

# LE CADAVRE EXQUIS BOIRA LE VIN NOUVEAU: UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO DESDE SU INCOHERENCIA

JULIÁN DANIEL GONZÁLEZ ESCALLÓN\* \*\*

*Pues yo, camaleón cambio infiltración con actitudes cómodas -  
Opiniones multicolores para toda ocasión dimensión precio- yo  
Hago lo contrario de lo que propongo a los demás.*

*Siete manifiestos DADA  
Tristan Tzara*

## RESUMEN

El presente artículo busca establecer una comparación entre el método de creación colectiva creado por artistas surrealistas y dadaístas llamado “cadáver exquisito” y la creación del derecho. La búsqueda de este artículo y sus paralelos buscan demostrar que en el derecho existe una fuerte relación entre la incoherencia y su creación y que ésta se transmite a su interior de manera palpable. A su vez, se busca establecer la relación entre el anonimato en la obra (elemento importante de cadáver exquisito) y el anonimato en la creación del derecho. Busca el artículo presentar la creación del derecho como un proceso en el que el rigor, aunque presente, sirve a distintos fines que

*Fecha de recepción: 30 de abril de 2008  
Fecha de aceptación: 29 de julio de 2008*

---

\* Estudiante de décimo semestre de derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Contacto: [juliangonzalez@javeriana.edu.co](mailto:juliangonzalez@javeriana.edu.co)

\*\* El autor desea agradecer a aquellos que se tomaron el tiempo para leer y corregir este texto antes de su última versión la cual el lector tiene en sus manos ahora. A JORGE GONZÁLEZ, LILIANA SÁNCHEZ, MARIO VARGAS, TOMÁS BUSTAMANTE y VICENTE BENÍTEZ, mil gracias por su ayuda y constante apoyo.

no sólo tienen por objeto la búsqueda de la aplicación completa y absoluta del derecho.

*Palabras clave:* cadáver exquisito, incoherencia, creación de derecho, anonimato, creación legislativa, creación judicial.

## **LE CADAVRE EXQUIS BOIRA LE VIN NOUVEAU: APPROACH TOWARDS THE LAW FROM ITS NON-COHERENT FEATURES**

### **ABSTRACT**

*The present article seeks establish a contrast between the method of collective creation created by surrealist and Dadaist artist called the “Exquisite corpse” and his relation with the law creation. The search of this article and their parallels wants to show that in the law exists a strong relation between incoherence and his creation and that this incoherence transmits in his interior in a very flagrant way. In other way, the article seeks to establish the relation in the anonymous in the work (an important element in the exquisite corpse) and the anonymous in the creation of the law. This article wants to present the creation or law like a process that not lacks of rigor, but that serves many different purposes that not only have as object the search of the complete and absolute application of the law.*

*Key words:* Exquisite Corpse, incoherence, creation of law, Anonymity, legislative creation, judicial creation.

### **1. INTRODUCCIÓN**

Para poder introducir a un texto de esta naturaleza al lector, se hace necesario dividirlo en dos partes igualmente importantes. La primera explicará rudimentariamente en qué consiste el juego surrealista de “cadáver exquisito”, esclarecimiento que se extenderá en esta introducción, para después con estos

---

1 Se hace referencia precisa a un espacio temporal y físico ya que hacer una comparación global además de completa de las estructuras del derecho excede por mucho lo que en este artículo el autor pretende. Se discrimina también por efectos de una comparación y análisis mucho más pormenorizados en instituciones y usos locales con los que el lector pueda sentirse familiarizado.

elementos de juicio, adentrarse a las similitudes que comparte con el derecho contemporáneo, más exactamente, al derecho colombiano en los últimos tiempos<sup>1</sup>.

El cadáver exquisito es pues, un juego ideado en la primera mitad del siglo XX por algunos artistas del movimiento conocido como el “surrealismo” y por algunos otros afiliados a otro llamado “dadaísmo”, entre ellos (aunque no únicamente) se encontraban ROBERT DESNOS, PAUL ELUARD, ANDRÉ BRETÓN y TRISTÁN TZARA, bien conocidos entonces y ahora por otras varias razones como sus escritos y su poesía. El juego consiste en una creación grupal de algún producto con unas reglas establecidas, los productos pueden variar dependiendo de la intención del juego en particular pero entre los más comunes, se encontraban la poética o un dibujo con un método que pasa a describirse a continuación:

