*, trad. Julia Varela y Fernando Álvarez Uría, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 389-407.



Recordando a

**Walter Benjamin**

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL  
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI  
Buenos Aires - Argentina

parte de su *Historia de la sexualidad*, concretamente en el capítulo quinto de la misma, titulado “Derecho de muerte y poder sobre la vida”. En estas páginas se establece una distinción entre, de un lado, el extenso período en el que el derecho de vida y muerte fue ejercido por el soberano de un modo absoluto y, de otro, la época clásica, durante la cual sólo se condenaba a muerte a un individuo cuando éste había amenazado la supervivencia del propio soberano. Esto implica que para Foucault, como para Benjamin, cabe afirmar que la pena de muerte fue la ley por antonomasia en los orígenes del derecho occidental, pero que posteriormente el centro del dispositivo jurídico “tendió a desplazarse o al menos a apoyarse en las exigencias de un poder que administra la vida, y a conformarse a lo que reclaman dichas exigencias”.<sup>10</sup>

El tercer motivo, relacionado con el funcionamiento y la naturaleza de la institución policial, es examinado por Foucault en la cuarta conferencia de *La verdad y las formas jurídicas*, donde nos explica que a finales del siglo XVIII se produjo en Europa una escisión entre la teoría penal y la práctica real o social. Este acontecimiento, no obstante, se produjo de modos distintos en Inglaterra y en Francia, que eran las dos grandes potencias de la época, y ello porque, mientras que en Inglaterra el aparato estatal había sido debilitado por la revolución burguesa del s. XVII, Francia siguió siendo un país de monarquía absoluta hasta 1789. El ejercicio del poder en la monarquía francesa se apoyaba, de un lado, en el instrumento judicial clásico (parlamentos, cortes, etc.) y, de otro, en un instrumento parajudicial, la policía, que entre sus aspectos judiciales tenía las famosas *lettres-de-cachet*, las cuales no eran leyes o decretos, sino órdenes del rey referidas a una persona a título individual, por las que se le obligaba a hacer alguna cosa. No es este el lugar para exponer lo que dijo Foucault a propósito de las *lettres-de-cachet*, cuyo análisis constituirá un momento decisivo en *Vigilar y castigar*, pero sí de señalar que con ellas aparece “la idea de una penalidad que no tiene por función el responder a una infracción sino corregir el comportamiento de los individuos (...) el peligro que significa su conducta virtual (...) por medio de la reclusión y la internación”, forma de penalidad que “no pertenece en realidad al universo del Derecho”, sino que es “una idea policial”.<sup>11</sup> De este modo, la policía no es asociada prioritariamente por Foucault al castigo de las infracciones cometidas, o sea, al

<sup>10</sup> Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad.1- La voluntad de saber*, (1976), trad. Ulises Guiñazú, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002, p. 165.

<sup>11</sup> Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, (1978), trad. Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 111.



Recordando a

**Walter Benjamin**

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL  
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI  
Buenos Aires - Argentina

derecho, sino más bien a la prevención del delito, la cual comporta una práctica, la vigilancia, que a partir de entonces permea la totalidad del tejido social de manera continua, tal como vimos que sostenía Benjamin.

En cuarto y último lugar, el problema de la condena del engaño por parte del ordenamiento jurídico es tratado por Foucault en una comunicación titulada “La evolución del concepto de <<individuo peligroso>> en la psiquiatría legal del siglo XIX”, que comienza refiriéndose a un juicio, celebrado en 1975, en el que parecen cumplirse todos los requisitos para que la maquinaria judicial condene (hechos probados, un individuo que los reconoce y que, por tanto, acepta la pena que se le va a infligir), pese a lo cual dicha maquinaria se atasca, ya que el acusado permanece en silencio, no contesta a la pregunta que se le hace acerca de sus motivos. Para Foucault, este hecho revela que en el ordenamiento jurídico contemporáneo la penalidad “ya no puede funcionar solamente con una ley, una infracción y un autor responsable de los hechos”, sino que “necesita algo más, un material suplementario”<sup>12</sup>, que no es otra cosa que la verdad acerca de los móviles del delito que el acusado reconoce haber cometido. Ahora bien, para este filósofo la constatación del interés creciente por la verdad en la práctica judicial, que modernamente deja de limitarse a la esfera de los meros actos para extenderse también a la de los motivos, no guarda relación, como ocurría según Benjamin, con el hecho de que el ordenamiento jurídico se sepa en nuestros días incapaz de oponerse a la violencia no monopolizada por el Estado, sino con otro factor, para cuya exposición es necesario emprender la segunda tarea, explicativa, a la que me referí al comienzo de esta comunicación.

