

Freud y el gobierno del derecho. De *Tótem y tabú* a la teoría psicoanalítica del derecho*

Freud and the rule of law: from *Totem and taboo* to psychoanalytic jurisprudence

JOSÉ BRUNNER** ***

Resumen: ¿La reflexión de los juristas sobre el gobierno del derecho puede ser enriquecida con la concepción cultural de Freud sobre el derecho? El presente artículo desarrolla esta interrogante, partiendo de cómo en la modernidad se concibió al gobierno del derecho, desde una lectura a los trabajos de Hume y Rousseau, para así mostrar la potencial compatibilidad que esta concepción tenía con la posterior obra de Freud. De este modo, se presenta el pensamiento de Freud sobre el derecho como una fuerza civilizadora dialéctica o paradójica que restringe las pasiones a pesar de que ellas lo conduzcan, desde una lectura de su obra *Tótem y tabú*. En esta reconstrucción se retrata la genealogía del derecho, desde su relato de la horda primitiva, y las dinámicas inconscientes que están detrás del derecho mismo. Después, se analiza los usos que le han dado a Freud diversos académicos del campo jurídico que han escrito sobre el gobierno del derecho, criticando como estos han dejado de lado el elemento trágico de la visión cultural freudiana sobre el derecho. Por último, el artículo plantea que las nociones desarrolladas por Freud pueden servir al pensamiento jurídico crítico solo si el derecho es visto como parte de la cultura, lo que conlleva ver a los estudios jurídicos como una forma de estudios culturales.

Palabras clave: Freud – gobierno del derecho – genealogía del derecho – teoría psicoanalítica del derecho – *Tótem y tabú*

Abstract: Can the reflection of legal scholars concerning the rule of law be enriched by the cultural conception of Freud about law? This article develops this question, based on how the rule of law was conceived in modernity, from a reading of the work of Hume and Rousseau, in order to show the potential compatibility that this conception had with the later work of Freud. Thus, Freud's thinking about law is presented as a dialectical or paradoxical civilizatory force, restraining the passions even though they drive it, from a reading of his work *Totem and taboo*. In this reconstruction, the genealogy of law is portrayed, from his story of the primal horde, and unconscious dynamics behind the law itself. Then the uses that various legal scholars have made of Freud in writing about the rule of law are analyzed, criticizing how

* Publicado originalmente como «Freud and the rule of law: from *Totem and taboo* to psychoanalytic jurisprudence» (Brunner, 2000).

** Profesor a tiempo completo en la Facultad de Derecho Buchmann y en el Instituto Cohn de Historia y Filosofía de las Ciencias y las Ideas de la Universidad de Tel Aviv. Correo electrónico: joseb@post.tau.ac.il

*** Agradezco al Instituto Cegla de Derecho Comparado e Internacional Privado de la Universidad de Tel Aviv por el apoyo financiero que recibí para este proyecto. Este agradecimiento va también para Daniel Strassberg, quien estuvo involucrado en una formulación previa de este ensayo; para mis colegas de la Facultad de Derecho Buchmann por la oportunidad de presentar mi planteamiento en el seminario de la Facultad; para Moran Svorae, quien recolectó algunos de los materiales que usé y comenté en un borrador anterior; y, por último, para Arnona Zahavi, por su paciente e incisiva lectura de las versiones sucesivas de este artículo.

they neglect the tragic sentiment of the Freudian cultural vision regarding law. Finally, the article states that the notions developed by Freud can serve critical legal thinking only if the law is seen as part of the culture, which leads to consider legal studies as a form of cultural studies.

Key words: Freud – rule of law – genealogy of law – psychoanalytic jurisprudence – *Totem and taboo*

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. DIALÉCTICA DEL DESEO.- III. DIALÉCTICA DE LA CULPABILIDAD.- IV. DIALÉCTICA DE LA TEORÍA DEL DERECHO.- V. CONCLUSIÓN.-VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de las discusiones psicoanalíticas en torno al derecho que han sido publicadas por varios escritores lacanianos en años recientes (por ejemplo, Caudill, 1997; Goodrich & Carlson (eds.), 1998), todavía puede parecer algo fuera de lugar invocar el nombre de Freud con relación al gobierno del derecho. Al dar una imagen detallada de la perspectiva compleja y provocativa sobre los orígenes y la lógica del gobierno del derecho que ofrecen los escritos de Freud, este ensayo apunta a mostrar que, contrariamente a las apariencias, no es tan extraño recurrir a dichos escritos en este contexto.

Tradicionalmente, la doctrina jurídica habla del gobierno del derecho como un cuerpo impersonal de reglas, normas y prohibiciones que ordena la vida social y que articula y formaliza estándares comunitarios de justicia, equidad y moderación. El gobierno del derecho está dotado de un aura de trascendencia, que le da autoridad sobre los legisladores y jueces, negándoles a estos últimos el estatus de creadores, y relegándolos, más bien, al papel de intérpretes. Con frecuencia, un Gobierno del Derecho en mayúsculas se opone al «gobierno de los hombres», bajo el cual uno tiene que temer a los usos arbitrarios del poder por parte de individuos en posiciones de autoridad, tales como legisladores, la policía, líderes y jueces (Sharone, 1994, p. 330). Es el estatus trascendente de la ley o el derecho, más allá del «gobierno de los hombres», el que supuestamente le daría la capacidad de salvaguardar los derechos y libertades de todos y de imponer deberes de manera equitativa. Según palabras de Richard Epstein: «Atacar al gobierno del derecho es arriesgarse a condenarnos a nosotros mismos al poder arbitrario de otros individuos, quienes pueden estar obligados a nada más que a su propia disposición interminable al autointerés y a la satisfacción personal» (citado en Sharone, 1994, p. 331). El planteamiento de Epstein apunta a un significado cultural más amplio del ideal del gobierno del derecho que siempre acompaña a sus usos jurídicos más estrechos. Indica que el gobierno del derecho también se puede tomar en el sentido de un gobierno de la razón, en contraste con

el desenfrenado y, por lo tanto, peligroso gobierno de las pasiones que, en última instancia, no puede sino conducir a la coerción y la opresión.

En tanto la razón se conciba como una fuerza independiente y poderosa en la mente, y quizá también en la sociedad, la representación de su lucha contra las pasiones resulta bastante evidente. Sin embargo, las cosas se vuelven más complicadas cuando la razón no es vista como un jugador autónomo y cuando se asume que la razón siempre permanece, y debe permanecer, esclava de las pasiones, como David Hume célebremente postuló. Desde esta perspectiva, la razón se muestra incapaz de ser la causa del derecho por sí misma. Más bien, el origen del gobierno del derecho ubicado en una cierta interacción de las pasiones. Como lo señaló Hume, bajo tales circunstancias, la restricción que la legislación impone sobre las pasiones no puede estar «en oposición completa con nuestras pasiones, porque si así fuera no se habría establecido ni mantenido nunca, sino que solamente es contraria a los movimientos ciegos e impetuosos de estas» ([1740] 1964, p. 489). Hume también mencionó que, irónicamente, la presencia de leyes puede a veces tener el efecto de aumentar las pasiones en lugar de encauzarlas, debido a que «deseamos por naturaleza lo que nos está prohibido, y encontramos placer en la realización de acciones simplemente por ser ilícitas» ([1740] 1964, p. 421).

Mientras Hume pensaba que los humanos aprenderían a autolimitarse con la experiencia, Rousseau asumía que el control sobre las pasiones indisciplinadas solo podía ser establecido por medio de la intervención de un líder carismático, quien enseñaría a las personas los principios de una desinteresada y más elevada forma de legislación. En el capítulo «De la ley» de *El contrato social*, Rousseau explicó que las leyes de un estado civil justo —esto es, el gobierno del derecho— tienen que estar compuestas por principios estatuidos por todo el pueblo para todo el pueblo. Tienen que ser abstractas y no pueden referirse a ningún objeto particular ni representar una voluntad particular (Rousseau, [1762] 1968, p. 81). Sin embargo, Rousseau no creía que «una multitud ciega, que con frecuencia no sabe lo que quiere» pudiese descubrir los principios de una legislación universalista. Por lo tanto, él asumió que se necesitaba de un «legislador» que destacara sobre la gente común y que fuera capaz de comprender «las pasiones de los hombres sin experimentarlas». Para Rousseau, el gobierno del derecho puede surgir solo en una «inteligencia superior» caracterizada por la ausencia de pasión. Sin embargo, aunque tal gobierno del derecho es el producto de la razón pura, tiene que movilizar a las pasiones para ganar autoridad. Como explica, la razón no puede imponerse a sí misma por sus propios méritos. La ley o el derecho tiene que hacer uso del engaño, un origen ficticio en la voluntad de Dios y miedos irracionales al castigo, de modo tal que «fuerza por autoridad divina a aquellos que no pueden ser persuadidos por la prudencia humana» (Rousseau, [1972] 1968, p. 84).