Se requiere antes que nada una hoja de papel completamente en blanco y un tema en particular escogido por los jugadores, una vez escogido el tema, uno de los jugadores empieza con una frase o párrafo corto doblando la hoja de tal manera que sólo queden visibles las últimas palabras de su intervención y de esta manera, el siguiente jugador, teniendo en cuenta el tema propuesto y las últimas palabras escritas por el jugador anterior retoma el relato y lo continúa. Así se desarrolla el juego hasta que de común acuerdo se propone terminarlo o la extensión de la hoja se agota. Una vez se termina el juego, el producto (en caso de ser un escrito o un relato) se lee a los jugadores, en caso de ser un dibujo, asimismo se procede. El juego por supuesto puede variar tiene aristas que se pueden explorar, por ejemplo, una palabra que se debe acomodar en el texto o con la que debe rimar este mismo y a ésta se condiciona la siguiente intervención de cada jugador.

El juego, en síntesis, trata de una invención colectiva y anónima en la que todos los participantes crean y en conjunto surge un producto terminado que no corresponde únicamente a uno solo de los jugadores sino a todos y que, finalmente, no se parece a nada individual sino que ha tomado un sentido propio y nuevo, lejano tal vez a las pretensiones de cada uno de los intervinientes. El producto terminado es en efecto una creación colectiva, pero completamente carente de coherencia o unidad, esto sin embargo, para un lector externo no tiene mayor importancia, ya que por estar vinculado el texto por un mismo tema y algunas reglas preestablecidas parece una armonía completa; con ciertos espacios y grietas, es verdad, pero finalmente completo<sup>2</sup>.

---

2 Por fortuna o por desgracia, no existe un libro de texto que explique el método del juego como tampoco sus finalidades, varios han tratado de exponerlas en trabajos y publicaciones, más el juego por sí mismo ha sido una completa construcción. El autor conoció del juego de manera informal y al buscar referencias bibliográficas no ha existido una fuente distinta a varias publicaciones electrónicas, la más completa puede ser encontrada aquí: <http://www.elfloridobyte.com/creacion/128/cadver-exquisito-teora-1-de-3>

Ahora bien, como el lector puede haber detectado, existe algo particular en el juego que parece invocar la creación del derecho, esta creación (para aquellos que así lo desean ver) puede enfocarse en la obra realizada por el legislador, una creación común, donde finalmente las ideas se mezclan con mucha libertad y facilidad para crear un producto que posteriormente no se parecen a nada de lo que se creyó en principio y que ha tomado una entidad propia con un significado completamente interpretable por parte de sus creadores y de sus interlocutores<sup>3</sup>. También es entonces posible otra aplicación del método del “cadáver exquisito” en la creación judicial del derecho<sup>4</sup>, en este caso no es difícil de imaginar, ya que la metodología con la que los jueces conjuntamente crean precedente tiene a su vez algún parecido con el juego descrito arriba.

Una vez aclarados los puntos primordiales que este escrito tocará, pasaremos a desarrollar los contenidos propuestos.

## **2. EL DOGMA DE COHERENCIA EN EL DERECHO**

Es bien conocido para los estudiantes, profesores y en general cualquier operador jurídico regular, que el derecho tiene la pretensión de ser un todo armónico, una unidad donde las piezas encajan unas entre otras y que eso permite (entre otras cosas) la seguridad jurídica, la división de las ramas del derecho, la sistematización del conocimiento, en suma, que la organización del derecho responde siempre a valores deseables en un sistema jurídico. No pocos autores respaldan esta tesis, tenemos además un exponente de este dogma cercano a casa tanto en tiempo como en espacio:

“... el derecho de las obligaciones es dentro del orden jurídico una ciencia exacta, edificada sobre principios y elementos puros, progresivamente relacionados. No quiere ello decir que no quepan escuelas o posturas diversas, o que no tenga margen la discusión académica de sus instituciones; quiere decir que esas escuelas o posturas no pueden prescindir, antes bien habrán de basarse, en conceptos esenciales refrendados por la historia, difícilmente modificables por estar inspirados en la filosofía lógica de permanente vigencia por haberse consagrado en la civilización occidental como rectores de las relaciones personales”<sup>5</sup>.

---

3 En este aspecto podría hablarse de operadores jurídicos como abogados, jueces, tramitadores y en general de los ciudadanos que se ven afectados por el entorno jurídico.

4 Entiende el autor que hablar de “creación del derecho” por parte del juez no responde en algunos casos a la opinión de los lectores, esta es pues, una opinión personal del autor y un vector en los que se desarrollará este trabajo por lo que es esencial mencionarlo en este punto.