¿Cómo explicar esta coincidencia temática entre Benjamin y Foucault, que en modo alguno remite a los lugares comunes de la filosofía de derecho, al tiempo que las diferencias de detalle entre las perspectivas que adoptaron acerca de estos mismos asuntos? Dado que la exposición exhaustiva de los elementos con los que habría que manejarse para responder a esta pregunta rebasaría ampliamente las dimensiones de un texto como este, me centraré en uno solo de esos motivos, al que me parece que es legítimo conceder una importancia decisiva a este respecto. Me estoy refiriendo a la lectura de determinados pasajes de la obra de Nietzsche, autor del que sospecho que se

---

<sup>12</sup> Foucault, Michel, “La evolución del concepto de <<individuo peligroso>> en la psiquiatría legal del siglo XIX”. En: Foucault, Michel, *Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales, Volumen III*, trad. Ángel Gabilondo, Barcelona, Paidós, 1999, p. 38.



Recordando a

**Walter Benjamin**

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL  
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI  
Buenos Aires - Argentina

halla en el fondo de la mayor parte (si es que no de prácticamente todas) las proximidades y lejanías que cabe establecer entre la obra de los dos autores aludidos.

### 3. La obra de Nietzsche como modelo.

La centralidad de la influencia de Nietzsche en el tratamiento de los problemas relacionados con el derecho es particularmente evidente en Foucault, quien casi al comienzo de la primera de las conferencias que conforman *La verdad y las formas jurídicas* dice que la obra del pensador alemán es “el mejor, más eficaz y actual de los modelos que tenemos a mano”<sup>13</sup> para llevar a cabo ese tipo investigaciones. El punto de partida explícito es aquí el comienzo de *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*: “hubo una vez un astro en el que animales inteligentes inventaron el conocimiento”. Que el conocimiento sea una invención significa, según Foucault, las siguientes tres cosas: en primer lugar, que no está inscrito en la naturaleza o el instinto humanos ni puede, por lo tanto, deducirse analíticamente de ellos; segundo, que tampoco está “emparentado por un derecho de origen con un mundo a conocer”,<sup>14</sup> o sea, que no es adecuación al objeto; tercero y último, que, contra lo sostenido por Spinoza, no se conoce para aproximarse al objeto o identificarse con él, sino para reír, detestar o deplorar, es decir, para mantenerlo a distancia, dominarlo, violentarlo. El conocimiento no está vinculado, pues, a ninguna forma de “bondad”, cuyo fundamento último sólo podría ser Dios, de modo que sólo comprenderemos en qué consiste si entendemos “la manera como se odian entre sí los hombres, luchan, procuran dominarse unos a otros, quieren ejercer relaciones de poder unos sobre otros”, esto es, elaborando “una historia política del conocimiento”.<sup>15</sup> Ahora bien, la expresión “una historia política del conocimiento” implica de nuevo tres cosas, a saber: ante todo, que el conocimiento tiene una “historia”, luego se define a posteriori, es decir, en virtud de sus condicionamientos históricos, y no por sus condiciones a priori; segundo, que esa historia es “política”, de modo que siempre se está en uno u otro bando, nunca se es

<sup>13</sup> Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, (1978), trad. Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 19.

<sup>14</sup> Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, (1978), trad. Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 23.

<sup>15</sup> Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, (1978), trad. Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 28.



Recordando a

## Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL  
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI  
Buenos Aires - Argentina

neutral; tercero y último, que dicha historia política es “una”, es decir, una entre otras, y no la única posible. De estos tres vectores se sigue la crítica foucaultiana al “humanismo” del derecho, al “naturalismo” del derecho y a la concepción “dialéctica” del derecho.

En esta misma conferencia se mencionan otros tres pasajes de la obra de Nietzsche, en concreto los aforismos 109 y 333 de *La Gaya ciencia* y el final del primer tratado de *La genealogía de la moral*. Estas referencias tienen, sin embargo, algo de pista falsa, porque el texto más importante de Nietzsche sobre temas jurídicos – como sin duda sabía Foucault, quien por otros motivos ya se había referido al mismo en varios momentos de un extenso artículo titulado “Nietzsche, la genealogía, la historia”<sup>16</sup> – no es el primer tratado de *La genealogía...*, sino el segundo, en el que se extraen las principales implicaciones de los tres rasgos de la historia política del conocimiento que acabo de mencionar, y al que me referiré en lo sucesivo.

