



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

ISSN: 2305-2546

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

Burt, Robert A.

Los usos del psicoanálisis en el derecho: la fuerza del ejemplo de Jay Katz

Derecho PUCP, núm. 77, 2016, pp. 11-26

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201602.001>

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533662547001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEH
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Los usos del psicoanálisis en el derecho: la fuerza del ejemplo de Jay Katz^{*}

The uses of psychoanalysis in law: the force of Jay Katz's example

ROBERT A. BURT^{**}

Resumen: El presente artículo muestra los posibles usos del psicoanálisis en el derecho a partir del trabajo académico de Joseph Goldstein y Jay Katz. Ambos parten de reconocer la importancia del psicoanálisis para prestar una atención seria y valiente a las dimensiones no racionales del ser humano, de las que debemos ser conscientes en el mundo del derecho. Partiendo de dicha premisa, el autor explora dos posibles usos del psicoanálisis en el derecho. Uno, representado por Goldstein, se centra en utilizar «premisas psicoanalíticas para resolver conflictos jurídicos», como, por ejemplo, al aportar información psicoanalítica para determinar el interés superior del niño en casos de tenencia. Mientras tanto, el otro, representado por Katz, busca «concientizar acerca de un conflicto en casos donde los todos actores se habían dedicado a reforzar mutuamente su fantasía de que no existía conflicto alguno» entre sujetos de una relación, como ocurría en la relación médico-paciente, con la finalidad de repensar estándares que habían sido fijados por el derecho bajo una ilusión de objetividad y racionalidad. El artículo explora estas dos aproximaciones a través de ejemplos, vinculándolas a dos perspectivas adoptadas por Freud a lo largo de su trabajo académico y tomando una postura preferente por la mirada de Katz.

Palabras clave: derecho y psicoanálisis – Jay Katz – Joseph Goldstein – derecho de familia – tenencia de hijos – relación médico-paciente – consentimiento informado

Abstract: This article samples possible uses of psychoanalysis in law from the academic work of Joseph Goldstein and Jay Katz. Both start to recognize the importance of psychoanalysis to provide a serious and courageous attention to the non-rational dimensions of the human being, we should be aware in the world of law. Starting from this premise, the author explores two possible uses of psychoanalysis in law: one represented by Goldstein, focuses on using «psychoanalytic premises to resolve legal disputes», for example by providing psychoanalytic information to determine the best interests of the child in cases of custody, while the other, represented by Katz, who seeks to «create an awareness of conflict where all of the actors had previously been locked in a mutually reinforcing fantasy that no conflict existed», as it occurs in

* Publicado originalmente como «The uses of psychoanalysis in law: the force of Jay Katz's example» (Burt, 2006). Se han añadido subtítulos.

** Profesor Emérito de Derecho «Alexander M. Bickel» de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, *Juris Doctor* (J.D.) por la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, *Master of Arts* (M.A.) en Jurisprudence por la Universidad de Oxford. Lamentablemente, el profesor Burt falleció el 3 de agosto del año 2015, por lo que la presente traducción ha sido concedida amablemente por su esposa, Linda Burt.

doctor-patient relationship, in order to rethink standards that had been set by law under an illusion of objectivity and rationality. The article explores these two approaches through examples, linking two perspectives adopted by Freud throughout his academic work and taking a preferred position by the position of Katz.

Key words: law and psychoanalysis – Jay Katz – Joseph Goldstein – family law – child custody – doctor-patient relationship – informed consent

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS CAMINOS DE JOSEPH GOLDSTEIN Y JAY KATZ.- III. APLICACIONES DEL PSICOANÁLISIS EN EL DERECHO DE FAMILIA Y EN LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE.- IV. CONCLUSIONES.- V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Jay Katz ha sido una de las influencias más profundas y perdurables en mi vida como académico de derecho. Su influencia comenzó en el momento que ingresé a la Escuela de Derecho de Yale como estudiante en 1962. Mi entendimiento de los usos del psicoanálisis en el análisis jurídico comienza con el recuerdo de mi primer encuentro con él. Creo que mi experiencia personal refleja, de manera general, la manera en que Jay llegó a influenciar a todos sus estudiantes, tanto aquellos afortunados que asistieron a sus clases como los que solo lo han conocido mediante sus publicaciones.

Este es el recuento de mi primera sesión de clase con Jay Katz. Acababa de llegar a la Escuela de Derecho en 1962, luego de estudiar derecho dos años en Oxford. Yale trató mi grado de Oxford como el equivalente del primer año de estudio, así que inicié mis estudios efectivamente como estudiante de traslado con privilegios de segundo año (si se me permite la broma, todo fue una transferencia hacia abajo desde aquel momento). Esta condición de traslado me hacía elegible de inmediato para tomar cursos de grados superiores, y me matriculé en Derecho de Familia con los profesores Joe Goldstein y Jay Katz. Esta fue la primera clase a la que asistí en mi primer día en Yale.

Antes de la clase, se nos indicó que debíamos leer el estatuto del estado de Nueva York sobre el divorcio y luego la demanda y contrademanda presentadas por una pareja, identificada con los seudónimos de Sadie y Perry Lesser (Goldstein & Katz, 1965, p. 19). En sus respectivos recursos, Sadie y Perry alegaban indignidades infligidas el uno contra el otro a lo largo de aproximadamente veinte años de casados, descritas con gran detalle. Tras esta lectura previa, entré a clase junto con unos treinta estudiantes más.

