

## La prueba jurídica como subjetividad ética en las reflexiones de Michel Foucault

Claudia Roxana Zorrilla

### 1- Presentación

A partir del análisis de textos de Foucault dedicados al análisis de la práctica jurídica de la prueba, buscamos mostrar el paso de una subjetividad en la que predomina la ética de individuos en los que su ser se identifica con su palabra, a otra en la que se instaura el nacimiento de prácticas morales amparadas en una ley sostenida por un orden universal. Este paso es trabajado por Foucault a partir de textos dedicados a la confesión y al decir veraz (2012, 2018, 2008, 2009, 2011), pero aquí proponemos poner de relieve el encuentro entre la subjetividad que supone la prueba como práctica jurídica (en sus formas de juramento y de ordalía) y la condición ética de los individuos. En este sentido, nos ocupamos de: 1- cómo las prácticas jurídicas de la prueba analizadas por Foucault se corresponden con prácticas éticas; 2- cómo en estas prácticas jurídicas hay una unidad entre saber y poder que desaparece cuando lo verdadero se convierte en un ámbito del saber desligado del ejercicio del poder y la moral en la imposición de un orden universal.

### 2- La prueba jurídica como prueba de sí

Foucault llama “prueba”<sup>1</sup> a la práctica jurídica más antigua de la que se tiene testimonio en el pre-derecho griego y que reaparece en el derecho germánico feudal. En esta forma jurídica es claro el lazo entre combate, verdad y justicia que desaparecerá en otros momentos de nuestra cultura cuando lo verdadero adquiera un nuevo valor. El primer testimonio de una prueba, dice Foucault, aparece en el canto XVIII de la *Ilíada* cuando Antíloco y Menelao compiten en una carrera de carros. Menelao acusa a Antíloco de haber cometido trampa y para resolver el conflicto propone que su rival jure ante Zeus no haberse atravesado en el camino. Ante la negativa a jurar, Menelao resulta vencedor.

En el pasaje indicado queda claro que el modo de determinar lo verdadero y resolver el conflicto es un juego de fuerzas entendido como fortaleza e imposición física. Así podemos afirmarlo tanto porque se trata de una competencia física realizada como carrera de carros, como por la relevancia que se da a la valentía y condición de guerrero de cada uno de sus participantes, y por el modo de resolver la acusación de Menelao: al decidir jurar, Antíloco se somete a la fuerza de Zeus y a su ira. La escena mucho más que una competencia deportiva, señala Foucault (2012, p.25), es una escena judicial en la que el juramento y el ritual pedido por Menelao a Antíloco tiene una clara forma jurídico-religiosa.

Sin embargo, podemos afirmar que, si bien establecer lo verdadero en este mecanismo judicial es un juego de fuerzas, la fuerza supuesta aquí es mucho más que la fortaleza física, pues lo que está en juego es más “lo verdadero” que “la verdad”, es decir “lo que se afronta, aquello a lo que se acepta o no hacer frente. Es la fuerza temible a la cual uno se abandona. Es una fuerza autónoma” (Foucault, 2011, p.72). Y Foucault resalta que esta fuerza autónoma no debe ser entendida como una coacción externa, ya sea moral o jurídica a la que estamos obligados a exponernos. En lugar de determinar la verdad remitiendo a los testigos de la carrera para establecer lo que sucedió efectivamente, es la verdad misma quien es convocada

---

<sup>1</sup> Foucault analiza esta práctica jurídica en las lecciones dictadas en el Collège de France en 1970-1071 llamadas *Lecciones sobre la voluntad de poder*, en las conferencias *La verdad y las formas jurídicas* pronunciadas en la Universidad Católica de Río de Janeiro en 1973, y en el curso que dicta en la Universidad Católica de Lovaina en 1981, *Obrar mal, decir la verdad*.

en toda su temeridad. Es decir que lo verdadero no es ni la adecuación o constatación entre lo dicho y lo sucedido que alguien puede comprobar, ni un orden universal establecido sobre los hombres y que estos deben respetar. Al contrario, la verdad es lucha, lucha que, en *Lecciones sobre la voluntad de saber*, Foucault identifica de cuatro maneras (2011, p.74): la carrera de carros que da lugar a la disputa; el reclamo de Menelao a Antíloco; el desafío lanzado (en este caso un juramento); el enfrentamiento con los dioses que, si bien aquí resuelve el conflicto, deja abierta la lucha a manifestaciones futuras y en modo indefinido. A esta enumeración podemos agregar otro aspecto que aparece en *Obrar mal, decir la verdad* (Foucault, 2012, p.31): el mayor conflicto, lo más grave, no es tanto que Antíloco no haya permitido pasar a Menelao en el momento en que iban a la par y uno de los dos debía ceder por el estrechamiento del camino, sino que interfiriera en la manifestación de la verdad, esto es, que Menelao es más fuerte que él.