29

FREUD Y EL
GOBIERNO DEL
DERECHO. DE
TÓTEM Y TABÚ
A LA TEORÍA
PSICOANALÍTICA
DEL DERECHOFREUD AND THE
RULE OF LAW:
FROM TOTEM
AND TABOO TO
PSYCHOANALYTIC
JURISPRUDENCE

La genealogía que hace Freud del gobierno del derecho en *Tótem y tabú* ([1912-1913] 1958) y *Moisés y la religión monoteísta* ([1939] 1964) pertenece a esta tradición de pensamiento que considera al gobierno de la razón y de la ley como inevitablemente dependientes de las pasiones. Además, como Hume, Rousseau y otros pensadores modernos que lo anteceden, Freud aborda al gobierno del derecho solo en el sentido más amplio del término, en el que es presentado como surgiendo del deseo y, sin embargo, enfrentado a este. Nunca llega a expresarse sobre cuestiones jurídicas más especializadas (véase Sharone, 1994, p. 369). Así, cuando menciona al gobierno del derecho (*Recht* [derecho] o *Rechtsordnung* [orden jurídico] en el alemán original) en *El malestar en la cultura*, claramente usa el término en su significado cultural:

La vida humana en común solo se torna posible cuando llega a reunirse una mayoría más poderosa que cada uno de los individuos por separado y que se mantenga unida frente a cualquiera de estos. El poderío de tal comunidad se contrapone entonces, como «Derecho» [*Recht*], al poderío del individuo, que se tacha de «fuerza bruta». Esta sustitución del poderío individual por el de la comunidad representa el paso decisivo hacia la cultura. Su carácter esencial reside en que los miembros de la comunidad restringen sus posibilidades de satisfacción, mientras que el individuo aislado no reconocía semejantes restricciones. Así, pues, el primer requisito cultural es el de la justicia, o sea la seguridad de que el orden jurídico [*Rechtsordnung*], una vez establecido, ya no será violado a favor de un individuo, sin que esto implique un pronunciamiento sobre el valor ético de semejante derecho. El curso ulterior de la evolución cultural parece tender a que este derecho [*Recht*] deje de expresar la voluntad de un pequeño grupo [...]. El resultado final ha de ser el establecimiento de un derecho [*Recht*] al que todos [...] hayan contribuido con el sacrificio de sus instintos [*Triebopfer*], y que no deje a ninguno [...] a merced de la fuerza bruta (Freud, [1930] 1961, p. 95).

El argumento de este ensayo será que, a pesar de todo, reflexionar en torno a la visión de Freud sobre el gobierno del derecho podría ser provechoso para los académicos del campo del derecho. Dicha reflexión puede elevar la sensibilidad sobre las dimensiones inconscientes del derecho y revelar una variedad de formas en que este funciona como parte de la cultura o la civilización, más que como un sistema con normas propias.

Las primeras dos partes del ensayo buscan reconstruir la noción de Freud acerca del gobierno del derecho como una fuerza civilizadora dialéctica o paradójica que restringe las pasiones a pesar de que ellas lo conduzcan. Estas dos partes recorren la genealogía de Freud sobre los orígenes prehistóricos y las dinámicas inconscientes del derecho, que pueden ser encontrados en *Tótem y tabú* y, de manera resumida,

en *Moisés y la religión monoteísta*. Luego, la tercera sección analiza de forma crítica los problemas y limitaciones de algunos de los usos que los académicos del derecho hicieron de la genealogía de Freud. Finalmente, el ensayo regresa al contexto intelectual de la concepción sobre el gobierno del derecho de Freud, para concluir con la afirmación de que una perspectiva freudiana implica, de hecho, que los estudios jurídicos deban ser concebidos como estudios culturales.

II. DIALÉCTICA DEL DESEO

Tal como se ha mencionado, Freud desarrolla su genealogía del gobierno del derecho en *Tótem y tabú* y la reafirma en *Moisés y la religión monoteísta*. Entre muchos otros temas, estos textos contienen un mito fundacional que permite a Freud explicar la emergencia de reglas de conducta impersonales y comúnmente aceptadas que gobiernan la sociedad y mantienen su tejido más o menos intacto. En el periodo inicial de la humanidad, del que trata *Tótem y tabú*, se dice que los hombres más fuertes habían tomado a las hembras como compañeras sexuales permanentes para asegurar que sus necesidades sexuales se vean satisfechas de forma regular. De acuerdo con Freud, las mujeres acordaron proveer a los hombres con satisfacción sexual para garantizar su propia seguridad como también la de sus hijos; ellas no parecen haber tenido ningún deseo sexual propio. Las primeras mujeres comerciaron sexo por sus vidas, así como las de sus hijos. Freud argumenta que los primeros patriarcas celosamente se quedaron con tantas mujeres como pudieran obtener y mantener, y oprimían a sus hijos por medio de la fuerza física. Ellos privaban a sus hijos varones de toda satisfacción sexual y castigaban toda oposición con la muerte, la expulsión o la castración. Como Freud recapitula en *Moisés y la religión monoteísta*, «El macho fuerte fue amo y padre de toda la horda, ilimitado en su poderío» ([1939] 1964, p. 81; véase Freud, [1912-1913] 1958, p. 141).

Al imponer una ley que negaba el placer a sus hijos, pero exceptuándose a sí mismos de ella, por tanto, estando tanto dentro como fuera de la ley al mismo tiempo, el padre primordial se constituyó a sí mismo como un soberano primordial; pues mientras los hijos eran excluidos de toda satisfacción sexual, la ley siguió limitada a ellos. De acuerdo con Freud, la habilidad del padre primordial para hacer de manera autocrática la ley e imponerla sobre sus hijos no se originaba tanto en su superior fuerza física, sino en su posesión exclusiva de las hembras, que frustraba a los hijos y los hacía emocionalmente dependientes de él. Así, el hipotético orden jurídico prehistórico de la horda primitiva estableció una relación compuesta de prohibición, obediencia y castigo entre la ley y todos aquellos a los que se les aplicaba. Aquellos que acataban el mando del padre salvaban sus vidas. El desacato era castigado con la castración o

31

FREUD Y EL
GOBIERNO DEL
DERECHO. DE
TÓTEM Y TABÚ
A LA TEORÍA
PSICOANALÍTICA
DEL DERECHO

FREUD AND THE
RULE OF LAW:
FROM TOTEM
AND TABOO TO
PSYCHOANALYTIC
JURISPRUDENCE

la muerte. El padre primordial vivía una vida de placer en exceso bajo la ley. Sin embargo, a la larga, su placer excesivo, combinado con la excesiva represión sexual que la ley primordial imponía sobre sus hijos varones, condujo a su muerte violenta.

De acuerdo con Freud, la demanda intolerable de abstinencia sexual incitaba a los hijos a escapar. Apartándose del control de su padre y reagrupándose en una comunidad de expulsados que vivían más allá de —es decir, sobrepasando— su ley, los hijos varones crearon lo que Freud describe como el primer orden social igualitario en la historia. Liberándose de su dependencia emocional hacia su padre mediante la satisfacción homosexual, se preparaban para lo que *Tótem y tabú* describe como la primera acción colectiva en la historia: el parricidio a favor del incesto (Freud, [1912-1913] 1958, p. 144). Como vemos, el relato de Freud presenta a la sexualidad humana desde el inicio como un deseo polimorfo, variable, sin ningún objeto fijo. Fuera del reino de la ley del padre, la satisfacción homosexual puede llevar a la liberación tanto como el placer heterosexual, especialmente debido a que el padre había prohibido ambos.