5 CUBIDES CAMACHO, JORGE, *Obligaciones*. Bogotá, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, JAVEGRAF, 1999, *Reseña ubicada en la contracarátula*.

Ahora bien, cabe distinguir dos lugares importantes en cuanto al dogma de coherencia se refiere, el primero es su reproducción y el otro su creación. Son ejemplo de su reproducción las citas aportadas arriba, ya que los libros de teoría jurídica y de texto explican y esquematizan las diferentes áreas del derecho o su teoría general. El otro aspecto es su creación, que como se dijo en la introducción, puede verse en la adjudicación o decisión judicial o en la ley producida por el legislador<sup>6</sup>. Puede el lector cuestionarse porque citar libros de texto meramente reproductivos del orden cuando se hace esta distinción. La razón atiende a que el dogma de coherencia no sólo se expande en la creación sino en la reproducción también, ya que este valor representa en gran medida la unidad del derecho y fluye dentro del mismo sistema como un principio diametral que lo atraviesa<sup>7</sup>.

Otro autor que vale la pena mencionar en este punto frente al tema del dogma de coherencia e integridad del derecho es RONALD DWORKIN. Este autor analiza de manera muy característica el paradigma de la coherencia en el derecho, ya que lo compara con una *novela en cadena*. Esta novela tiene la peculiaridad de ser escrita por varios autores que deben leer los capítulos anteriores para poder producir una obra que guarde similitud en sí misma y que de esta manera, pueda crear una narrativa dada, dice DWORKIN:

“... se espera que nuestros novelistas [los jueces] asuman la responsabilidad de continuidad con más seriedad; su objetivo es crear en conjunto una sola novela que sea la mejor novela posible.

El objetivo de cada novelista es crear una sola novela a partir del material que le han dado, lo que él agregue y (hasta donde pueda controlarlo) lo que querrán o podrán agregar sus sucesores. Debe tratar de que sea la mejor novela que pueda construirse como la obra de un solo autor en lugar del producto de varias manos diferentes.

...

La interpretación que elija debe fluir a través del texto; debe poseer algún poder explicativo general y es defectuosa si deja sin explicación algún aspecto estructural importante en el texto... ”<sup>8</sup>.

---

6 Si bien esta discusión acerca de si una reproducción a su vez implica creación o no, la división en este punto es una mera división de análisis a favor de este escrito, una respuesta posible a ella es que esta misma dicotomía no tiene lugar en el mundo real y que toda reproducción implica una interpretación, así mismo, implicando creación.

7 Los ejemplos de valores o principios diametrales a todo el derecho no son extraños, está por ejemplo la equidad o la justicia, a los que el derecho debe atender en todo momento. En esta clase de valores fundamentales o principios tenemos también la coherencia al interior del derecho.

8 DWORKIN, RONALD, *El imperio de la justicia*. Barcelona, Gedisa, 1992; pág. 167.

Para DWORKIN, la cuestión sobre la coherencia es puramente interpretativa, pero no apareja creatividad por parte del juez, solamente lo que puede llamarse una “interpretación razonable” y otra que en apariencia no lo es. Las interpretaciones razonables tienen la particularidad de ser coherentes con la narrativa desarrollada y dejando un campo listo para una línea de interpretación ceñida a un precedente dado.

Ahora bien, el legislador es un caso distinto al juez, si bien al juez se le pide seguir líneas establecidas, el legislador no presenta esta característica (habidas proporciones claro está). El legislador tiene un margen de creación mucho más amplio y puede modificar el entorno jurídico con algún tipo de tranquilidad ya que para eso, entre otras cosas, está ideado un congreso de elección popular donde se crean y modifican las disposiciones legales. No nos detendremos a analizar si el Congreso cumple o no la función para la que está diseñado, lo que importa, para efectos del presente escrito es que el Congreso puede con legitimidad modificar el entorno jurídico con una carga más o menos amplia de discrecionalidad ya que en purismo, de cierta manera se le exige que la ley que produce cambie con el entorno o la situación social determinada.