13

LOS USOS DEL
PSICOANÁLISIS
EN EL DERECHO:
LA FUERZA DEL
EJEMPLO DE JAY
KATZTHE USES OF
PSYCHOANALYSIS
IN LAW: THE FORCE
OF JAY KATZ'S
EXAMPLE

Jay y Joe estaban sentados lado a lado al frente de la clase y Joe comenzó con una típica pregunta abierta. «¿Qué tenemos aquí?» preguntó, y él y Jay esperaron una respuesta en silencio. Yo estaba desconcertado, no solo por la pregunta, que era bastante fuera de lo común en comparación a mis antiguas clases de derecho en Oxford, sino más aun por el prolongado silencio que siguió por parte de los profesores (podría apostar a que el silencio no duró más de quince segundos, pero en el locuaz mundo del derecho en el que me había iniciado, quince segundos pueden parecer bastante). Entonces, un alumno levantó su mano y habló, seguido por otro, y luego otro. Una y otra vez, se dirigió la atención de los estudiantes hacia los detalles técnicos de la ley —las diferencias entre «divorcio» y «separación de cuerpos», por ejemplo, y la manera en que los alegatos de ambas partes se relacionaban con estos distintos estándares—. Jay y Joe escuchaban respetuosamente todas las intervenciones, comentando sobre alguna ocasionalmente, pero luego de atender a todas las manos alzadas, Joe preguntó «¿y qué más?». El silencio volvió al aula. Luego unos más alzaron las manos, hubo unos comentarios adicionales por parte de los profesores y luego, nuevamente, la pregunta «¿algo más?». Se hizo silencio una vez más.

Permanecí callado durante todo esto, impresionado por la seguridad y dominio técnico de mis compañeros, y confundido acerca de qué era lo que se esperaba en una clase estadounidense de derecho (aunque pronto aprendí que esta era una clase estadounidense muy poco convencional, incluso para Yale). Luego habló Jay, quien hasta este momento había estado en silencio o, en todo caso, había comentado poco, prefiriendo dejar que Joe sea quien interactúe. Y Jay habló, desde luego, en su inglés con acento, lo cual me dejó la impresión que estaba en ese momento ante la encarnación misma de Sigmund Freud. Dijo: «Aquí hay una posible explicación de lo que ocurre: estas dos personas se encuentran en guerra. Están luchando el uno contra el otro por su dignidad, incluso por sus vidas. Esta es una lucha de vida o muerte entre Sadie y Perry Lesser».

Recuerdo liberarme de una inmensa tensión tras escuchar estas palabras, sentir que reconocía algo en mí mismo y en el mundo de lo cual antes solo había tenido un breve vistazo, sentir que surgían sentimientos que no sabía que llevaba dentro de mí. Puede sonar melodramático, pero para mí, este fue un drama de carácter muy personal y elevado. Había llegado a esta clase con dos años de preparación en derecho y diez años de saber que quería ser abogado. Pero mi exposición inicial a la educación en derecho en Oxford solo me dejó una premonición y una pregunta sin responder. ¿Por qué —me había preguntado al cabo de los dos últimos años— quería ser abogado? El derecho como lo conocía parecía ser una serie de delicados ejercicios de dedos. Había aprendido que podía realizar estos ejercicios razonablemente bien, que podía jugar

la partida conforme a las reglas dadas. Pero, ¿para qué? ¿Por qué me encontraba ahí, y qué es lo que buscaba en esta profesión? De pronto, sin esperarlo, en aquella clase con Jay y Joe, obtuve una respuesta. O quizá no una respuesta, pero por lo menos el esbozo de una, junto con la convicción de que me encontraba en el lugar adecuado. Estaba donde quería estar y donde necesitaba estar. Estaba en un salón de clase de la Escuela de Derecho de Yale con Joe Goldstein y Jay Katz.

Luego Joe profundizó sobre la observación de Jay acerca de la guerra entre los Lesser: «Nuestra tarea en este curso es evaluar las armas que el derecho otorga a Sadie y Perry para llevar a cabo esta guerra, que empezó fuera de la corte, y preguntarnos si el acceso a estas armas jurídicas es beneficioso o perjudicial para estas dos personas, sus niños y para la sociedad». Estaba deslumbrado y encantado. Aún lo estoy.

Con el tiempo, Jay y Joe tomaron diferentes caminos para responder estas preguntas. Esto no fue muy perceptible en las clases que tuve con ellos entre 1962 y 1964, sino más adelante en sus obras posteriores. A lo largo de este ensayo, exploraré algunas de esas diferencias porque traen a la luz ciertos usos posibles del psicoanálisis en el pensamiento jurídico. La lección que Jay y Joe enseñaban, y la premisa que compartían, era que el derecho propiamente entendido debe englobar la dimensión total de la condición humana. El derecho puede aspirar a tener control racional sobre los asuntos humanos y, en esta búsqueda por el control racional, aspirar alcanzar completa transparencia entre los actores jurídicos al reconocer la relación entre los medios jurídicos y su objetivo final de control racional. Sin embargo, el psicoanálisis enseña que esta aspiración a la racionalidad y transparencia se ve enfrentada a obstáculos persistentes, a veces inabordables, debido a lo inescapable que es el pensamiento irracional en el funcionamiento psicológico humano. El psicoanálisis también enseña que la aspiración a la racionalidad y transparencia fracasará, que se convertirá incluso en una perversa y contraproducente caricatura de sí misma, a menos que los actores jurídicos presten atención explícita y respetuosa de forma continua a las dimensiones no racionales de su empresa.