Por último, a pesar de esto, los hijos regresaron para matar al padre y tener sexo con su madre. Freud no explica por qué los jóvenes varones de la tribu, que ya no estaban frustrados sexualmente, habrían estado dispuestos a matar por una hembra mayor, aun siendo ella su madre. Naturalmente, en aquel momento él promovía el complejo de Edipo como el signo distintivo o *shibboleth* del psicoanálisis. No obstante, al no especificar razón alguna para el deseo de los hijos primordiales por su madre, la única lógica que puede ser hallada al interior del relato mismo es que la monopolización y prohibición de la madre por parte del padre la convirtió en un objeto sexual inmensamente deseable. De acuerdo con esta lectura, el mito de Freud presenta a la ley como la que desata o crea el deseo, o por lo menos le inyecta fuerza; más que ser un hecho natural, el deseo incestuoso se manifiesta como el resultado de la particular constelación socio-jurídica de la horda primitiva.

En suma, el relato de Freud presenta distintas formas de deseos y excesos que se contraponen entre sí. En primer lugar, está la ley del padre que deriva del excesivo deseo sexual, permitiendo al padre demasiado placer, mientras que llevaba a la excesiva frustración de los hijos, provocando al final la destrucción violenta del orden jurídico. Luego, está el intento de los hijos de lograr la satisfacción fuera —es decir, sobrepasando— del alcance de la ley del padre y su agresión desbordante, también impulsada por el deseo sexual, conducente a otra forma más de exceso: un asesinato incestuoso y caníbal.

Según Freud, solo las secuelas de la transgresión y la destrucción permitieron a los hijos reflexionar sobre las consecuencias de su acto

y tomar consciencia de la naturaleza imposible de su deseo incestuoso y de su acción. Ellos entendieron que, aunque a cada uno de ellos le hubiera gustado reemplazar al padre, ninguno de ellos podría haber tomado su lugar, ya que tal intento los llevaría a la guerra de todos contra todos y a un colapso completo de toda la organización social. Así, los hijos decidieron renunciar a la satisfacción de todos los deseos excesivos e imponer a sí mismos una ley que conservara las prohibiciones fundamentales características de la horda primitiva, con todas las consecuencias inevitables tanto para el deseo como para la ley. *Moisés y la religión monoteísta* nos provee un resumen preciso:

Nació la primera forma de organización social con la *renuncia a los instintos*, el reconocimiento de las *obligaciones* mutuas, la implantación de determinadas instituciones declaradas inviolables (sagradas); los inicios, por tanto, de la moral y el derecho. Cada individuo renunciaba al ideal de conquistar para sí la posición paterna, a la posesión de la madre y hermanas. Con ello se estableció el *tabú del incesto* y el precepto de la *exogamia* (Freud, [1939] 1964, p. 82).

Además, fue impuesta una prohibición sobre el asesinato en esta etapa y así se completó el núcleo del primer gobierno del derecho de la humanidad, si hemos de creerle a Freud. Era a la vez constituido y amenazado por el deseo, al mismo tiempo que lo conservaba, aunque con límites, no permitiendo la satisfacción excesiva ni tolerando excepción o exclusión alguna de sus normas.

Como ocurre en otras áreas de su pensamiento, la lógica de la genealogía de Freud está basada sobre el principio de la *Nachträglichkeit*, esto es, una combinación de retardo, tardanza y retrospectiva. El gobierno del derecho ingresa a la historia —o más bien, arroja a la humanidad de la prehistoria a la historia— no con el fin de evitar o prohibir un acto como crimen antes de que ocurra, sino como consecuencia de que se ha llevado a cabo una acción, que viene a ser considerada retrospectivamente como un crimen. En otras palabras, para Freud, el objetivo del gobierno del derecho es prohibir el acto que se encuentra en su origen.

El tabú del incesto y la prohibición de matar pueden ser vistos como aquello que forma la base del gobierno del derecho, ya que desde el principio fueron presentados y aceptados como reglas de conducta sagradas, es decir, impersonales y trascendentes. Sin embargo, para que el gobierno del derecho entrara en vigor, debía tener lugar un cambio significativo en la distribución social del poder. Tal como subraya Freud en *El malestar en la cultura* y ya hemos citado anteriormente:

La vida humana en común solo se torna posible cuando llega a reunirse una mayoría más poderosa que cada uno de los individuos por separado y que se mantenga unida frente a cualquiera de estos [...]. Esta

33

FREUD Y EL
GOBIERNO DEL
DERECHO. DE
TÓTEM Y TABÚ
A LA TEORÍA
PSICOANALÍTICA
DEL DERECHO

FREUD AND THE
RULE OF LAW:
FROM TOTEM
AND TABOO TO
PSYCHOANALYTIC
JURISPRUDENCE

sustitución del poderío individual por el de la comunidad representa el paso decisivo hacia la cultura. Su carácter esencial reside en que los miembros de la comunidad restringen sus posibilidades de satisfacción, mientras que el individuo aislado no reconocía semejantes restricciones (Freud, [1930] 1961, p. 95).

En un primer momento, parece que la renuncia autoimpuesta al deseo bajo el gobierno del derecho proporciona un desenlace feliz. El deseo excesivo de uno (varón) es sacrificado en pro de la seguridad y algo de placer de todos (varones); porque, aunque el gobierno del derecho siempre exige un cierto grado de renuncia, siempre ofrece también vías legítimas para la satisfacción sexual. El ingreso de los hijos varones al gobierno del derecho salvaguarda también su placer.

III. DIALÉCTICA DE LA CULPABILIDAD

Hasta aquí, esta reconstrucción ha hecho que la explicación de Freud de los orígenes del gobierno del derecho aparezca como una narrativa en la cual un «gobierno de los hombres» —o más bien, de un hombre, el padre— cede su lugar al gobierno del derecho, la igualdad triunfa sobre la autocracia y la renuncia reemplaza al exceso. Esto es demasiado bueno para ser cierto.

La culpa no se encuentra todavía en la imagen. Freud hace que la razón colectiva y su manifestación pública, el gobierno del derecho, ingresen a la historia como suplementos de un sentimiento de culpa. Tal como lo explica en *Tótem y tabú*, cuando los hermanos asesinos agotaron su agresión, recordaron que la presencia de su padre no había sido solo punitiva, sino también protectora, y extrañaron el refugio que su fuerza les brindaba. Así, comenzaron a sentir remordimiento por su acción, la que ahora consideraban un crimen. El argumento de Freud parece ser que el parricidio se convirtió en crimen para los hijos cuando se dieron cuenta de que la ausencia del padre no solo los beneficiaba, sino que también les hacía daño. Con el tiempo, el remordimiento se convirtió en culpa y, para aliviarla, resucitaron simbólicamente al padre en la forma de un tótem, por ejemplo, como una deidad animal a quien ellos atribuían poderes sobrehumanos y protectores que ahora desearían que su fallecido padre hubiese poseído. Este padre sustituto fue convertido en el objeto de su adoración y sumisión comunitaria, y en el antepasado del clan. Al volverse un tótem, el padre muerto fue inmortalizado, así la acción deshecha y la culpa concomitante aliviada.

Por supuesto, Freud asume que los hermanos primordiales no eran conscientes de la capa inconsciente de significado que él le atribuye al tótem. Sin embargo, como es evidente, en la versión freudiana de la historia del contrato social, los hijos no solo se comprometen el uno con

el otro mediante un acuerdo racional; ellos también realizan un «pacto [inconsciente y póstumo] con su padre» (Freud, [1912-1913] 1958, p. 144).

No solo en *Tótem y tabú*, sino a lo largo de sus escritos sobre la cultura, la historia y la sociedad, Freud argumenta que los humanos no podrían transformarse en una comunidad autogobernada bajo el gobierno del derecho sin someterse tardíamente a un padre sustituto —primero el tótem, luego dios—. La lección es que lo que a un nivel consciente y manifiesto puede parecer un contrato racional entre iguales es, a un nivel inconsciente, un pacto de sumisión tardía o retardada —es decir, *nachträgliche*— al padre. En este sentido, entonces, el gobierno del derecho no es tanto una antítesis que reemplaza la ley del padre, sino más bien la continuación transformada y encubierta de la misma.