No tendría sentido pues, afirmar que el Congreso puede sin ningún empacho cambiar por completo el rostro de todo un ordenamiento jurídico de un momento a otro. Lo que se intenta decir en este punto es que el legislador no cambia aspectos enteros del ordenamiento con un solo movimiento, es decir, las leyes se suceden unas a otras y modifican aspectos entre ellas, es extraño, sin embargo, el caso en que el legislador cambie por completo el entorno jurídico de un área en particular intempestivamente; aún leyes paradigmáticas como la Ley 100 de 1993 ó la Ley 80 de este mismo año que mutan el contenido de la seguridad social y de la contratación estatal palmariamente parten de supuestos de derecho y normas anteriores; de esta manera, se conserva una estructura general y unos conceptos y procedimientos básicos mientras se modifican otros aspectos. Si bien parecería que con lo anterior se descarta la presencia de la incoherencia, se verá más adelante en un análisis histórico de la coherencia que utilizar las mismas palabras y estructuras no significa siempre no cambiarlas o no atribuirles contenidos distintos a pesar de parecer que son un mismo concepto inmanente en el tiempo; sin embargo, es su labor expedir leyes, que como se dijo antes, respondan a un entorno social determinado y llenen las lagunas que en el entorno se puedan presentar.

En síntesis, es posible afirmar que el dogma de coherencia es igualmente aplicable, aunque no igualmente dosificable, para jueces como para el legislador, cuyas labores en el ordenamiento deben tender precisamente a la llamada “coherencia e integridad del sistema” para en teoría producir otro tipo de valores como la seguridad jurídica.

### 3. EL DERECHO EN CONSTRUCCIÓN ANÓNIMA

Es conocido por la comunidad jurídica que las expresiones de una rama siempre prestan una suerte de velo que ampara a todos los significados y respuestas que puedan ser producidas por cualquiera de los dos estamentos (legislativo y judicial) que se analizan en el presente escrito. Se quiere decir con lo anterior que cuando una de las ramas se expresa lo hace de manera colegiada y no individual.

Imagine el lector por un momento que las leyes en Colombia tuvieran un nombre propio, es decir, que llevaran el apellido o el nombre del congresista que produjo el proyecto. Se hablaría entonces de la ley “Mejía de servicios públicos” o la ley “Ceballos de arriendo de automóviles”. Sin embargo, es común en las aulas de clase y los textos jurídicos encontrar frases como “el legislador quiso” o “fue la voluntad del legislador”, esto es, apelando al órgano legislativo como un todo indivisible, como rama del poder público, como un todo pero a la vez como un vacío. Es así como se introduce la idea de *anonimato* a la producción normativa.

“Por supuesto” debe pasar por la mente de quien estas líneas recorre “las leyes no pueden ser individualizadas, se trata de un cuerpo plural de fines plurales que se expresa unitariamente por ser esa su naturaleza” esa reacción es precisamente la que confirma la tesis que se propone en este espacio; el anonimato con el que se cubre al legislador como uno solo es la imagen de un enorme legislador, que a su interior aglomera opiniones y personajes diversos con finalidades e ideas propias, pero que al momento del proyecto convertirse en ley, quedan sumidos en anonimato y hundidos en ese enorme leviatán que resulta ser nuestro productor de normas.

El caso en las Cortes no es divergente del anterior, una vez la ponencia se convierte en sentencia, se convierte en una “sentencia de la Corte”. En algo es distinto a la ley, y es que el ponente resulta mucho más visible inclusive desde el momento de la publicación de la sentencia, ya que el ponente es no sólo importante como dato identificador al momento de buscar dicha sentencia, sino que cambia por completo el enfoque del caso concreto y su estudio posterior, sin embargo, su fuerza obligatoria resulta evidente cuando es citada como “sentencia de la Corte Suprema de Justicia” o “sentencia de la Corte Constitucional”. Tampoco son ajenas entre nosotros las frases “la corte ha dicho...” o “la corte sostiene...”.

Como puede verse en lo anterior, existe en efecto un velo de anonimato en la construcción legal y jurisprudencial, esto por el momento no atenta en absoluto contra la coherencia o la integridad del sistema, pero sí perfila uno de los elementos presentes en la imagen de *cadáver exquisito*, la idea de anonimato de la obra.

## **4. EL DERECHO Y SU CREACIÓN EN CLAVE DE INCOHERENCIA**

Este es tal vez, el punto con más importancia dentro del presente ensayo, ya que denota que la creación del derecho está permeada de tal manera que no permite creaciones coherentes, sino más bien caóticas, con miles de intereses colisionando en la norma y la sentencia de maneras a veces secretas y ocultas o a veces públicas y manifiestas, que al final, con destino un lector desprevenido, parece cubierta por un solo esquema y un solo velo donde todo, en apariencia, está conectado en una sola unidad.