Estas son las dos premisas que Jay y Joe compartían e impartían a sus estudiantes. Su atención respetuosa y valiente a las dimensiones no racionales, enterradas bajo las pretensiones imperialistas y seguras de la racionalidad jurídica, fue el impacto y la emoción de reconocimiento que experimenté en mi primer encuentro con Joe y Jay y Sadie y Perry Lesser.

II. LOS CAMINOS DE JOSEPH GOLDSTEIN Y JAY KATZ
Dos corrientes distintas se desprenden de estas premisas tomadas del psicoanálisis, ejemplificadas no solo en los caminos distintos que

15

LOS USOS DEL
PSICOANÁLISIS
EN EL DERECHO:
LA FUERZA DEL
EJEMPLO DE JAY
KATZTHE USES OF
PSYCHOANALYSIS
IN LAW: THE FORCE
OF JAY KATZ'S
EXAMPLE

tomaron Jay y Joe en su obra, sino también en la historia del pensamiento psicoanalítico en general. Como con la mayoría de cosas relacionadas al psicoanálisis, la procedencia de estas vertientes puede rastrearse hasta la mente de su fundador. Bajo riesgo de simplificar excesivamente, uno podría trazar una distinción entre el Freud temprano y el Freud tardío. La ambición inicial de Freud era desplegar los conocimientos y metodología del psicoanálisis para domesticar lo irracional —como dijo en su conocido aforismo, «donde Ello era, allí Yo debe advenir» ([1932] 1933, p. 80)—, mientras que el Freud tardío es más escéptico acerca de la posibilidad de lograr esta meta, como puede apreciarse en su ensayo «Análisis terminable e interminable» (1937) o en su libro *El malestar en la cultura* (1930). Quizá esta distinción entre el Freud temprano y tardío es un poco forzada, pero como recurso heurístico nos ayuda a identificar los usos divergentes del psicoanálisis en el derecho y, en particular, para ubicar a Joe y a Jay dentro del espectro del pensamiento de Freud.

A mi parecer, la ambición dominante del enfoque de Joe respecto al psicoanálisis en el derecho, conforme se desarrolló su carrera intelectual, era identificar principios para resolver conflictos jurídicos que tomaran de manera explícita en consideración lo no racional, sin intentar cubrirlo con una fachada racional aquello que era fuerzas psicológicas más bien ingobernables. La expresión paradigmática de este enfoque se encontraba en el trabajo de Joe concerniente a las disputas sobre el bienestar social de niños, con la colaboración de Anna Freud y Albert Solnit (posteriormente también trabajos con Sonya Goldstein) (Goldstein, Freud & Solnit, 1979; Goldstein, Freud & Solnit, 1973; Goldstein & otros, 1986). Junto con sus colaboradores, Joe empleó las premisas psicoanalíticas para demostrar que la organización del pensamiento de los niños era bastante distinta de las concepciones adultas convencionales de racionalidad. Esta demostración requería, como mínimo, que se entienda que los niños, en especial los infantes, se encuentran profundamente sumergidos en un pensamiento no racional que solo da lugar a un pensamiento racional, transparente y autoconsciente de manera gradual. Debemos entender, además, que este es un proceso extenso, cuyo éxito depende de la adecuada atención y apoyo a la no-racionalidad que es característica del desarrollo de los niños.

Pero Joe tenía otra ambición, la cual considero su contribución característica en sus obras colaborativas, y era identificar reglas que fueran respetuosas en sí de las no-racionalidades únicas del desarrollo de los niños; reglas que pudieran ser aplicadas por autoridades jurídicas para resolver una amplia gama de disputas sobre el bienestar social de los menores. Así, a partir de la premisa de que todo niño necesita una relación continua con un cuidador adulto, Joe diseñó reglas para preservar la continuidad al proteger las relaciones de custodia existente

y continua de desafíos provenientes de padres biológicos, a pesar de que los guardianes no tuvieran vínculo biológico alguno con el niño. Joe sostenía que estos guardianes eran los únicos «padres psicológicos» del niño y esto significaba, en términos psicoanalíticos, que eran sus únicos padres¹. Joe aplicaba el principio de continuidad a las disputas de divorcio entre padres biológicos para requerir que el guardián cotidiano del menor reciba autoridad total e incuestionable sobre todos los aspectos de la crianza del menor —la elección de la escuela, afiliación religiosa e inclusive acuerdos de visita con los padres no custodios (véase Goldstein, Freud & Solnit, 1973, pp. 31-40). Estos ejemplos ilustran la misión general de Joe: utilizar premisas psicoanalíticas para resolver conflictos jurídicos.

Jay tenía una agenda muy distinta. Su preocupación principal no era resolver disputas, sino crearlas. La misión de Jay era incitar el conflicto ahí donde una parte o todas las partes de una relación no habían reconocido anteriormente un conflicto o habían concebido siquiera que estaban peleando por algo. El contexto paradigmático para el esfuerzo de provocación de Jay era la relación entre médico y paciente. En el entendimiento tradicional de esta relación, como demostró Jay en su trabajo académico sobre historia², desde la época de Hipócrates en adelante, no se reconoce ningún conflicto entre el médico y el paciente. La misma definición de la relación implicaba que el médico se encontraba a cargo y el paciente era sumiso, es decir, que paciente y médico compartían «una misma opinión». Esa opinión era la del médico, y el paciente literalmente no tenía una opinión propia (véase Katz, [1984] 2002, pp. xl-xxviii).