Sin embargo, mientras que la ley del padre era una expresión de su deseo, la ley de los hijos era una consecuencia de su culpa; por lo tanto, exigía la renuncia de los mismos deseos incestuosos que previamente habían sido prohibidos por la ley del padre. Además, usaba los medios asociados con el gobierno del padre —violencia— para exigir el cumplimiento de sus prohibiciones. Así, en el relato de Freud, el gobierno del derecho se vio implicado en aquello que proscibía; pues Freud presenta al gobierno del derecho como mantenido por las dos fuerzas que reclamaba reemplazar: la violencia y la sumisión a la autoridad. Al abordar este punto en su famosa carta a Albert Einstein, él plantea lo siguiente: «el derecho [*Recht*] es el poderío de una comunidad. Sigue siendo una violencia pronta a dirigirse contra cualquier individuo que le haga frente; trabaja con los mismos medios, persigue los mismos fines; la diferencia solo reside, real y efectivamente, en que ya no es la violencia de un individuo la que se impone, sino la de la comunidad» (Freud, [1933] 1964, p. 205). El gobierno del derecho no solo se originó en la violencia contra un régimen autocrático; para prevenir la reaparición de este último, se utilizan los mismos medios violentos que salvaguardaban el régimen déspota del padre, siendo la única diferencia que ahora la violencia es desplegada por el bien de la comunidad. Tal como Freud enfatiza, «La comunidad debe ser conservada de manera permanente, debe organizarse, promulgar decretos, prevenir las sublevaciones temidas, establecer órganos que velen por la observancia de aquellas —de las leyes— y tengan a su cargo la ejecución de los *actos de violencia acordes al derecho* [*rechtmässige Gewaltakte*]» (Freud, [1933] 1964, p. 205).

Para resumir, a pesar de que el gobierno del derecho reemplaza la obediencia externa por la autolimitación, para Freud la relación jurídica más fundamental es siempre una de prohibición y castigo. Su genealogía no ofrece una oposición simple y clara entre el gobierno del derecho y el despotismo violento del padre, pues el primero también oculta siempre

35

FREUD Y EL
GOBIERNO DEL
DERECHO. DE
TÓTEM Y TABÚ
A LA TEORÍA
PSICOANALÍTICA
DEL DERECHOFREUD AND THE
RULE OF LAW:
FROM TOTEM
AND TABOO TO
PSYCHOANALYTIC
JURISPRUDENCE

una forma colectiva del último. Sin embargo, Freud sí considera la obediencia a una ley autoimpuesta como constitutiva de la transición de una bestia salvaje a un sujeto moral. En la medida en que solo la aceptación del gobierno del derecho convierte a los hermanos de brutos asesinos en individuos autolimitados que pueden formar una sociedad civilizada, vemos que para Freud la culpa es la que hace al derecho y el derecho el que hace al sujeto moral y no al revés. Como dice Costas Douzinas: «no reprimimos el deseo porque tenemos conciencia, tenemos conciencia porque reprimimos el deseo» (Douzinas, 1995, p. 1330).

Freud representa el gobierno del derecho como una *Aufhebung* de aquello que prohíbe, es decir, como manteniendo inconscientemente aquello que niega conscientemente en el acto de negación. El gobierno del derecho no solo abole la violencia en su forma original, sino que al mismo tiempo la preserva, al elevarla de ser un exceso peligroso al estatus de un procedimiento acorde al derecho que sirve a la sociedad. Una dialéctica similar tiene lugar en la relación entre la ley autocrática del padre y el gobierno del derecho de los hijos. Mientras que este último abole las prohibiciones sexuales del padre en su forma original, autocrática, también las preserva elevándolas al nivel más alto de una prohibición autoimpuesta sobre el incesto que es parte de una norma universalmente aceptada.

En la época en que escribió *Tótem y tabú*, Freud todavía no tenía un término para designar la capacidad de la mente que permite a los humanos la internalización de la moral y los principios del derecho y su perpetuación mental después del fallecimiento del padre primordial. Más tarde, por supuesto, pasó a emplear el término «superyó» para dicha capacidad, de este modo inauguró todo un ámbito del discurso para referirse a lo que él describe como la «instancia crítica» de la mente, «que realiza funciones de autovigilancia y autocastigo, así como brinda ideales y juicios morales» (Freud, [1930] 1961, p. 136). Freud representa a la mente como un todo en analogía a un Estado moderno, conceptualizando al superyó como similar a las agencias de orden público en el mundo exterior y comparando su papel al de una «guarnición militar» colocada en una «ciudad conquistada» (Freud, [1930] 1961, p. 124; véase además Brunner, 1995, pp. 45-88 para una elaboración detallada sobre la analogía mente-Estado de Freud).

La descripción de Freud de los orígenes del superyó en la mente del niño sigue los pasos del argumento de *Tótem y tabú*. Otra vez, presenta la autonomía y la moralidad como resultados de una sumisión tardía al padre. Obviamente, los hijos civilizados ya no matan a sus padres. En su lugar, explica Freud, «el niño lidia con su padre identificándose con él» (Freud, [1923] 1961, p. 31). Al despertar el complejo de Edipo, se dice que el hijo acepta el rol del padre como único poseedor de la madre

y la concomitante prohibición del deseo incestuoso. Desde entonces, todo deseo que aparece para menoscabar la autoridad paterna y transgredir sus prohibiciones es rigurosamente reprimido por el superyó y toda agresión dirigida contra el padre se vuelve contra el hijo varón mismo. «[El hijo] incorpora, identificándose con ella, a esta autoridad inaccesible, que entonces se convierte en el superyó y se apodera de toda la agresividad que el niño gustosamente habría desplegado contra aquella» (Freud, [1930] 1961, p. 129).

La explicación de Freud de los orígenes del superyó brinda una segunda genealogía del gobierno del derecho, en la cual el padre que vive, que es real, es transformado en una instancia psicológica desencarnada que controla la mente. Esta explicación es construida como un símil ontogenético, individual del relato filogenético concerniente a la transformación del padre primordial muerto en una entidad inmortal y sobrehumana que gobierna el destino de los humanos desde un campo metafísico. En ambos casos se presenta a tal padre sustituto como el catalizador necesario de un proceso de desarrollo en el que una ley impuesta de forma externa es reemplazada por un gobierno del derecho autoimpuesto. En palabras de Freud: «Así como el niño estaba compelido a obedecer a sus progenitores, de la misma manera el yo se somete al imperativo categórico de su superyó» (Freud, [1923] 1961, p. 48). Sin embargo, a pesar de la naturaleza pública del gobierno del derecho en el mundo exterior, gran parte de las actividades intrapsíquicas del superyó respecto al cumplimiento de las normas y a decidir sobre conflictos permanecen inconscientes, es decir, inaccesibles al sujeto cuya mente regulan. El superyó no solo impone principios morales y jurídicos conscientemente aceptados, que se articulan tanto en el derecho civil y penal como en los códigos morales, sino también normas ocultas, cuya violación involuntaria puede dar lugar a sentimientos de culpa, desvalorización y depresión. En efecto, la descripción elocuente de Freud sobre las dinámicas mentales subyacentes a la melancolía o, lo que llamaríamos hoy, depresión —en la cual el superyó aplasta al yo con la culpa— retrata al superyó como un juez en un juicio kafkiano. En tales casos, escribe, el superyó «se vuelve hiper severo, abusa [...], denigra [...], amenaza [...], como si durante todo ese intervalo se hubiera dedicado a reunir acusaciones y solo aguardara su actual fortalecimiento para presentarse con ellas y sobre esa base formular una condena» (Freud, [1923] 1961, p. 61).