En las tragedias griegas Foucault observa esta misma expresión de la verdad como algo inconmensurable que se impone a los hombres. El héroe trágico es el hombre que personifica esta manifestación largamente distante de la racionalidad. Él recibe una verdad que no termina de comprender porque es una palabra pronunciada desde lo alto, “palabra enigmática, de doble sentido, que él comprende y no comprende, que lo tranquiliza, pero, sin embargo, lo inquieta” (Foucault, 2011, p.15). Los dioses trágicos, que no son racionales, ni benévolos, ni predecibles, ni mesurados, lanzan verdades oscuras que ciegan, condenan, extravían, matan. El héroe trágico, por su parte, es también pura manifestación de fuerza que acepta el destino, pero no pasivamente, sino enfrentándolo.

Otra forma de esta manifestación de la fuerza se da en la ordalía que busca determinar la verdad a través del cuerpo del sujeto acusado de una falta. Este tipo de prueba, dice Foucault (2011), se utilizaba en la época homérica “cuando los dos adversarios no eran de igual rango y el juramento de uno de los dos no podía ser aceptado” (p.83). Foucault llama “prueba” tanto al juramento como a la ordalía porque en ambos casos el sujeto se somete a lo indefinido de los acontecimientos futuros. Este tipo de prueba aparece analizado también en *La verdad y las formas jurídicas*, pero no sólo en la Grecia arcaica, sino en su reaparición en el derecho germánico medieval antes de que esta cultura tomara contacto con el Imperio romano. En este caso, el conflicto también se dirimía entre individuos sin intervención de una autoridad que estuviera por encima de ellos, con pruebas que no detenían la lucha, sino que la reglamentaban y lo que se buscaba tampoco era determinar lo sucedido, sino probar “el peso, la importancia de quien hablaba” (Foucault 2011<sup>a</sup>, p.1.442). Existían pruebas sociales en las que testigos juraban pero no para probar la inocencia, sino el peso social de quien defendían; también existían pruebas verbales en las que el acusado debía demostrar su habilidad para repetir fórmulas; y en tercer lugar, las pruebas propiamente dichas en las que se juraba o se era sometido a ordalías en las que se enfrentaba a las fuerzas de la naturaleza con el propio cuerpo.

Ahora bien, ¿qué forma de subjetividad revela la prueba jurídica? ¿Es posible encontrar un estatus ético en sus sujetos? ¿O se trata de una pura y llana manifestación de fuerza física? Creemos que hay algunos elementos, que el mismo Foucault resalta en sus análisis sobre la ética entendida como autodominio (2001, 2009, 2008), para afirmar que la prueba va de la mano de cierta condición ética de los sujetos involucrados.

1- Para comenzar, podemos señalar que el juramento jurídico de la Grecia arcaica es un mecanismo que se realiza entre guerreros, pero no entre aldeanos, para ellos los textos de Homero señalan otro tipo de enfrentamiento externamente reglado (Foucault, 2011, p.81). En este sentido, el juramento puede ser entendido como una práctica que no pertenece a todos, sino que es propia de un grupo que posee subjetividad aristocrática, reglada, trabajada, diferenciada de la vida de aquellos que deben ser externamente regidos. Si no todos los ciudadanos pueden someterse al juramento y a la prueba de verdad es porque su condición social los separa, pero esta determinación de condición social evidentemente no es sólo

económica o de origen ni tampoco puede ser una mera disposición de fuerza corporal. ¿Qué condición determina la resolución del conflicto entre Antíloco y Menelao, y quizás también la pertenencia a la clase social? La capacidad de jurar. Si Menelao propone el juramento para saldar el conflicto pudiendo proponer otro modo, es porque confía en esa aptitud de Antíloco. Foucault (2012) dice: “Un solo individuo que es a la vez el acusado, el portador de la verdad, aquel que tiene que develarla y quien, en efecto, tiene el poder de develarla” (p.33). Un poder que no es fuerza física, sino dejar que se manifieste la verdad para someterse a su peso. En el derecho germánico, tal como Foucault lo describe, vemos también la posibilidad del juramento, pero sólo para aquellos que se animan a hacerlo y para quienes ya han probado el valor de su palabra.