Esta concepción tradicional violaba normas de autodeterminación arraigadas en la ideología del individualismo occidental posterior a la Ilustración, y Jay invocaba estas normas para sustentar su caso contra la concepción tradicional de la relación médico-paciente. Pero el corazón de su caso no recaía sobre estas normas. La contribución característica de Jay fue su uso de premisas psicoanalíticas para demostrar que la concepción tradicional no era acertada, sino que era, en realidad, una simplificación vulgar, incluso una falsificación, que servía para suprimir la conciencia acerca de los conflictos que médicos y pacientes frecuentemente experimentaban entre sí. A mayor profundidad, Jay sostenía que esta concepción tradicional de unidad inherente de propósito entre médicos y pacientes servía para enmascarar los conflictos que cada uno sentía dentro de sí mismo.

1 Véase Goldstein, Freud & Solnit (1979, pp. 39-57), respecto a los vínculos familiares entre niños y quienes, no siendo sus padres, cuidan de ellos por un periodo prolongado.

2 Véase Katz ([1984] 2002, pp. 30-47), donde traza la «historia de silencio» entre paciente y médico.

17

LOS USOS DEL
PSICOANÁLISIS
EN EL DERECHO:
LA FUERZA DEL
EJEMPLO DE JAY
KATZTHE USES OF
PSYCHOANALYSIS
IN LAW: THE FORCE
OF JAY KATZ'S
EXAMPLE

El núcleo de estos conflictos era concerniente al problema del control racional. Para el paciente, el apreciado ideal del autocontrol racional se ve amenazado por la enfermedad que lo conduce a buscar la ayuda del médico. Esta vulnerabilidad psicológica fue la base para la postura médica tradicional de que los pacientes eran inherentemente incapaces de ejercer elecciones autónomas sobre su régimen de tratamiento. Pero Jay mostró como el apreciado ideal de autocontrol racional de los médicos se ve socavado, a su vez, por múltiples incertidumbres que son parte inevitable de la praxis médica. El objetivo básico de la medicina científica durante los últimos ciento cincuenta años ha sido expandir el alcance del dominio racional sobre la enfermedad, y un rango impresionante de intervenciones médicas ha sido diseñado para este propósito. Pero Jay sostenía que una amplia gama de estas intervenciones viene con un problema desconcertante para cada médico, que se ve obligado a «estar al día con el rubro», o hacer coincidir su capacidad personal para controlar la enfermedad del paciente con el pujante desarrollo de herramientas que la ciencia dispone para tal fin. Aun para el médico mejor informado, la incertidumbre es inevitable en su trato con sus pacientes debido a la variabilidad biológica inherente a cada paciente, y debido también a lo mucho que falta por conocer acerca del proceso de las enfermedades en general.

Al confrontarse a estas vulnerabilidades, tanto pacientes como médicos encuentran sosiego en la fantasía de que la enfermedad se curará por acto de magia. Jay lo fraseó de la siguiente forma en su influyente libro *El mundo silencioso del doctor y el paciente*: «Muy dentro de su subconsciente, los pacientes ven a los médicos como hacedores de milagros, modelados a la imagen de los padres todopoderosos de la infancia, que existen en su fantasía» ([1984] 2002, p. 192). Los médicos, desde su lado de la transacción subconsciente, desean ser esos «hacedores de milagros» para asegurarse tanto a sus pacientes como a sí mismos que los «fantasiosos padres todopoderosos de la infancia» siguen ahí cuando se los necesita, sea que los necesiten los pacientes o ellos mismos. La meta de Jay no era destruir esa fantasía común. Las premisas psicoanalíticas nos enseñan que no hubiera podido, aun si lo hubiese querido. Pero estas premisas también nos dicen que las fantasías pueden tener consecuencias «adaptativas» y «mal adaptativas» y Jay, como el buen psicoanalista que es, ha tenido por objetivo identificar las fantasías que estaban dando forma a las percepciones de interacciones reales y descifrar las maneras en las que estas fantasías ayudaban o estorbaban a los objetivos subyacentes de los participantes de dichas interacciones.

Volviendo al contraste entre Jay y Joe: el objetivo de Joe era tomar la premisa del derecho para proteger el mejor interés del niño y, en sus palabras, «verter contenido [...] dentro del estándar jurídico» mediante el uso de premisas psicoanalíticas (Goldstein, 1968, p. 174). Joe comenzó

con un estándar jurídico que era claramente indeterminado y que, como casi todos reconocían, era sujeto a aplicación judicial arbitraria. Su ambición era hacer que este estándar fuera claramente determinado mediante el conocimiento psicoanalítico.

Jay orientaba su trabajo exactamente en la dirección contraria. Jay comenzó con el estándar jurídico del «consentimiento informado» que, muchos concordaban, era claramente determinado: los médicos están obligados a hacer solo lo que el paciente solicite y a informar al paciente de todas las opciones disponibles para ese objetivo claro y definido. Jay adoptaba este estándar por razones normativas ajenas a las premisas psicoanalíticas. Pero su objetivo básico era desenmascarar la indeterminación que se escondía bajo la simplicidad engañosa de la fórmula del «consentimiento informado», es decir, las fantasías múltiples e interconectadas entre médico y paciente. En este sentido, Joe utilizaba el psicoanálisis para resolver conflictos ahí donde todos los actores jurídicos habían reconocido la existencia de un conflicto, mientras que Jay utilizaba el psicoanálisis para concientizar acerca de un conflicto en casos donde todos los actores se habían dedicado a reforzar mutuamente la fantasía de que no existía conflicto alguno.