En el discurso de Freud, no solo la depresión está marcada por tal actitud implacable. Desde su punto de vista, «ya la moral normal, ordinaria, tiene el carácter de dura restricción, de prohibición cruel» (Freud, [1923] 1961, p. 54). Como también hace hincapié en *El yo y el ello*, cuanto más estricto es el superyó, más inflexible es hacia aquellos que rompen sus reglas, por menores e insignificantes que estas puedan

37

FREUD Y EL
GOBIERNO DEL
DERECHO. DE
TÓTEM Y TABÚ
A LA TEORÍA
PSICOANALÍTICA
DEL DERECHO

FREUD AND THE
RULE OF LAW:
FROM TOTEM
AND TABOO TO
PSYCHOANALYTIC
JURISPRUDENCE

ser; y cuanto menos dispuesto esté a permitir expresiones abiertas de agresión, más autocastigo se acumulará. Como él explica, las personas más moralistas y respetuosas de las normas pueden ser precisamente aquellos que se sientan más culpables y se castiguen más violenta y excesivamente por leves transgresiones a normas que otros pueden ignorar con complacencia. De nuevo, notamos que, en el discurso de Freud, el derecho —o, en este caso, la instancia de la mente que resuelve conflictos y hace cumplir las normas— tiende al exceso, el cual es alimentado por sentimientos de culpa.

Mientras tales sentimientos sean conscientes, Freud no los considera relativamente problemáticos; son, dice, simplemente «la expresión de una condena del yo por su instancia crítica» (Freud, [1923] 1961, p. 51). Las neurosis nacen de la culpa inconsciente, de la cual se dice no solo que enferma a la gente, sino que constituye un obstáculo sumamente serio para su tratamiento, que lleva a lo que Freud llama una «reacción terapéutica negativa» que impide a los pacientes «renunciar al castigo del padecer» (Freud, [1923] 1961, p. 49). Evidentemente, el juez interno de la mente puede volverse sádico y disfrutar el dolor que inflige sobre el yo.

En efecto, *El yo y el ello*, que introduce al superyó como una instancia psíquica, la asocia no solo con la conciencia y la obediencia al derecho, sino también con el crimen, la autohumillación, la violencia y la muerte. Así, este ensayo se puede leer como un catálogo de las muchas formas de exceso en las que está implicado el superyó, listando sus diversos resultados patológicos: neurosis obsesiva, histeria, melancolía, y suicidio. Freud incluso llega a plantear la posibilidad de que la culpa inculcada por un superyó excesivamente severo pueda convertir a moralistas en criminales: «En muchos delincuentes, en particular los juveniles, puede detectarse un fuerte sentimiento de culpa que existía antes del hecho y, por lo tanto, no es su consecuencia, sino su motivo. Es como si se hubiera sentido un alivio al poder enlazar ese sentimiento inconsciente de culpa con algo real y actual» (Freud, [1923] 1961, p. 52). Quizá esta categoría de delincuentes, impulsados a infringir el gobierno del derecho en el mundo *exterior* por la fuerza insoportable de un gobierno del derecho *interno* excesivamente riguroso y opresivo, pueda ser considerada como la principal perversión a la que nos puede conducir la oculta dialéctica de culpa y exceso del derecho.

IV. DIALÉCTICA DE LA TEORÍA DEL DERECHO

El trabajo de Freud tuvo una repercusión ínfima en el pensamiento jurídico contemporáneo y, en años recientes, la mayor parte de las contribuciones que pueden ser consideradas como psicoanalíticas se apoyan en Lacan (véanse Goldstein, 1968; Ehrenzweig, 1971;

Schoenfeld, 1973; Sheleff, 1986; Kaplan & Rinella, 1988; Caudill, 1991; Goodrich, 1995; Caudill, 1997; Goodrich, 1997; Legendre & Goodrich, 1997; Goodrich & Carlson (eds.), 1998). Además, como se mostrará más adelante, los pocos juristas que en efecto aplicaron las categorías freudianas en un intento por desmitificar el ideal del gobierno del derecho en la teoría del derecho, despojan al enfoque de Freud de su elemento trágico.

Publicado en 1930 —el año en que Freud publicó *El malestar en la cultura*— el libro *El derecho y la mente moderna* de Jerome Frank ([1930] 1949) es un precoz, pero clásico ejemplo de la aplicación de Freud a la teoría del derecho. Frank sostiene que, contrariamente a las afirmaciones de los juristas y legisladores, el derecho es inestable, vago y provisional. Además, Frank sostiene esto como algo bueno, ya que la fluidez de las relaciones humanas no puede ser fijada en una cuadrícula legal rígida ([1930] 1949, p. 6). Sin embargo, se pregunta, si la inestabilidad y la incertidumbre son características necesarias y deseables del derecho, ¿por qué los jueces, abogados, legos y académicos en derecho comparten la pretensión de un gobierno del derecho estable y trascendente?

Apoyándose no solo en Freud, sino también en Piaget, él sigue el rastro del deseo irracional por la trascendencia en el derecho, tal como se lo atribuye al gobierno del derecho, hasta un precoz deseo por la omnipotencia paterna. Para Frank, el gobierno del derecho sirve a la sociedad como un padre sustituto, de manera similar a como Freud retrató la función del tótem y de dios. Sin embargo, en vez de referirse al mito de la horda primitiva, Frank adopta el esquema del desarrollo de la niñez temprana de Freud, el cual postula que los primeros días y meses de la infancia son caracterizados por una ilusión de omnipotencia. Cuando el niño llega a reconocer que la dependencia es lo que caracteriza su vida temprana, y no la omnipotencia, esta ilusión es proyectada sobre las figuras paternas, especialmente la del padre, a quien se lo imagina como un protector todopoderoso que brinda seguridad. Así, Frank sostiene que las personas «buscan una certeza irrealizable en el derecho [...] porque [...] ellos todavía no han renunciado a la necesidad infantil de un padre con autoridad e inconscientemente han tratado de encontrar en el derecho un sustituto para aquellos atributos de firmeza, seguridad, certeza e infalibilidad atribuidos en la niñez al padre» (Frank, [1930] 1949, p. 21; véase también p. 203).

La retórica de Frank es polémica y crítica; presentándose como una nueva forma de teoría del derecho, apunta a liberar de una carga pesada e innecesaria al discurso jurídico y a los operadores jurídicos. Al igual que Freud, él afirma que desea fomentar el crecimiento de la humanidad hacia una adultez más racional, caracterizada por la «mente moderna» a la que hace referencia en el título de su libro. Supuestamente, tal mente

39

FREUD Y EL
GOBIERNO DEL
DERECHO. DE
TÓTEM Y TABÚ
A LA TEORÍA
PSICOANALÍTICA
DEL DERECHOFREUD AND THE
RULE OF LAW:
FROM TOTEM
AND TABOO TO
PSYCHOANALYTIC
JURISPRUDENCE

está dotada con una visión madura de la sociedad y con el conocimiento de que los hombres gobiernan sobre la ley y el derecho, que es hecho y rehecho por funcionarios designados que deciden sobre lo que es correcto y lo incorrecto, y que no emerge de la comunidad. Como dice Frank, «debemos afrontar el hecho de que estamos gobernados por jueces, no por un derecho abstracto. Si eso es tiranía o despotismo, sácale el máximo provecho» (Frank, [1930] 1949, 136n; véase Chase, 1979, pp. 46-50).

Como vemos, el ataque de Frank a la noción de gobierno del derecho está dirigido contra una doctrina jurídica específica que él considera infantil e ilusoria, no contra el gobierno de la razón sobre el deseo y las fantasías del deseo. Al contrario, la oposición de Frank al gobierno del derecho en el sentido jurídico del término es animada por su búsqueda por promover el gobierno del derecho en el más amplio sentido cultural del término. Frank es optimista en que la humanidad pronto superará la necesidad de mitos y llegará a una madurez. Sin embargo, él asume que tanto el sistema jurídico como el gobierno de la razón pueden existir sin peligros de exceso y sin estar enfrascados en una búsqueda inconsciente por figuras paternas omnipotentes. No obstante, desde una perspectiva freudiana, uno está obligado a preguntarse, si los jueces eran social y jurídicamente aceptados como quienes hacen y cambian el derecho —en vez de cómo quienes lo interpretan o lo aplican—, ¿no serían ellos, en vez del gobierno del derecho, quienes se convertirían en los objetos de las fantasías de omnipotencia? Es posible que la proyección de omnipotencia sobre los jueces y, lo cual no es menos importante, sus propias fantasías de omnipotencia, que son realizadas por enfoques tales como los de Frank, no sean menos infantiles ni tengan menos efectos sociales indeseables que el mito de un gobierno del derecho trascendente (Schoenfeld, 1988). Así pues, si bien el argumento de Frank contra el gobierno del derecho en el sentido más estricto del término es guiado por perspectivas psicoanalíticas sobre la dialéctica del deseo, parece que él no somete la alternativa que sugiere a una reflexión psicoanalítica. Su escrito no exhibe nada del escepticismo que marca gran parte del trabajo de Freud con relación al gobierno de la razón en la cultura y en la sociedad. Para Frank, la ilusión del gobierno del derecho es una que puede ser diagnosticada y extirpada sin pérdida alguna.