2- Podemos pensar también en la fuerza física como consecuencia de una subjetividad que ha trabajado en el autodomínio, los textos que menciona Foucault revelan que en los guerreros ha habido una vida de trabajo sobre sí. En el derecho germánico no hay indicaciones de que esto sea así, pero la fuerza de la verdad también se manifiesta a través de los cuerpos revelando la verdad del sujeto, su poder, su lugar en la sociedad. La fuerza de Antíloco no remite sólo al cuerpo tanto porque es más joven que el anciano Menelao y podría vencerlo físicamente, como por una razón que Menelao mismo reconoce: Antíloco es prudente, sabio, reflexivo (Foucault, 2012, p.50). La fuerza que está en juego remite a las hazañas realizadas, al reconocimiento, y es por eso que lo no respetado por Antíloco no ha sido las reglas de la carrera, sino ese lugar ganado por cada uno.

3- Los guerreros que se destacan por la habilidad y por la fuerza física, son caracterizados también por el respeto a la ley y a las regularidades del procedimiento, son quienes pueden jurar, decir la verdad y someterse a ella sin necesidad de que se les imponga. Esa ley que se respeta no es, sin embargo, exterior a los individuos, no está establecida en algún código y respaldada por una autoridad diferente a ellos mismos. Éste es quizás, el aspecto más vinculado con lo que llamamos ética: el respeto a un código pero que no es impuesto externamente y que consiste más en prácticas, en el procedimiento que debe respetarse, que en un orden teórico (Foucault, 1984).

De lo anterior podemos afirmar que la prueba jurídica es un asunto ético porque tanto en la carrera misma, en el juramento exigido a Antíloco, como en la ordalía, está en juego el peso social y personal de cada uno. Posición que es producto de hazañas anteriores, de un lugar ganado, de un trabajo de sí sobre sí que permite el desafío del decir veraz, permite jurar la verdad en la que la propia subjetividad es puesta en juego, una identificación entre lo que se dice y lo que se es.

### **3- Desplazamientos en la práctica del juramento como prueba jurídica**

Además de centrarse en el pasaje de la carrera de carros que aparece en el canto XVIII de la *Ilíada*, Foucault analiza en las lecciones dadas en el Collège de France en 1970 (2011) el juramento como forma jurídica también en el grabado del escudo de Aquiles donde se plasman las leyes de Gortina (inscripciones del siglo V a.C. que contienen leyes dispersas) y en textos de Hesíodo (siglo VIII y VII a. C.). Ambos remiten a un primer desplazamiento del juramento que posibilitará importantes cambios en el comienzo de la Época Clásica<sup>2</sup>. Creemos que estas prácticas, acompañadas de transformaciones políticas, sociales y económicas rescatadas por Foucault en sus cursos, revelan el surgimiento de la moral, que a diferencia de una ética en la que los individuos trabajan su propia subjetividad, consiste en una subjetividad universal guiada por una autoridad exterior al hombre propia de la cultura occidental. Lo interesante de este planteo es que el surgimiento de la moral en lo jurídico y el paulatino abandono de la ética, son

---

<sup>2</sup> Este desplazamiento también aparece en textos donde Foucault se ocupa de la prueba y la encuesta como formas jurídicas presentes en *Edipo rey* de Sófocles (2001<sup>a</sup>, 2011).

parte de un cambio en la importancia y determinación de lo verdadero: este pasa de la identificación entre saber y poder a su escisión.