Estos dos usos opuestos del psicoanálisis encajan dentro de las premisas del campo. La aspiración original de Freud para el psicoanálisis como empresa médico-científica es afín, en particular, a la ambición de Joe de encontrar estándares dispositivos dentro de la disciplina para guiar la conducta o, podría decirse, criterios de comportamiento «normal y saludable» por oposición a lo «anormal y patológico». El objetivo de Jay de introducir complejidad e indeterminación es más afín a la evolución del psicoanálisis en su expresión clínica como modalidad terapéutica. El enfoque de Jay también refleja las dudas posteriores acerca del carácter de la empresa psicoanalítica expresadas por Freud así como por otros teóricos psicoanalíticos contemporáneos (véase, por ejemplo, Loewald, 1975). El camino trazado por Jay de utilizar premisas psicoanalíticas para identificar y amplificar conflictos, donde no se había reconocido conflicto alguno, es el que he intentado seguir en mi propio pensamiento y escritos sobre derecho. Este enfoque tiene un costo: la idea convencional del derecho exige la resolución de disputas, mientras que el acercamiento de Jay se orienta más a incitar y prolongar estas disputas que a resolverlas. A pesar de que esta inclinación va contra lo establecido en el pensamiento jurídico convencional, creo que existe una verdad profunda y beneficiosa para la sociedad que puede surgir de esta perspectiva poco ortodoxa.

III. APLICACIONES DEL PSICOANÁLISIS EN EL DERECHO DE FAMILIA Y EN LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

Para ilustrar esta verdad, examinaré dos aplicaciones específicas de los enfoques opuestos presentados por Joe y Jay. En primer lugar, consideremos brevemente el acercamiento de Joe a la disputa por la custodia de un menor en *Painter vs. Bannister*, resolución de la Corte Suprema de Iowa que obtuvo notoriedad considerable como un «choque cultural» a mediados de los sesenta (1966). El sujeto de este enfrentamiento era Mark Painter, un niño de siete años cuya madre y hermana menor habían fallecido dos años antes en un accidente automovilístico. Su padre, Harold, lo envió de inmediato a vivir con sus abuelos maternos en su granja de Iowa. Tras casarse de nuevo, Harold buscó recobrar la custodia de Mark, pero encontró resistencia por parte de los abuelos de Mark, los Bannister. La Corte de Iowa otorgó custodia permanente a los abuelos y caracterizó su hogar como un «ambiente estable, confiable y convencional en el medio oeste» (1966, p. 154), mientras que el hogar de Harold Painter era «inestable, poco convencional, artístico y quizá intelectualmente estimulante» (1966, p. 156). Joe aprobaba la disposición de la Corte de Iowa, pero no su razonamiento articulado para rechazar al padre «artístico [...] y quizá intelectualmente estimulante» (1966, p. 156).

No puedo evitar imaginar una pequeña sonrisa dibujándose en el rostro de Joe al hablar en contra de la condena prácticamente unánime entre los «intelectuales liberales» sobre este fallo pueblerino de Iowa. Pero Joe había derivado un principio superviviente de las premisas psicoanalíticas que subyacen: el estándar de «continuidad». Mark debía permanecer con sus abuelos porque el examen conducido por el psicólogo en este caso demostró que los Bannister se habían convertido en sus «padres psicológicos» al cabo de los dos años que vivieron con él.

A diferencia de la decisión de la Corte de Iowa, la resolución de Joe no es vulnerable a ser acusada de tener un sesgo cultural, pero creo que fue mal guiado por su visión subyacente del rol del psicoanálisis para abordar conflictos jurídicos. Entendida de manera convencional, había una disputa clara y reconocida entre Harold Painter y los Bannister, dado que ambas partes deseaban la custodia de Mark y solo estaban dispuestas a conceder un limitado acuerdo sobre el régimen de visitas al otro. El rol de la corte, entendido de manera convencional, era resolver la disputa a favor de un reclamante u otro. Hay un imperativo práctico poderoso detrás de este entendimiento del rol judicial. Una furiosa disputa existía entre ambas partes, y ambas partes creían que solo una podría prevalecer, pero este imperativo práctico no toma en cuenta el «mejor interés» del niño eje de la disputa. Joe, al invocar el principio de continuidad basado en el psicoanálisis, pretende defender el mejor interés de Mark, pero considero que esto es erróneo para el caso específico de Mark y que este

19

LOS USOS DEL
PSICOANÁLISIS
EN EL DERECHO:
LA FUERZA DEL
EJEMPLO DE JAY
KATZTHE USES OF
PSYCHOANALYSIS
IN LAW: THE FORCE
OF JAY KATZ'S
EXAMPLE

error específico ilumina el error más grande que aqueja el objetivo de Joe de utilizar el psicoanálisis para lograr la resolución definitiva de disputas.

A mi parecer, para pensar en el mejor interés de Mark Painter se debe comenzar por reconocer las trágicas pérdidas que había soportado. La necesidad psicológica de Mark de recibir cuidado continuo no había sido suspendida por las muertes súbitas de su madre y hermana menor. La necesidad, por el contrario, había sido intensificada y, por ello mismo, socavada por la decisión de su padre de enviarlo de su casa familiar en Alaska a Iowa, al otro lado del continente, con abuelos que apenas conocía. Quizá Harold Painter, devastado por la muerte de su esposa e hija, sentía que no podía ofrecer nada a Mark en respuesta a su pérdida común, pero la ruptura adicional de perder contacto con su padre al mismo tiempo que perdió a su madre y hermana debió haber pasado una alta factura a Mark.