Recientemente, Robin West ha invocado a Freud en defensa de la doctrina del gobierno del derecho. De manera bastante sorprendente, ella argumenta que el trabajo de Freud puede ser utilizado para establecer una mejor defensa de este ideal que el brindado por juristas liberales estadounidenses, tales como Laurence Tribe, Owen Fiss, Ronald Dworkin y Charles Fried (West, 1986, p. 818). Para West, el método de Freud es preferible ya que es naturalista, en el sentido en que se apoya en supuestos concernientes a la naturaleza humana y la historia.

Ella reconoce que los juristas liberales, cuya posición es compatible con el trabajo de Freud, están obligados a rechazar su enfoque como falaz. Según West, los juristas liberales no pueden tolerar un argumento naturalista por su compromiso metodológico con una distinción estricta entre hechos y valores, el cual solo les permite producir argumentos a favor del gobierno del derecho que se amparen sobre «verdades morales intuitivamente comprendidas y no contingentes» (West, 1986, p. 820).

El argumento de West a favor de Freud es dirigido contra la trascendencia en la teoría del derecho. Ella defiende la posición de Freud frente aquella sostenida por los juristas liberales, dado que se presenta sobre la base de una consideración objetiva, histórica. Pero, aunque ella manifiesta que «el análisis de Freud está fundamentado en hechos sobre nuestra historia y naturaleza, mientras que la respuesta liberal está basada en verdades morales intuitivamente comprendidas» (West, 1986, p. 844), en las páginas finales de su artículo se retracta con respecto a este apoyo acrítico, admitiendo que puede que los presupuestos de Freud «sobre nuestra naturaleza e historia sean falsos», y que estudios recientes han arrojado «dudas considerables tanto sobre los presupuestos empíricos como históricos de la teoría del derecho de Freud» (p. 881). Además, admite lo siguiente: «Si el relato de Freud sobre nuestra naturaleza es incorrecto, su defensa de los compromisos jurídico liberales falla» (p. 844). Así, en los propios términos de West, Freud nos deja con una defensa fallida del gobierno del derecho que, no obstante, es elogiada por ser superior a los argumentos intuicionistas, dada su coherencia y fundamentación en las supuestas afirmaciones fácticas.

Claramente, el cuento mítico de Freud sobre los orígenes de la civilización es más bien una fuente problemática para cualquiera que intente argumentar a favor del gobierno del derecho sobre la base de hechos de la naturaleza humana y la historia. Además, gran parte del argumento de West adolece de la falta de distinción entre la preocupación más amplia de Freud por los orígenes del gobierno del derecho en la dialéctica de la sexualidad y la agresión y el compromiso jurídico más estrecho de los teóricos del derecho estadounidenses con el constitucionalismo y el rol de los jueces. El argumento de Freud concerniente a la necesidad de un gobierno del derecho como una condición de la civilización no necesariamente conlleva una defensa del mismo en su sentido jurídico, el cual está diseñado para limitar el papel de los jueces y legisladores en aras de evitar posibles ramificaciones no democráticas de un «gobierno de los hombres». Al contrario, el retrato de Freud de la sociedad moderna exhibe una ceguera sorprendente sobre los peligros que emanan de las figuras de autoridad. De alguna manera, parece haber olvidado que —en sus propios términos— son herederos de un asesino y castrante patriarca primordial. En su lugar, él los considera necesarios para la cohesión social y el control de «las masas», cuya pasión desenfrenada teme. Si bien Freud

41

FREUD Y EL
GOBIERNO DEL
DERECHO. DE
TÓTEM Y TABÚ
A LA TEORÍA
PSICOANALÍTICA
DEL DERECHO

FREUD AND THE
RULE OF LAW:
FROM TOTEM
AND TABOO TO
PSYCHOANALYTIC
JURISPRUDENCE

fue un liberal clásico, eso no significa que fuera un demócrata. Desde su punto de vista, el control de las masas necesita poderosas figuras paternas que inspiren a las primeras a renunciar al deseo; porque, en su opinión, «[s]olo mediante el influjo de individuos arquetípicos que las masas admitan como sus conductores [*Führer*] es posible inducir las a las prestaciones de trabajo y las abstinencias que la pervivencia de la cultura exige [...] por eso parece necesario que dispongan de medios de poder [*Machtmittel*] para mantenerse independientes de las masas» (Freud, [1927] 1961, p. 8; véanse también Freud, [1930] 1949, pp. 115-116; [1933] 1964, p. 212; Brunner, 1995, pp. 166-170). Freud argumenta que, a través de la historia, los avances hacia etapas culturales más elevadas y más racionales han sido iniciados y alcanzados por individuos sobresalientes que lograron cautivar a las masas. El bíblico Moisés, un legislador que inventó un nuevo código y que actuó como «una figura paterna sobresaliente» para los hebreos antiguos, da a Freud el ejemplo paradigmático de un líder que mueve la historia hacia adelante a través de su voluntad (Freud, [1939] 1964, p. 89).

Es difícil reconciliar tal visión histórica con el ideal de gobierno del derecho del liberalismo jurídico estadounidense. Además, West parece reacia a aceptar que, como parte de su naturalismo, Freud también niega que la razón —y, por tanto, el derecho— pueda alguna vez convertirse en plenamente autónoma respecto de la sexualidad y la agresión. En efecto, parece que impulsada por su búsqueda por conectar a Freud con el liberalismo jurídico estadounidense, ella minimiza este hecho. Aunque cita extensamente textos y argumentos de Freud concernientes al gobierno del derecho, omite de ellos todas las referencias en las que Freud apunta al intrincado arraigo del derecho con el deseo y la violencia. Por ejemplo, proporciona una larga cita de la carta de Freud a Einstein, que también ha sido citada anteriormente en este ensayo. Sin embargo, West deja afuera todos los enunciados referentes a la violencia inmanente en el derecho, cubriendo los vacíos en su cita con inocentes puntos suspensivos. En forma similar, su cita también omite la referencia de Freud a los «actos de violencia acordes al derecho» (véase West, 1986, p. 830; Freud, [1933] 1964, p. 205).

Más de seis décadas después de la publicación de Frank, *El derecho y la mente moderna*, Ofer Sharone también recurre a Freud para oponerse a lo que él considera las decepciones inherentes al ideal del gobierno del derecho. Siguiendo a Frank en la visión del gobierno del derecho como un padre sustituto abstracto, él también afirma que el progreso social requiere de la «exposición y erradicación de la ilusión del gobierno del derecho» (Sharone, 1994, p. 329). Él coincide con Frank en que el gobierno del derecho impone una rigidez nociva en el trabajo de los jueces. Pero, a diferencia de Frank, Sharone desarrolla su argumento presentando al gobierno del derecho de forma análoga a la manera en

que Freud retrató la religión en *El porvenir de una ilusión* ([1927] 1961), argumentando que la protección ofrecida por el gobierno del derecho es igualmente una ilusión. Freud había sostenido que el declive de la religión permitiría a la ciencia encontrar formas de mejorar la sociedad. De manera similar, Sharone sostiene que «la desmitificación del gobierno del derecho permitiría [...] que los jueces y abogados fueran audaces y experimenten para buscar formas de conciliar óptimamente las necesidades de los hombres y la sociedad» (1994, p. 359). Además, él argumenta que una imagen más activista del poder judicial conducirá a una exposición de la naturaleza subjetiva de la revisión judicial, haciendo que las personas sean conscientes del poder investido en dicha revisión, lo cual fomentaría una mayor participación democrática en la toma de decisión política (p. 361).