Foucault se ocupa, tanto en las lecciones de 1970-1971, como en las de *Obrar mal, decir la verdad* pronunciadas diez años después, de la distinción entre *dikazein* y *krinein*, dos tipos de justicia que aparecen en obras de Hesíodo y en el escudo de Aquiles donde el juramento adquiere dos funciones distintas. A diferencia de lo que veíamos en la justa entre Menelao y Antíloco, en aquellos casos se recurre a una autoridad por sobre los contendientes. Este recurso exterior al hombre, que ellos no eligen, sino que pertenece a un orden dado, marcará un importante cambio en las prácticas jurídicas que comenzarán a acercarse cada vez más a determinaciones morales antes que éticas.

En la justicia llamada *dikazein*, vemos diferencias respecto al juramento llevado a cabo entre los guerreros de la *Iliada* porque el conflicto no se resuelve sólo entre contrincantes, sino que intervienen jueces, un testigo y partidarios de cada parte. Es importante aclarar que la función de los jueces no es dictaminar la verdad, sino dar su opinión respecto a la ejecución de la contienda que debe desarrollarse de acuerdo a la aplicación de las costumbres que los particulares han aceptado respetar. Los jueces, dice Foucault (2011), “no tienen que decir la verdad; no tienen que establecer la verdad de los hechos, deben decir lo que hay que hacer” (p.77). Los seguidores de cada contendiente, por su parte, defienden a su elegido y se comprometen con él a ganar o perder, ellos juran con el litigante aunque no como testigos de hechos, pues lo que pasó efectivamente no es lo que se busca determinar. Ellos se enfrentan con su juramento a la ira de Zeus y ayudan con esto a manifestar la fuerza de quien defienden. Foucault dice (2012): “En esencia, al parecer, para manifestar el peso social de cada uno de los que vienen a jurar” (p.36). Podemos señalar las siguientes diferencias con el juramento que veíamos entre guerreros: 1- son grupos y no sólo los involucrados, los que juran, y con ello determinan la fuerza, el peso social de quien defienden; 2- se busca una sentencia de parte de los jueces que no determina lo que pasó, que no refiere al origen del conflicto, determina, en cambio, quién es el vencedor de acuerdo al apoyo que familiares y amigos puedan darle a cada parte; 3- el testigo que acompaña a los jueces, es quien observa la justa aplicación de las reglas que deben seguirse, es “el que ‘sabe’, el que es competente, el que posee el hábito de las reglas, las costumbres y la manera de decidir las diferencias” (Foucault, 2011, p.77); 4- el procedimiento elegido para saldar el conflicto no es propuesto por los contendientes sino que las leyes son quienes establecen el modo de enfrentamiento para cada tipo de conflicto.

Hesíodo considera que esta forma de justicia es mala porque depende de los jueces y no de un orden que los rebase, por esto llama buena a la justicia como *krinein*. Esta justicia comienza a aplicarse en los casos en que la *dikazein* no podía serlo para convertirse luego en la práctica judicial griega más común.<sup>3</sup> En ella, sin embargo, señala Foucault (2012, p.111) aún no existe el derecho subjetivo que reconoce derechos, hasta fines de la época clásica las acciones judiciales son iniciadas por una persona contra otra porque no existe derecho público y sólo buscan que el crimen sea reparado, son dos luchadores uno frente a otro que buscan una compensación. El juez, a diferencia del *dikazein*, realiza él mismo un juramento, ya sea acompañando o reemplazando el juramento de las partes. Este juramento tiene como función exponerse a sí mismo a la ira de Zeus en caso de que no se imparta justicia quitando importancia al juramento de los litigantes. Los adversarios se impondrán uno sobre el otro, no por sí mismos, sino cuando hayan ganado la decisión del juez que lo hará de acuerdo a *dikaion*, lo justo, una noción que no existe en la *Iliada* y que indica que las sentencias se realizan en nombre de Zeus: *Dike* se manifiesta a través de él. Pero, dice Foucault (2012),

Aquí Zeus no es simplemente –como lo era, por ejemplo, en la proposición de juramento hecha por Menelao- aquel a cuya ira, a cuya venganza se expone uno si se hace un

---

<sup>3</sup> Tomamos el análisis del *krinein* que Foucault realiza en las *Lecciones sobre la voluntad de poder* (2011, p.107 ss.) y en *Obrar mal, decir la verdad* (2012, p.58 ss.).