### **4.1. Perspectiva legislativa**

En el siguiente aparte, se tratará de estructurar una visión a la incoherencia del legislador desde la perspectiva del texto del profesor JORGE ESQUIROL, texto llamado: *The Failed Law of Latin America*<sup>9</sup>. En este artículo, ESQUIROL plantea la idea una “política legislativa” fallida en Latinoamérica, esto parece ser un discurso que apunta a la falta de éxito de la ley como solución a las crisis sociales y económicas que se gestan en estas latitudes. Para el profesor ESQUIROL, estas afirmaciones tan corrientes en los Estados Unidos sobre Latinoamérica responden (entre otras cosas) a la creación de un paradigma que permita el cambio de las legislaciones si no muestran resultados, es decir, cuando por ejemplo, una ley se muestra ineficiente para acabar con un problema determinado, ésta es cambiada de inmediato y remplazada por otra que pueda solucionar el problema que se pretende acabar; sin embargo, esta nueva ley tampoco parece satisfacer la necesidad que se le presenta y así se cambia por una nueva. Uno de los puntos más interesantes en el escrito del profesor ESQUIROL al respecto es que esta situación no es característica de Latinoamérica sino es más bien un acontecer mundial, pero que es Latinoamérica el espacio criticado por su “ineficiencia normativa”, parece obedecer entonces a otras circunstancias que sólo una mala política legislativa. Propone el profesor ESQUIROL, que esta teoría de “ley fallida” es un intento de los centros de poder para crear entornos legislativos en la periferia que respondan a los fines que ellos buscan, como por ejemplo, un entorno jurídico amigable para multinacionales y empresas que deseen instalar un mercado en Latinoamérica.

Esta teoría podría arrojar luces de por qué la creación legislativa resulta “incoherente”, ya que para remediar esta falta de efectividad, el legislador produce normas de distinta índole con miras a que alguna fórmula resultase afortunada y de esta manera se pueda cambiar el destino de la problemática.

---

9 ESQUIROL, JORGE L., “The Failed Law of Latin America”. 56 Am J Comp L 75 (2008).



Sin embargo, esto también contribuye a que el sistema produzca normas no acordes a una política pública establecida sino a un errático y convulsivo entorno que trata de estabilizarse por medio de normas.

Esto por supuesto, aporta de manera significativa a la discusión planteada en el texto presente, ya que esta llamada “ley fallida” ocasiona toda suerte de leyes que pueden resquebrajar la coherencia del sistema y sin embargo, parecer completamente coherentes a los ojos de los espectadores. Hay que sumar a este hecho que al interior de los congresos del sistema democrático las leyes no pasan prístinas desde la mente de su creador hasta su promulgación, ya que son objeto de todo tipo de acuerdos para que unos y otros sectores voten a favor como ley de la república, por lo que a su vez, la ley resulta ser un ejemplo sumamente claro de cómo la construcción anónima se vuelve invisible a los ojos del lector aunque en ella están imbuidas todo tipo de intervenciones y de pactos. Es por eso que el ejemplo claro del *cadáver exquisito* es precisamente la expedición de una ley de la república, ya que se crea con intenciones colectivas que se ven plasmadas en un solo texto siendo dispares las intervenciones y los propósitos, y una vez expedida dicha ley, las leyes que en ésta tengan su fundamento podrán ser utilizadas por los siguientes legisladores en un sentido político no previsto por el primer ponente de la ley del que sin embargo, no estaba consciente. De esta manera se configura la creación anónima, caótica e incoherente.

## 4.2. Perspectiva judicial

En cuanto a la figura del juez, hay textos que nos muestran que la producción de normas tiene mucho más de ancho y largo que sólo una subsunción a una regla jurídica anterior, entre ellos, los textos del profesor DUNCAN KENNEDY, y en especial, aquel denominado *Libertad y restricción en la decisión judicial*<sup>10</sup> hace un gran aporte en este sentido a la discusión, mostrado en un caso concreto, como los jueces buscan alcanzar lo que él llama “la-sentencia-a-la-que-quiero-llegar”, esto es, una sentencia que satisfaga deseos personales del juez por motivos muy variados, como por ejemplo, convicciones de tipo políticas, religiosas, sociales, etc. El juez entonces puede tomar alguna o varias estrategias como por ejemplo y como nos lo muestra el profesor KENNEDY, reconfigurar el campo diciendo que la ley o las fuentes no regulan un caso en particular y sacarlo de la órbita de influencia de la norma<sup>11</sup>,

---

10 KENNEDY, DUNCAN, *Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores, 1999.

11 Sobre la creación de las lagunas en el derecho por parte del juez y sus fines prácticos, véase: EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER, “Los juicios de valor en la decisión judicial”, en *Anuario de Filosofía del Derecho, nueva época*, tomo I, 1984.

o reduciendo el ámbito de aplicación de la norma en puntuales sentidos desviando una aplicación en sentidos distintos al caso bajo estudio.