Al igual que Frank, Sharone sugiere deshacerse de la ilusión del gobierno del derecho, ya que esto puede hacerse sin pérdida o peligro alguno. En la medida en que su argumento se apoya en la analogía entre la visión de Freud de la religión como una ilusión infantil y el gobierno del derecho, este se inspira más en el optimista y combativo texto *El porvenir de una ilusión*, que en el más sombrío *El malestar en la cultura*. Así, tal como Frank y West antes que él, Sharone reemplaza el sentimiento trágico de la visión de Freud por esperanza y sostiene que el enfoque de Freud «brinda una crítica poderosa al gobierno del derecho [en el sentido estricto del término] y un giro optimista hacia una sociedad sin ilusiones» (Sharone, 1994, p. 358).

A diferencia de West, Sharone se da cuenta de que la noción desarrollada por la teoría del derecho sobre el gobierno del derecho, con la que él se enfrenta, no es a la que Freud se refiere en *El malestar en la cultura*. Reconociendo que la idea de Freud del gobierno del derecho nada tiene que ver con «la independencia del derecho respecto al líder ni con el objetivo del derecho de proteger a la sociedad de su líder», él señala que, para Freud, el gobierno del derecho tiene que ver con la renuncia del deseo, lo que solo puede ser alcanzado mediante la sumisión a figuras paternas (Sharone, 1994, p. 369, nota 82). No obstante, el paralelo entre derecho y religión, sobre el que ha construido su posición, lo lleva a ignorar el elemento trágico en la visión de Freud sobre el gobierno del derecho, dicho elemento trágico implica considerar el gobierno del derecho como inevitablemente absorbido por las dinámicas de la culpa y el deseo. Para Freud, el gobierno del derecho no es un síntoma de neurosis colectiva del que uno puede librarse como la religión, sino una parte inevitable de la civilización misma, cuyas contradicciones tienen que ser soportadas y toleradas por todos, ya que la única alternativa a este es el colapso social y una guerra de todos contra todos. Claramente, al restringir la genealogía de Freud dentro de los límites del discurso jurídico, los teóricos del derecho se vuelven ciegos a las implicancias

43

FREUD Y EL
GOBIERNO DEL
DERECHO. DE
TÓTEM Y TABÚ
A LA TEORÍA
PSICOANALÍTICA
DEL DERECHOFREUD AND THE
RULE OF LAW:
FROM TOTEM
AND TABOO TO
PSYCHOANALYTIC
JURISPRUDENCE

culturales de la postura de Freud; al «juridificar» a Freud, abandonan el terreno de la crítica cultural.

V. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, la genealogía del gobierno del derecho de Freud —en el más amplio sentido del término— es tanto dialéctica como crítica, fundamenta el derecho en el deseo y la culpa y lo inserta en una lógica del exceso. En primer lugar, Freud afirma que el gobierno del derecho surge cuando el deseo se hace tan excesivo que se vuelve contra sí mismo, causando sufrimiento en lugar de placer. Así, el derecho restringe al deseo por su propio bien, así como en servicio de la supervivencia. En segundo lugar, como el gobierno del derecho es impulsado por la culpa y contiene al mismo deseo que este busca restringir, Freud argumenta que también el derecho es marcado por una tendencia hacia el exceso.

El objetivo de esta genealogía es desentrañar un concepto moral y jurídico elevado para descubrir sus orígenes en olvidadas pasiones violentas y luchas que, se dice, le han dado forma y gobiernan gran parte de sus efectos. Freud busca provocar y perturbar mediante la construcción o reconstrucción de un pasado que pueda esclarecer lo que se ha ocultado en las historias oficiales del gobierno del derecho con el fin de que sea olvidado. Su objetivo es mostrar que ni los orígenes constitutivos ni los funcionamientos y efectos reales del derecho encajan con su propósito declarado. Él supone que los conflictos originales y las fuerzas involucradas en ellos nunca pueden ser completamente anulados. Los protagonistas de esta dialéctica se preservan en la profundidad inconsciente del gobierno del derecho, el cual contiene tendencias peligrosas hacia el exceso, impulsadas por la culpa y el deseo. Sus extremos oscuros son habitados por una tendencia subrepticia a someterse a padres sustitutos y por una secreta complicidad con aquello que el derecho prohíbe. Aquellos están poblados por elementos escondidos, pero ubicuos, de violencia y componentes sádicos.

Friedrich Nietzsche sobresale como un ancestro intelectual de la concepción del gobierno del derecho de Freud. En *La genealogía de la moral*, Nietzsche se esfuerza por mostrar que el derecho se originó en el *ressentiment*, es decir, en una pasión negativa, hostil a los impulsos desbordados de la vida, no muy diferente a la culpa excesiva e inconsciente a la que se refiere Freud (Nietzsche, [1887] 1972). Nietzsche construye su genealogía sobre el supuesto de un hipotético estado original de la sociedad en la que se encontraba gobernada por «amos», esto es, humanos a quienes no les interesaba lo que otros hacían ni cómo lo hacían. Autosuficientes debido a su excedente de pasión, eran completamente egocéntricos, declarando sus propias acciones

como «buenas», mientras desestimaban las que les obstaculizaban como «malas». En otras palabras, se comportaban de una manera no muy distinta a la manera en que se conducía el padre primordial en el relato de Freud.

Para Nietzsche, el moralizante gobierno del derecho que prohíbe los actos de los amos considerándolos malvados fue el resultado de una rebelión de los «esclavos», quienes carecían del excedente de energía de los amos, pero lograron retirar a estos últimos de su posición superior, tal como lo hicieron los hijos en la historia de Freud. Aunque Nietzsche no usa el término gobierno del derecho, él rastrea en *La genealogía de la moral* los orígenes del derecho hasta la preocupación de los esclavos por lo que los otros hacen y sienten, y hasta la negación resentida de todo lo que es diferente de la manera en que los débiles son capaces de actuar y sentir. Así, él retrata el gobierno del derecho como un arma de aquellos incapaces de experimentar el poder de la pasión desbordante y que, por resentimiento, buscaron excluir tal pasión condenándola como malvada.

La perspectiva de Freud también comparte mucho con la del crítico cultural y literario Walter Benjamin. Benjamin, un contemporáneo de Freud, cuya visión histórica fue fuertemente influenciada por Nietzsche, publicó un ensayo en 1921 que recientemente ha recibido mucha atención de filósofos y académicos en el campo del derecho. Como Freud, Benjamin hizo notar tanto la presencia de la violencia o de la fuerza en el fundamento del gobierno del derecho, como en su posterior ejercicio en la conservación del derecho (Benjamin, 1921; véanse también Derrida, 1990; LaCapra, 1995).

Cuatro décadas después de la muerte de Freud, Michel Foucault desarrolló una perspectiva trágica y explícitamente nietzscheana acerca del derecho que parece, de alguna manera, una versión algo exagerada de la opinión de Freud. Según Foucault, «la regla es el placer calculado del encarnizamiento, es la sangre prometida. Ella permite relanzar sin cesar el juego de la dominación. Introduce en escena una violencia repetida meticulosamente». En consecuencia, para Foucault «la humanidad no progresa lentamente de combate en combate hacia una reciprocidad universal, en la que las reglas sustituirán, para siempre a la guerra; instala cada una de esas violencias en un sistema de reglas, y va así de dominación en dominación» (Foucault, 1977, p. 151; véanse también Hunt, 1993; Leonard, 1995).

Sin embargo, como hemos visto, el punto crítico de esta visión del gobierno del derecho, que Freud comparte con Nietzsche y otros pensadores nietzscheanos del siglo XX, está ausente en el discurso jurídico psicoanalítico sobre el gobierno del derecho. Este último coloca el mito trágico de Freud en un molde optimista. Leyendo a Frank, West

45

FREUD Y EL
GOBIERNO DEL
DERECHO. DE
TÓTEM Y TABÚ
A LA TEORÍA
PSICOANALÍTICA
DEL DERECHO

FREUD AND THE
RULE OF LAW:
FROM TOTEM
AND TABOO TO
PSYCHOANALYTIC
JURISPRUDENCE

y Sharone, uno es inducido a la conclusión de que mucho se pierde y quizás no mucho se gana limitando la concepción del gobierno del derecho de Freud a la teoría del derecho. Después de todo, Freud no ofrece un análisis sostenido del sistema jurídico y no puede recomendar una metodología o prescribir un procedimiento para el pensamiento jurídico. Pero, aunque no hay una contribución freudiana «fuerte» que sea fructífera para los debates sobre el gobierno del derecho en términos de construir un sistema teórico o metodológico, su trabajo puede ofrecer un aporte «suave», es decir, una sensibilidad a las dimensiones ocultas, inconscientes del gobierno del derecho, sobre las que él se ha enfocado. No obstante, la visión de Freud del gobierno del derecho y puede servir al pensamiento jurídico crítico solo si el derecho es visto como parte de la cultura, más que como un sistema cerrado en sí mismo, es decir, solo en la medida en que los estudios jurídicos sean concebidos como una forma de estudios culturales. Y, para concluir en la misma línea en la que este ensayo comenzó, uno tiene que reconocer que, independientemente de las deficiencias que puedan tener, este es un punto en el que Lacan y los pensadores inspirados en él dan en el blanco (pero una discusión comprensiva sobre Lacan, los lacanianos y el gobierno del derecho tendrá que esperar a otra ocasión).