Cuando el padre de Mark reapareció de súbito, buscando retomar su rol de custodia, pero siendo rechazado por los abuelos de Mark, hubo dos maneras de plantear el problema de la custodia. La primera es preguntarse: ¿qué elección entre ambas partes es la más apta para suplir las necesidades actuales de Mark? Es decir, ¿cuál parte de ambas es la que debe prevalecer? Otra manera de plantear la pregunta es: ¿cómo se puede hacer entender a estas partes, que se encuentran en conflicto, que la mejor (o quizá la única) manera de suplir las necesidades de Mark es que su padre y abuelos encuentren una manera de trascender esta hostilidad y trabajar juntos, dando todo de sí para que Mark pueda tener una relación saludable y continua con ambos?

Creo que esta segunda manera de plantear la pregunta es preferible, basándome en la premisa psicoanalítica de preservar la continuidad que Joe mismo invocaba. Mark ya había sufrido una terrible pérdida de cuidado continuo. Una resolución que debe elegir entre uno de los dos cuidadores psicológicamente importantes que aún le quedan a Mark no puede significar sino otro golpe, otra pérdida de una relación continua. Puede ser que los contendientes por la relación continua con Mark estaban tan alienados entre sí que jamás podrían comprender la necesidad de Mark de que ambos trabajen juntos. Puede ser que el juez se viese forzado, como una cuestión práctica, a escoger entre ellos, a pesar de que el acto mismo de escoger fuese psicológicamente perjudicial para Mark. Pero sería erróneo, y engañoso para las partes contendientes, que el sistema jurídico afirme que esta elección es en nada un perjuicio al mejor interés de Mark o, como Joe hubiera preferido formularlo, que la elección nos lleva a la «alternativa menos perjudicial» (Goldstein & otros, 1986). Esta resolución no beneficia a Mark y tampoco ayuda a atenuar el perjuicio que se le hace. Si sus familiares en conflicto comprendieran que Mark solo se beneficiaría si trascienden de su batalla

por él, se darían cuenta de que elegir forzosamente entre ambos solo puede lastimarlo.

Este es el mensaje claro y firme que el sistema jurídico debería presentar a las partes en conflicto. El sistema no debería pretender, por un segundo, que los intereses de Mark serán servidos si un juez toma la elección que las partes en conflicto exigen, y ningún experto, sea psicoanalítico o de cualquier otra perspectiva profesional psicológica, debería prestar el prestigio de su autoridad a esta pretensión, aun si las partes en conflicto o el sistema jurídico mismo intentan involucrarlos en esta empresa engañosa.

Los psicólogos expertos tienen un rol en esta disputa y ese rol es el de concientizar a las partes acerca de la necesidad urgente de Mark de que solucionen su conflicto, involucrarlas en un diálogo amplio y empático acerca de las bases de su conflicto, y explorar las posibilidades de trascender este conflicto mediante el entendimiento empático de sí mismos y de sus antiguos adversarios. Esta es la concepción de dicho rol que subyace al uso de premisas psicológicas en el enfoque de Jay sobre las instituciones jurídicas.

Jay lo deja claro en su visión de la función del «consentimiento informado» en las relaciones médico-paciente. Según Jay, el requisito del consentimiento informado no es simplemente una regla que moderniza la visión tradicional de que los médicos toman decisiones unilaterales sobre los pacientes a una nueva visión en la cual los pacientes toman decisiones unilaterales sobre sus médicos. Es decir, Jay no veía el requisito de «consentimiento informado» como una regla para resolver disputas, como Joe pretendía hacer con su regla del «padre psicológico». Como plantea Jay en su *Mundo silencioso*, el «consentimiento informado» solo puede entenderse propiamente como una «obligación al diálogo» ([1984] 2002, p. 130). El objetivo de dicho diálogo no es que un participante se imponga sobre el otro, sino que médico y paciente conversen con honestidad y confiando el uno en el otro para llegar a un acuerdo sobre cuál es el mejor curso para el tratamiento.

Jay expone elegantemente su visión del potencial de este diálogo y los obstáculos que enfrenta, así como las consecuencias en caso de no llegar a un acuerdo, cuando habla de la justificación respecto a no aplicar la norma de «consentimiento informado» mediante la declaración de interdicción civil temporal de las personas con trastornos mentales. En su informe, *El derecho al tratamiento – una ficción jurídica encantadora*, publicado en 1969, detalla las premisas psicológicas esenciales sobre las cuales se erige toda su obra sobre el rol del consentimiento informado en las relaciones médico-paciente. Podría parecer paradójico, dado que el artículo trata sobre personas con trastornos mentales que, en términos estrictamente jurídicos, son incapaces de dar o abstenerse de dar su

21

LOS USOS DEL
PSICOANÁLISIS
EN EL DERECHO:
LA FUERZA DEL
EJEMPLO DE JAY
KATZ

THE USES OF
PSYCHOANALYSIS
IN LAW: THE FORCE
OF JAY KATZ'S
EXAMPLE

consentimiento informado y esta misma incapacidad es la justificación esencial para imponerles el tratamiento. Pero las premisas psicológicas de Jay erosionan las distinciones estrictas entre capacidad e incapacidad mental. La manera en que Jay lidiaba con el rol del consentimiento del paciente en procedimientos de interdicción civil es, a fin de cuentas, la misma manera en la que lidiaba con el consentimiento informado en toda relación de tratamiento, aun cuando no se presentase un problema de «trastorno» o «incapacidad mental».