Se puede decir entonces y siguiendo estas teorías, que el juez por intenciones que son tan variables como pueda imaginarse, puede llevar una sentencia inclusive en contra de algunas fuentes que a primera vista parecen describir el supuesto de hecho de la norma siguiendo pasos argumentativos y retóricos, aludiendo por ejemplo, a un cambio en la sociedad o lo que es lo mismo, a que el supuesto de hecho ya no cobija las situaciones que en el mundo contemporáneo se suceden.

No es el juez completamente autónomo, debe ceñirse a los pronunciamientos de las Cortes superiores y estas Cortes de cierre a su vez deben ceñirse a su propio precedente (como lo ha sostenido la Corte Constitucional colombiana). Mas la puerta continúa abierta, ya que la manera de alejarse del precedente en ambos casos (el juez y las cortes) es argumentación y en ese sentido, muchos tipos de argumentación podrían ser posibles y así mismo, las respuestas del sistema jurídico a casos dados, hay que considerar además, otro elemento del *cadáver exquisito*, en este caso, las líneas precarias que preceden la intervención del siguiente jugador.

Esto puede verse reflejado en este aspecto, cuando el juez recurre a partes de jurisprudencia que le son favorables para fallar en el caso concreto, construyendo su propia argumentación y dejando de lado lo que no le resulta amigable. Ahora bien, la pregunta que surge una vez analizados estos supuestos es ¿cómo esa creación reglada puede ser remotamente comparada con la incoherencia? La respuesta radica en que el juez al momento de fallar como lo exponen los profesores KENNEDY, GONZÁLEZ JÁCOME y EZQUIAGA GANUZAS, buscan, si así lo desean, escapar al ordenamiento establecido si eso les resulta lo más conveniente según sus convicciones y a su vez, logran escapar, consciente o inconscientemente, a la coherencia del sistema, ya que aunque la sentencia como tal está preestablecida como un mecanismo para ciertos fines dentro del ordenamiento, el contenido de ésta cambia radicalmente la manera como se ubican toda serie de derechos y obligaciones en el sistema. Si ello es deseable o no es una posición que no corresponde a este escrito. Lo que puede decirse entonces, es que, bajo una apariencia de coherencia, sólo existe un caos de miles de opiniones que van y vienen dependiendo de: juez, situación y derecho aplicable<sup>12</sup>.

---

12 Si se desea observar cómo la Corte Constitucional cambia su precedente y reconfigura un campo para fallar de manera divergente a su propia jurisprudencia véase: GONZÁLEZ JÁCOME, JORGE, "Entre la restricción y la libertad: Sobre la posible pérdida de legitimidad del juez constitucional", en *Vniversitas* 110, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Julio a Diciembre de 2005, págs. 129-146.

### 4.3. Perspectiva histórica

Existe a su vez desde el germen histórico del derecho, el mismo dogma de coherencia que parece recitar que la historia del derecho ha sido por completo evolucionista y que nos acercamos a una suerte de “ordenamiento perfecto”, donde en algún punto todas las controversias se verán solucionadas de manera eficiente y correcta, además de justa. Es importante tener en mente que en las cátedras de derecho siempre el análisis histórico es observado desde figuras planas que al parecer siempre han tenido un mismo significado, siendo que la historia ha demostrado que esas palabras y conceptos no siempre significaron lo mismo. Al respecto ANTONIO MANUEL HESPANHA dice:

“... Términos como persona, familia, propiedad, obligación, contrato, robo, homicidio, son conocidos como conceptos jurídicos desde los inicios de la historia del derecho europeo [...] bajo una apariencia de continuidad terminológica, existen rupturas decisivas en su significado semántico. El valor de la misma palabra, en sus sucesivas apariciones a lo largo de la historia, está íntimamente ligado a los diferentes contextos, sociales o textuales, en los que aparece”<sup>13</sup>.