V. BIBLIOGRAFÍA

Benjamin, Walter (1921). Zur Kritik der Gewalt. *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, 47(3), 809-832.

Brunner, José (1995). *Freud and the politics of psychoanalysis*. Oxford: Blackwell.

Brunner, José (2000). Freud and the rule of law: from *Totem and Taboo* to psychoanalytic jurisprudence. En Michael Levine (ed.), *The analytic Freud. Philosophy and psychoanalysis* (pp. 277-293). Londres: Routledge.

Caudill, David S. (1991). Freud and critical legal studies: contours of a radical socio-legal psychoanalysis. *Indiana Law Journal*, 66(3), 651-697.

Caudill, David S. (1997). *Lacan and the subject of law: toward a psychoanalytic critical legal theory*. Atlantic Highlands, NJ: Humanities Press.

Chase, Anthony (1979). Jerome Frank and American psychoanalytic jurisprudence. *International Journal of Law and Psychiatry*, 2(1), 29-54. [http://dx.doi.org/10.1016/0160-2527\(79\)90029-3](http://dx.doi.org/10.1016/0160-2527(79)90029-3).

Derrida, Jacques (1990). Force of law: the «mystical foundation of authority». *Cardozo Law Review*, 11(5-6), 919-1045.

Douzinas, Costas (1995). Law's birth and Antigone's death: on ontological and psychoanalytical ethics. *Cardozo Law Review*, 16(3-4), 1325-1362.

Ehrenzweig, Albert Armin (1971). *Psychoanalytic jurisprudence: on ethics, aesthetics, and law*. Leiden: Dordrecht.

Foucault, Michel (1977). Nietzsche, genealogy, history. En Donald F. Bouchard (ed.), *Language, counter-memory, practice. Selected essays and interviews* (pp. 139-264). Ithaca: Cornell University Press.

Frank, Jerome ([1930]1949). *Law and the modern mind*. Londres: Stevens and Sons.

Freud, Sigmund ([1912-1913] 1958). *Totem and Taboo*. En *The standard edition of the complete psychological works of Sigmund Freud. Volume 13 (1913-1914): Totem and Taboo and Other Works* (pp. xiii-162). Edición de James Strachey. Londres: Hogarth Press.

Freud, Sigmund ([1923] 1961). *The Ego and the Id*. En *The standard edition of the complete psychological works of Sigmund Freud. Volume 19 (1923-1925): The Ego and the Id and Other Works* (pp. 12-59). Edición de James Strachey. Londres: Hogarth Press.

Freud, Sigmund ([1927] 1961). *The Future of an Illusion*. En *The standard edition of the complete psychological works of Sigmund Freud. Volume 21 (1927-1931): The Future of an Illusion, Civilization and its Discontents and Other Works* (pp. 5-56). Edición de James Strachey. Londres: Hogarth Press.

Freud, Sigmund ([1930] 1961). *Civilization and Its Discontents*. En *The standard edition of the complete psychological works of Sigmund Freud. Volume 21 (1927-1931): The Future of an Illusion, Civilization and its Discontents and Other Works* (pp. 64-145). Edición de James Strachey. Londres: Hogarth Press.

Freud, Sigmund ([1933] 1964). *Why war?* En *The standard edition of the complete psychological works of Sigmund Freud. Volume 22 (1932-1936): New Introductory Lectures on Psycho-Analysis and Other Works* (pp. 203-209). Edición de James Strachey. Londres: Hogarth Press.

Freud, Sigmund ([1939] 1964). *Moses and Monotheism*. En *The standard edition of the complete psychological works of Sigmund Freud. Volume 23 (1937-1939): Moses and Monotheism, An Outline of Psycho-Analysis and Other Works* (pp. 7-137). Edición de James Strachey. Londres: Hogarth Press.

Goldstein, Joseph (1968). Psychoanalysis and jurisprudence: on the relevance of psychoanalytic therapy to law. *Psychoanalytic Study of the Child*, 23, 459-479.

Goodrich, Peter (1995). *Oedipus lex: psychoanalysis, history, law*. Berkeley: University of California Press.

Goodrich, Peter (1997). *Maladies of the legal soul: psychoanalysis and interpretation in law*. *Washington and Lee Law Review*, 54(3), 1035-1074.

Goodrich, Peter & David Gray Carlson (eds.) (1998). *Law and the postmodern mind: essays on psychoanalysis and jurisprudence*. Ann Arbor: University of Michigan Press. <http://dx.doi.org/10.3998/mpub.23186>.

Hume, David ([1740]1964). *A treatise on human nature*. Edición de Lewis Amherst Selby-Bigge. Oxford: Oxford University Press.

47

FREUD Y EL
GOBIERNO DEL
DERECHO. DE
TÓTEM Y TABÚ
A LA TEORÍA
PSICOANALÍTICA
DEL DERECHO
FREUD AND THE
RULE OF LAW:
FROM TOTEM
AND TABOO TO
PSYCHOANALYTIC
JURISPRUDENCE

Hunt, Alan (1993). *Explorations in law and society: toward a constitutive theory of law*. Nueva York-Londres: Routledge.

Kaplan, Leonard V. & Vincent Rinella (1988). Jurisprudence and the appropriation of the psychoanalytic: a study in ideology and form. *International Journal of Law and Psychiatry*, 11(3), 215-248. [http://dx.doi.org/10.1016/0160-2527\(88\)90011-8](http://dx.doi.org/10.1016/0160-2527(88)90011-8).

La Capra, Dominick (1995). Violence, justice and the force of law. *Cardozo Law Review*, 11(5-6), 1065-1078.

Legendre, Pierre & Peter Goodrich (1997). *Law and the unconscious: a Legendre reader*. Nueva York: St. Martin's Press. <http://dx.doi.org/10.1007/978-1-349-25974-8>.

Leonard, Jerry (1995). Foucault and (the ideology of) genealogical legal theory. En Jerry Leonard (ed.), *Legal Studies as Cultural Studies: A Reader in (Post) Modern Critical Theory* (pp. 133-151). Albany, NY: State University of New York Press.

Nietzsche, Friedrich ([1887]1972). *Zur Genealogie der Moral*. Oxford: Blackwell.

Rousseau, Jean-Jacques ([1762] 1968). *The social contract*. Penguin: Harmondsworth.

Schoenfeld, Charles George (1973). *Psychoanalysis and the law*. Springfield, IL: Charles C. Thomas.

Schoenfeld, Charles George (1988). Omnipotence and the law: a psychoanalytically oriented analysis. *Journal of Psychiatry and Law*, 16(3), 421-458.

Sharone, Ofer (1994). Freud and the rule of law. *Journal of Psychiatry and Law*, 22(3), 329-378.

Shaskolsky-Sheleff, Leon (1986). The illusions of law—Psychoanalysis and jurisprudence in historical perspective. *International Journal of Law and Psychiatry*, 9(2), 143-158. [http://dx.doi.org/10.1016/0160-2527\(86\)90043-9](http://dx.doi.org/10.1016/0160-2527(86)90043-9).

West, Robin (1986). Law, rights, and other totemic illusions: legal liberalism and Freud's theory of the rule of law. *University of Pennsylvania Law Review*, 134(4), 817-882. <http://dx.doi.org/10.2307/3312020>.

Recibido: 7/04/2016
Aprobado: 23/10/2016