En primer lugar, Nietzsche se pregunta por qué el hombre se vuelve estable y cómo es posible, si no hay naturaleza humana, criar a un animal al que le sea lícito hacer promesas, o sea, cómo hallar en el hombre algo más fuerte que la capacidad de olvido. Responde a lo primero diciendo que desarrollar esa “memoria de la voluntad” comporta volverse calculable, regular, previsible, y ello para poder, a su vez, calcular, dominar, prever lo que nos rodea, que es el objetivo último del conocimiento científico, y a lo segundo afirmando que esto tiene lugar grabando a fuego lo que hay que recordar, haciendo que no cese de doler. Si es así, entonces los procedimientos y formas de vida de la ascética (que constituyen el tema general de *La genealogía...*) tendrán por objeto volver “inolvidables” ciertas ideas y valores. Tras este planteamiento se añade, en el tercer aforismo, que “en particular, la dureza de las leyes penales nos revela cuánto esfuerzo le costaba a la humanidad lograr la victoria contra la capacidad de olvido y mantener presentes, a estos instantáneos esclavos de los afectos y de la concupiscencia, unas cuantas exigencias primitivas de la convivencia social”.<sup>17</sup> Es aquí donde cabe localizar el vínculo entre las formas jurídicas y el problema del conocimiento, ya que en

<sup>16</sup> Foucault, Michel, *Nietzsche, la genealogía, la historia*, (1971), trad. José Vázquez Pérez, Valencia, PRE-TEXTOS, 2004, pp. 13, 17, 38, 40 y 49-50.

<sup>17</sup> Nietzsche, Friedrich, *La genealogía de la moral*, (1887), trad. Andrés Sánchez Pascual, Madrid, Alianza, 2004, p. 80.



Recordando a

## Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL  
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI  
Buenos Aires - Argentina

aquellas se trata de inventar al sujeto, esto es, de “sujetar” a los individuos, que sólo a partir de entonces podrán convertirse en sujetos de conocimiento. En suma, si el derecho no puede deducirse de la naturaleza del sujeto, es porque contribuye decisivamente a la invención, a la formación del mismo.

A continuación, y ampliando una tesis que ya había enunciado en el párrafo 32 de *Humano demasiado humano*,<sup>18</sup> según la cual si el derecho no puede ser natural, es porque nuestros juicios son necesariamente injustos, en el cuarto aforismo sostiene que durante el más largo período de la historia de la humanidad “se impusieron penas no porque al malhechor se le hiciese responsable de su acción, es decir, no bajo el presupuesto de que sólo al culpable se le deban imponer penas: - sino, más bien, a la manera como todavía los padres castigan a sus hijos, por cólera de un perjuicio sufrido, la cual se desfoga sobre el causante.”<sup>19</sup> Con todo, prosigue en el aforismo quinto, al comienzo y durante largo tiempo la afrenta y la tortura a dicho causante no era directamente equilibrada con el perjuicio, sino que entonces la crueldad era desproporcionada, vinculada a elementos festivos, de goce, mientras que, añade en el aforismo octavo, posteriormente esa crueldad se racionalizó, perdiendo el elemento del goce. Este proceso, que recuerda mucho al descrito por Foucault en el capítulo de *Vigilar y castigar* que lleva por título “La benignidad de las penas”, se da, según el décimo aforismo del tratado al que vengo refiriéndome, porque cuando la comunidad se hace más poderosa, las infracciones del individuo la hacen peligrar menos, de modo que el agresor pasa, de ser proscrito, expulsado o supliciado, a ser defendido y protegido contra la cólera de los perjudicados.

Finalmente, en la segunda mitad de ese mismo aforismo Nietzsche anticipa que, tras la humanización de la penalidad, llegará con el tiempo una nueva etapa en la que la medida de la riqueza de una comunidad venga dada por la cantidad de perjuicios que puede soportar sin padecer por ello. De este modo la justicia, que comenzó sosteniendo que todo puede ser pagado, “acaba por hacer la vista gorda y dejar escapar al insolvente – acaba, como toda cosa buena en la tierra, suprimiéndose a sí misma”.<sup>20</sup> Así pues, el desarrollo histórico de la pensalidad se divide, según este autor, en las siguientes cuatro

<sup>18</sup> Nietzsche, Friedrich, *Humano, demasiado humano I*, (1878), trad. Alfredo Brotons Muñoz, Madrid, Akal, 1996, p. 61.

<sup>19</sup> Nietzsche, Friedrich, *La genealogía de la moral*, (1887), trad. Andrés Sánchez Pascual, Madrid, Alianza, 2004, p. 82.

<sup>20</sup> Nietzsche, Friedrich, *La genealogía de la moral*, (1887), trad. Andrés Sánchez Pascual, Madrid, Alianza, 2004, p. 94.