Como expone el profesor HESPANHA en este aparte, en el derecho y en su historia existen conceptos que no siempre han significado lo que modernamente se entiende por ellos, por lo mismo, estos conceptos no significan en el presente lo mismo que probablemente signifiquen en un futuro. Esto contribuye a la incoherencia al interior del derecho, ya que esos conceptos que atraviesan diametralmente esta ciencia se usan con indiferencia habida cuenta de que, culturalmente, cambian de sentido y contenido. Ciertamente habrá aquellos que conscientes de este cambio lo utilizan a su favor y aquellos que sin advertirlo, las utilizan y así quedan expuestos a lo que podría llamarse una “textura abierta histórica” que podrá ser utilizado para un lector en uno u otro sentido.

No es solitario el ejemplo del profesor HESPANHA en cuanto al discurso histórico unificador y plano del derecho, llega un ejemplo claro del libro del profesor GONZÁLEZ JÁCOME<sup>14</sup> donde en el proceso conocido como “la regeneración” se trató de implementar un proyecto político de estabilidad, unidad jurídica y social y valores centralistas. En este campo, se implantó la casación con el fin político de que la jurisprudencia fuese la misma para toda la república, haciendo una reconstrucción histórica en la cual se alejaba esta institución del “consejo de partes” de estirpe

---

13 HESPANHA, ANTONIO MANUEL, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*. Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.) 2002.

14 GONZÁLEZ JÁCOME, JORGE, *Entre la Ley y la Constitución. Una introducción a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*. Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

monárquica y por lo tanto, “anti-republicana”, de sin embargo, similarísimas características y se liga en cambio a la casación francesa.

Es decir, se hace una ruptura en la historia y se dice que la casación francesa es el referente cercano a la casación colombiana, en este entendido, se hace una ruptura entre coherencia-incoherencia del sistema. Ligar históricamente la casación colombiana en este punto con un sistema absolutista como lo era el monárquico de aquella época estaba absolutamente fuera de la cuestión, aún si de hecho así era.

Había entonces que crear una historia coherente en este aspecto, una historia de raigamen republicana, una historia, en suma, que descendiera de la más pura democracia obtenida por un pueblo y una revolución, del dicho al acto, la respuesta es la casación francesa.

En síntesis, no resulta coherente traer de un sistema monárquico absolutista y déspota alguna institución cualquiera esta sea, si resulta en cambio coherente, traerla de una democracia republicana a otra, en este caso: la colombiana, en este punto, cabe aclarar que el profesor GONZÁLEZ en su libro expone que esta clasificación fue expuesta por los doctrinantes de derecho, quienes en su reconstrucción histórica ligaron la casación colombiana a la francesa y no al consejo de partes. Cabe sin embargo, preguntarse por los fines de estos doctrinantes y su comunión ideológica con el proyecto regeneracionista, además del momento histórico donde escribían y publicaban sus textos. Dice el profesor GONZÁLEZ:

“... El problema con la revisión realizada por el Consejo de las Partes era que éste se había constituido como un reflejo de la tensión política entre reyes y parlamento. En cambio, nuestro recurso de casación, heredado de la revolución, tendría un objetivo más jurídico-objetivo como lo es la unidad jurisprudencial; es decir, era necesario que la voluntad política fuera expresada por el órgano legislativo —Resultado de la Revolución Francesa— para que su protección no fuera algo eminentemente político”<sup>15</sup>.

Existe entonces, en la narración histórica del derecho, el mismo fenómeno que acontece en el *cadáver exquisito* y en el ordenamiento jurídico actual, la historia se organiza de manera caótica y discursiva, buscando que con el trabajo hecho que los que reconstruyan la historia y el ordenamiento en lo venidero hagan lo propio y busquen basarse en lo que ha venido sucediendo para producir ellos sus obras, mas sin embargo, el intérprete u operador jurídico, logra escapar a los parámetros determinados si así lo desea ya sea: subvirtiendo el precedente anterior dándole un valor que en el pasado no tenía a algún pronunciamiento, o bien buscando en ese pronunciamiento y en otros apartes que resulten favorables o diciendo que en el

---

15 Ibidem, págs. 49-50.

caso bajo análisis no cabe la aplicación de la norma por los motivos que quepa imaginar. Aquí es donde la “novela en cadena” de DWORKIN empieza a tomar tintes de final inesperado, cuando tanto el juez como el legislador empiezan a alejarse dramáticamente de lo que se había pensado que iban a proponer con base a los pronunciamientos de sus antecesores. Sin embargo y tal vez de manera sorprendente, el lector externo, el destinatario de esta novela disparatada, parece leer un texto que con mayor o menor grado de sorpresa le parece completo y coherente.