Quiero citar un pasaje amplio del artículo que Jay publicó en 1969. En este fragmento, y en el artículo en general, Jay pretende solo hablar acerca de personas con trastornos mentales. No obstante, al citar este pasaje, le insto a que atienda a las resonancias con su opinión sobre las vulnerabilidades psicológicas de todas las personas que enfrentan enfermedades graves, sean mentales o físicas. Esto es lo que Jay dijo:

Las personas a quienes la sociedad interna contra su voluntad están, en su mayoría, convencidas consciente e inconscientemente de que a nadie le importan, de hecho ven toda oferta de ayuda con tal suspicacia, que es necesario un largo periodo de exposición a un mundo de confianza, respeto y cuidado, al que no están acostumbradas, para poder intentar modificar estas creencias. Es posible, sin saber precisamente cuando lo es y cuando no lo es, cambiar actitudes desafiantes, ignorantes y de temor sobre el tratamiento a través del esfuerzo paciente y persistente en un entorno institucional. Detrás del rechazo consciente de tratamiento, operan otros deseos inconscientes —el de ser protegido, cuidado, mantenido, ayudado—. ¿Qué peso se debe otorgar a estos deseos cuando son ahogados por palabras que maldicen su propio ser y al mundo? (1969, p. 771).

Si hay parecidos psicológicos significativos, como yo creo que los hay, entre las personas a las que Jay describe como candidatos aptos para ser declarados en estado de interdicción civil y las muchas otras que rechazan los regímenes de tratamiento para enfermedades físicas y mentales que les ofrecen los médicos, ¿son estas similitudes una justificación para que los médicos ignoren la negación de sus pacientes? Jay se rehusaba a aceptar este corolario. Pero su rechazo no estaba basado en una distinción categórica entre el rechazo «mentalmente normal» y el «mentalmente anormal» del tratamiento. En última instancia, Jay se rehusaba a aceptar el tratamiento forzado para gente «mentalmente anormal» por el mismo motivo que se negaba a aceptarlo para gente «mentalmente normal». Para los casos de interdicción civil, Jay apoyaba lo que él llama «un punto medio, que busca tomar en cuenta las complejidades de las dinámicas conscientes e inconscientes y al mismo tiempo intenta evitar que tales juicios se salgan de control» (Katz, 1969, p. 771).

23

El «punto medio» de Jay consistía en permitir que se fuerce la interacción con un médico, pero solo durante un tiempo definido y relativamente corto. Según Jay, durante esta relación forzada de duración limitada, las intervenciones necesariamente estarían

[R]estringidas a una exploración de las resistencias al tratamiento y, por ende, se extenderían solo a la oportunidad de aprender a apreciar el valor del tratamiento y a aquellos que lo ofrecen.

[... pero] la imposición de límites sugerirá tanto al paciente como al médico que llegará el día en que ambos tendrán que doblegarse ante las fuerzas inconscientes que evitan la terapia o respetar las convicciones conscientes e inconscientes que niegan su necesidad [...] Los participantes sabrán que la tarea por delante es alcanzar un consenso o diferir respetuosamente acerca de la necesidad del tratamiento (Katz, 1969, pp. 773-774).

Si, según las indicaciones de Jay, no se alcanza un consenso y persiste el desacuerdo «respetuoso» sobre la necesidad del tratamiento, entonces el tratamiento no puede llevarse a cabo. En este sentido, y únicamente en este sentido, el derecho de autonomía personal de rechazar el tratamiento pasa al primer plano.

Creo que esta descripción del posible papel de la coerción en las relaciones médico-paciente cuando existe la posibilidad de una enfermedad mental es con exactitud muy similar a la visión de Jay sobre el rol del consentimiento informado en las relaciones médico-paciente en general. A diferencia de la visión usual de los abogados, que comienza con la premisa —o, podríamos decir, con la presunción casi irrefutable— de la autonomía personal, la perspectiva psicoanalítica de Jay nos enseña que la capacidad de autonomía personal y de autocontrol racional se encuentran involucradas durante la fase inicial de la relación médico-paciente. El objetivo de dicha fase inicial es que ambas partes, el médico y el paciente potencial, exploren esta capacidad. Esta exploración, además, debe reconocer y explorar las dudas no solo del paciente potencial, cuya capacidad de autocontrol racional podría estar nublada por el impacto de la enfermedad, sino también del médico, cuya pasión por el control científico y racionalista de la enfermedad podría verse frustrada por el desafío que presenta la condición del paciente potencial.