I JORNADAS INSTITUCIONALES DE POSGRADO  
Trayectorias en perspectiva, intercambios y gestión académica de posgrado  
FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS, UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO

falso juramento. En este caso parece claro que Zeus es aquel que, por intermedio de cierta autoridad que lo invoca, va a permitir pronunciar la sentencia adecuada en contraposición a las malas sentencias de los reyes (p.56).

Zeus representa ahora un orden del que el juez puede participar para imponer una sentencia justa, se trata de un orden del mundo, opuesto a la ira del antiguo Zeus, que debilita la estructura agonística de lo judicial, que ya no sentencia sobre la regularidad de los procesos, sino sobre su contenido y que surge dentro de cambios económicos, políticos y sociales que van posicionando a los campesinos y artesanos en una estructura de poder dentro de la *polis*. El orden del mundo se inscribe en un sistema de correlaciones que requiere el equilibrio, la medida, el cálculo tanto de lo económico como de los ciclos de la naturaleza (Foucault, 2011 p. 102).

Aparece lo justo en sí mismo como realidad de las cosas, ligado desde ahora a la verdad, “a la verdad-desafío, a la verdad ordálica, la sustituye la verdad-saber” (Foucault, 2011, p.103) que desborda el ámbito de la justicia y llega hasta todo acto y todo hombre: un orden que puede y debe ser conocido y respetado por todos. El saber, entonces ya no pertenece a un grupo ni es secreto, el saber desplaza el ámbito del poder porque el *dikaion* pertenece a un orden divino, natural y humano. El saber ya no será la condición para dominar, sino para estar en la verdad, una verdad que en la época griega clásica llegará a ser lo justo y quedará plasmado en el *nómos* (Foucault, 2011, p. 150).

#### 4- Bibliografía

- Boticelli, S. (2019). Lo singular y lo universal: supuestos e implicancias de la moral antiestratégica foucaultiana. *Dorsal* 6. 81-197.
- Castro, E. (2016). La (im)posibilidad de una ética: una lectura de *Les Mots et les choses*. *Dorsal* 1. 13-22.
- Chignola, S. (2018). *Foucault más allá de Foucault. Una política de la filosofía*. Cactus.
- Dávila, J. (2016). La ética desde "Las palabras y las cosas", *Aurora* 28 (45). 767-788.
- Foucault, M. (1984). *Historie de la sexualité II. L'Usage des plaisirs*. Gallimard.
- (1984). *Historie de la sexualité III. Le souci de soi*. Gallimard
- (2018). *Historie de la sexualité IV. Les aveux de la chair*. Gallimard.
- (1988). Power, moral values, and the intellectual. *History of the present* 4. 1-3.
- (2001<sup>a</sup>). La vérité et les formes juridiques. En *Dits et écrits I* (1.406-1.514). Gallimard.
- (2001<sup>b</sup>). Subjectivité y verité. En *Dits et écrits II* (1.032-1.038). Gallimard.
- (2001<sup>c</sup>). À propos de la généalogie de l'éthique: un aperçu du travail en cours. En *Dits et écrits II* (1.428-1450). Gallimard.
- (2001<sup>d</sup>). Inutile de se soulever? En *Dits et écrits II* (790-794). Gallimard.
- (2011). Leçons sur la volonté de savoir. *Cours au Collège de France (1970-1971)*. *Suivi de Le savoir d'Edipe*. Gallimard-Seuil.
- (2001<sup>e</sup>) Qu'est-ce que les Lumières? En *Dits et écrits II* (1.498-1.507). Gallimard.
- (2006) ¿Qué es la crítica? (Crítica y *Aufklärung*). En *Sobre la Ilustración* (3-52). Tecnos.
- (2008). *Le gouvernement de soi et des autres. Cours au Collège de France (1982-1983)*. Gallimard-Seuil.
- (2010) *Le Courage de la vérité; Le gouvernement de soi et des autres II; Cours au Collège de France. 1983-1984*. Gallimard.
- (2012) *Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice*. University Press.
- (2014). *Subjectivité et verité. Cours au Collège de France (1980-1981)*. Gallimard.
- Mallea, G. (1988). Foucault: hacia la ética. En Tomás A., *Foucault y la ética* (42-47). Biblos.
- Veyne, P. (1996). El último Foucault y su moral. *Anábasis: revista bibliográfica de filosofía* III (4), 49-58.