Después de todos los procesos descritos arriba y sus consecuencias, después de atravesar el juez o el legislador todas las soluciones para poder llevar a cabo su voluntad, el lector final ve un texto completo, coherente, definitivo y aunque él no lo sabe, ha sido tocado por enormes cantidades de opiniones, manos unas más comprometidas y limpias que algunas otras. Ese texto finalmente, ya no se parece a la voluntad de ninguno de aquellos que intervinieron en su creación, al final, el texto ha tomado una unidad distinta y propia, una que tiene vida sólo a los ojos del lector que lee con atención la ley o la sentencia que reposan en sus manos. Y así, se configura por completo este *cadáver exquisito*, anonimato, creación colectiva e incoherencia.

## 5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como conclusión a este texto vale la pena aportar unas pocas líneas propias de lo que a la luz de este escrito parece lo más relevante. La incoherencia y los intereses propios son un hecho que sobrepasa los límites del derecho y sólo éstos, sino los límites del ser humano, ya que todo cuanto éste hace es un reflejo de su propia personalidad e intereses, por lo que pretender separar al juez o al legislador del ser humano que en realidad y verdaderamente son, es una tarea no sólo destinada al fracaso sino completamente innoble, ya que extirparle la humanidad a un sujeto (aún si fuera posible) es robarle la esencia misma de la existencia.

La búsqueda real en cuanto al autor de este escrito respecta, es por individuos de altas calidades éticas y argumentativas, con un criterio amplio y no absolutamente sesgado a sus convicciones sino a valorar todos los puntos de vista, sobre todo jueces y legisladores comprometidos no con un fetiche de derecho, sino con su fin posterior, el elemento sobre el cual se basa su creación: la justicia anhelada que pretende. No es posible obtener seres humanos sin opinión, sin sentimientos, sin emociones que sean absolutamente imparciales y que sólo escuchen el tenor claro de las fuentes de derecho, que apliquen normas claras y resonantes en el ordenamiento, entre otras muchas dificultades esto no es posible porque siempre hay duda de la norma a aplicar, y aquí es precisamente donde tiene lugar el ser humano como intérprete y lector de la ley, donde el criterio y la experiencia dictarán

fórmulas jurídicas para el caso en concreto. A aquellos que desdeñan la humanidad como fuente primigenia del derecho, los invito a remplazar a los jueces y tribunales con avanzadas tecnologías de computación, que fallen casos con certeza absoluta. Donde una máquina decida el destino de un ser humano, una máquina infalible que aplique las reglas programadas en él y no otras y así, conseguirán, seguramente, su tan anhelada seguridad jurídica.

No hay que temer a la incoherencia o cualquier condición humana, ya que inevitablemente se extenderán sobre cualquier obra que el ser humano trate de emprender. Hay que temer más bien a aquellos que propugnan porque ello no exista, ya que son profetas de un fenómeno alarmante y por demás triste: la deshumanización de la humanidad. En síntesis, no podremos jamás extraer del derecho lo que la humanidad es por sí misma y lo que la condición humana por sí misma aparece, ya que lo imperfecto no puede crear la perfección, así como lo incoherente no puede crear la coherencia.

## **BIBLIOGRAFÍA**

CUBIDES CAMACHO, JORGE, *Obligaciones*, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, JAVEGRAF, 1999.

DWORKIN, RONALD, *El imperio de la justicia*. Barcelona, Gedisa, 1992.

ESQUIROL, JORGE L., "The Failed Law of Latin America". 56 Am J Comp L 75 (2008).

EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER, "Los juicios de valor en la decisión judicial", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, tomo I, 1984.

GONZÁLEZ JÁCOME, JORGE, *Entre la Ley y la Constitución. Una introducción a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*. Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

GONZÁLEZ JÁCOME, JORGE, "Entre la restricción y la libertad: Sobre la posible pérdida de legitimidad del juez constitucional", en *Vniversitas* 110, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Julio a Diciembre de 2005k, págs. 129-146.

HESPANHA, ANTONIO MANUEL, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*. Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.). 2002.

KENNEDY, DUNCAN, *Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores. 1999.

<http://www.elfloridobyte.com/creacion/128/cadver-exquisito-teora-1-de-3>