A nivel psicológico, es engañoso caracterizar esta fase inicial de la relación médico-paciente como un intercambio libre entre individuos autónomos, racionales y en control de sí mismos. La inevitable amenaza que ambas partes sienten con respecto a su capacidad de mantener autocontrol racional dictamina que la relación misma se sentirá mutuamente coercitiva en aspectos cruciales. Esta coerción mutua no está mal ni es

LOS USOS DEL
PSICOANÁLISIS
EN EL DERECHO:
LA FUERZA DEL
EJEMPLO DE JAY
KATZ

THE USES OF
PSYCHOANALYSIS
IN LAW: THE FORCE
OF JAY KATZ'S
EXAMPLE

normativamente inapropiada por parte del paciente o del médico, sino que es psicológicamente inevitable, y el error estaría únicamente en no reconocerla. A través de la «obligación de diálogo» que prescribe Jay, se debe hacer visibles, de manera explícita y reconocida, estos elementos mutuamente coercitivos. Como observó Jay, tanto para las interacciones entre psiquiatras y pacientes potenciales así como para las fases iniciales en toda interacción entre médicos y pacientes potenciales, «la tarea ante ellos es alcanzar el consentimiento o diferir respetuosamente acerca de la necesidad del tratamiento» (Katz, 1969, p. 774).

Si el desacuerdo persiste, se debe terminar la relación, pero esto no constituye necesariamente una victoria para la autonomía personal en su concepción psicológica. Como observó Jay en su artículo de 1969, la versión jurídica convencional y empedernidamente racionalista de la autonomía personal afirma que

Sin importar qué balance exista entre las fuerzas instintivas y del Yo, o entre las fuerzas libidinales y destructivas del Superyó, o entre las distorsiones pertenecientes al mundo interior y exterior, al individuo debe permitírsele elegir su propio destino si así lo «declara». Tal proposición puede ser tan destructiva para la vida humana como su opuesto, la predisposición excesiva a hospitalizar [...] Tal acercamiento es tan insensible como el abuso de poder que lleva a la encarcelación indefinida sin tratamiento o con tratamientos que son de nulo valor o inefectivos o incluso perjudiciales (Katz, 1969, p. 770-771).

IV CONCLUSIONES

El objetivo de Jay a lo largo de su trabajo no era rechazar la visión racionalista del derecho acerca de la autonomía personal, sino evaluar esa visión desde un enfoque del funcionamiento psicológico humano nutrido por el psicoanálisis para encontrar sus carencias y exponer las maneras en que esta visión psicológica humana puede ser reconciliada con el racionalismo del derecho. Este acercamiento no produce normas para resolver conflictos jurídicos. Tales normas dispositivas, como sucede con el concepto tradicional del derecho del paciente a la autodeterminación, pueden ser muy fácilmente explotadas por pacientes y médicos para frenar la autoexploración o incluso frenar toda posibilidad de diálogo. El objetivo de Jay siempre ha sido provocar la conversación y utilizar premisas psicoanalíticas para identificar el objeto de estas disputas conversacionales.

En mi propio trabajo, en ética biomédica (véanse, por ejemplo, Burt, 2002; 1979) específicamente y sobre las sentencias en materia constitucional en general (véase, por ejemplo, Burt, 1992), e incluso desde mi primer encuentro con él cuando era un estudiante de derecho

en 1962, siempre me he dejado guiar por el ejemplo de Jay, y le agradezco por eso.

25

V. BIBLIOGRAFÍA

Burt, Robert A. (1979). *Taking care of strangers: the rule of law in doctor-patient relations*. Nueva York: The Free Press.

Burt, Robert A. (1992). *The constitution in conflict*. New Haven: Yale University Press.

Burt, Robert A. (2002). *Death is that man taking names: intersections of American medicine, law, and culture*. Berkeley: University of California Press.

Burt, Robert A. (2006). The uses of psychoanalysis in Law: the force of Jay Katz's example. *Yale Journal of Health Policy, Law and Ethics*, 6(2), 401-413.

Freud, Sigmund (1930). 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, 1961.

Freud, Sigmund ([1932] 1933). New introductory lectures on psycho-analysis. 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. 7-182). Edición de James Strachey, Londres: Hogarth Press, 1964.

Freud, Sigmund (1937). Analysis terminable and interminable. 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. 209-253). Edición de James Strachey, Londres: Hogarth Press, 1964.

Goldstein, Joseph (1968). Psychoanalysis and jurisprudence. *The Yale Law Journal*, 77(6), 1053-1077. <https://doi.org/10.2307/794884>.

Goldstein, Joseph & Jay Katz (1965). *The family and the law*. Nueva York: The Free Press.

Goldstein, Joseph, Anna Freud & Albert Solnit (1973). *Beyond the best interests of the child*. Nueva York: The Free Press.

Goldstein, Joseph, Anna Freud & Albert Solnit (1979). *Before the best interests of the child*. Nueva York: The Free Press.

Goldstein, Joseph & otros (1986). *The best interests of the child: the least detrimental alternative*. Nueva York: The Free Press.

Katz, Jay (1969). The right to treatment – an enchanting legal fiction? *University of Chicago Law Review*, 36(4), 755-783. <https://doi.org/10.2307/1598974>.

Katz, Jay ([1984] 2002). *The silent world of doctor and patient*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

LOS USOS DEL
PSICOANÁLISIS
EN EL DERECHO:
LA FUERZA DEL
EJEMPLO DE JAY
KATZ

THE USES OF
PSYCHOANALYSIS
IN LAW: THE FORCE
OF JAY KATZ'S
EXAMPLE

Loewald, Hans (1975). Psychoanalysis as an art and the fantasy character of the psychoanalytic situation. En Hans Loewald, *Papers on psychoanalysis* (pp. 352-371). New Haven: Yale University Press, 1980.

Normativa y Jurisprudencia

Corte Suprema de Iowa (1966). Painter v. Bannister. *North Western Reporter, Second Series*, 140, 152-158.

Recibido: 25/07/2016

Aprobado: 21/10/2016