Recordando a

**Walter Benjamin**

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL  
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI  
Buenos Aires - Argentina

etapas: en un primer momento, partimos de un “estado natural” caracterizado por la ausencia de derecho o la excepcionalidad del mismo, en el cual, afirma en el decimoprimer aforismo, “a las situaciones de derecho no les es lícito ser nunca más que situaciones de excepción, que constituyen restricciones parciales de la auténtica voluntad”;<sup>21</sup> en una segunda época, la penalidad se articula como suplicio o castigo, como ejercicio de la crueldad vinculada al goce o al espectáculo; más adelante, deja lugar a la vigilancia, lo que implica la suavización de las penas; y, por último, asistimos a la autosupresión del derecho, lo que no conlleva (como pretende la dialéctica) su realización, sino la salida fuera del mismo.

#### 4. A modo de conclusión.

Creo que retener este esquema en cuatro etapas puede permitirnos entender un poco mejor qué tienen en común y en qué difieren los planteamientos de Benjamin y de Foucault a propósito de las cuatro cuestiones que destacué al comienzo del segundo apartado. Ahora las revisaré, sin embargo, en un orden distinto al que utilicé más arriba, porque no se trata en este punto de exponer las cuestiones que planteaba Benjamin en su artículo de 1921, sino de utilizarlas para pensar. Comenzaré por la que me parece que es la más importante de ellas, que es la división entre los dos estadios intermedios del esquema en cuestión, los caracterizados respectivamente por el castigo y la vigilancia. Se trata de una distinción que ambos tienen en común con el esquema de Nietzsche, pero que interpretan de un modo muy distinto. La clave de esta diferencia de lectura radica en que, mientras Benjamin sostiene que hay una ley de oscilación que reenvía una y otra vez desde la forma decadente del derecho hacia una nueva penalidad emergente, Foucault se ciñe estrictamente al canon nietzscheano para asegurar la abolición progresiva del derecho, arrinconado en favor de otros mecanismos de control social que nada tienen que ver con lo jurídico. Estas nuevas estrategias ya no tienen, según el filósofo francés, un carácter exclusivamente estatal, y por ello en las sociedades contemporáneas carece de sentido, tal y como ha señalado Gilles Deleuze,<sup>22</sup> localizar el monopolio del poder en el aparato de Estado. Por lo mismo, el “gran

<sup>21</sup> Nietzsche, Friedrich, *La genealogía de la moral*, (1887), trad. Andrés Sánchez Pascual, Madrid, Alianza, 2004, p. 94.

<sup>22</sup> Para la caracterización que hace este autor de la concepción foucaultiana del poder, véase Deleuze, Gilles, *Foucault*, pp. 50-56.



Recordando a

## Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL  
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI  
Buenos Aires - Argentina

criminal” era especialmente admirado en la etapa durante la cual la penalidad se articulaba alrededor de la noción de castigo, ya que entonces las instituciones estatales aspiraban realmente a monopolizar, no sólo la violencia, sino la práctica totalidad de la producción social y técnica (de ahí precisamente que se hablara de monarquías “absolutas”).

Pienso también que la discrepancia entre Benjamin y Foucault a propósito del papel de la verdad en la penalidad moderna se deja entender mejor a partir de sus diferencias de actitud en relación al modelo nietzscheano expuesto en el apartado anterior. Como se recordará, para Benjamin el derecho moderno, es decir decadente, prohíbe la mentira para intentar evitar la violencia que se desencadenaría si el individuo engañado intentase tomarse la justicia por su mano, y ello porque sólo de esta manera puede ejercer su violencia mantenedora; en cambio, para Foucault al priorizar la verdad acerca de los motivos frente a la verdad relativa a los hechos se pretende crear espacio para una noción completamente ajena al ámbito jurídico, que no es otra que la de la “responsabilidad sin culpa”. Si el ejercicio del poder en nuestro tiempo resulta inquietante no es, según este último autor, porque disponga cada vez de más medios para monopolizar la violencia, sino porque si se puede determinar una responsabilidad civil sin establecer ninguna culpa, como hace desde la segunda mitad del siglo XIX el sistema de seguros, “igualmente se puede hacer a un individuo plenamente responsable sin tener que determinar si era libre o si había culpa, simplemente relacionando el acto cometido con el riesgo de criminalidad que constituye su personalidad propia.”<sup>23</sup> Con ello, advierte Foucault, no simplemente se han introducido los rudimentos de un nuevo derecho, sino que tal vez se ha dado a la sociedad derechos sobre el individuo a partir de lo que es, lo que constituye uno de los rasgos del poder totalitario.

---

<sup>23</sup> Foucault, Michel, “La evolución del concepto de <<individuo peligroso>> en la psiquiatría legal del siglo XIX”. En: Foucault, Michel, *Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales, Volumen III*, trad. Ángel Gabilondo, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 56.