

Totalitarismo jurídico invertido: una afrenta a la dignidad humana

Inverted legal totalitarianism: an affront to human dignity

*Wilson Giovanni Patiño Suárez**

Fecha de recepción: 25 de enero de 2021

Fecha de aprobación: 22 de noviembre de 2021

RESUMEN

El presente documento de investigación no pretende postular nuevas teorías acerca del totalitarismo o del realismo jurídico, pero sí quiere mostrar una realidad que crece de manera constante dentro del sistema judicial y es conspicua con la vida cotidiana en el ámbito jurídico colombiano. Nos referimos a la realidad de los estrados judiciales y la amplia discrecionalidad de los jueces que conllevan la construcción de una justicia que ha desbordado el paradigma de lo justo, al servicio de los sentimientos, el yerro interpretativo y las vanidades de quienes encumbran el poder, afectando la dignidad del ser humano al restringir su libertad de manera preventiva cada vez con mayor ligereza. De algún modo este fenómeno se ha convertido en el leviatán de hoy, con profunda incidencia en pensamientos de guerra de quienes sufren los desmanes de los jueces, creando situaciones de descontento en la población afectada directa e indirectamente y construyendo sentimientos de antiderecho, cuya génesis no es otra

que el irrespeto que muestran los jueces con sus decisiones por la dignidad de hombres y mujeres; desconociendo los preceptos jurídicos de orden superior y rompiendo la estrecha conexión con los derechos humanos, en donde el respeto por la dignidad de las personas marca el derrotero de los demás derechos como el derecho a la libertad, al cual le daremos la mayor relevancia en el presente artículo. Se pretende construir o acuñar un nuevo término dentro de la filosofía político-jurídica, “totalitarismo jurídico invertido”, que resulta del análisis histórico del derecho, pasando por el totalitarismo invertido, la amplia discrecionalidad concedida por el sistema judicial a los jueces y el irrespeto por la dignidad humana por parte del Estado, que se evidencia en algunas decisiones del sistema judicial colombiano, las cuales crecen de manera soterrada alejándose de la senda del derecho.

Palabras clave: totalitarismo, realismo jurídico, discrecionalidad judicial, totalitarismo jurídico invertido, dignidad humana.

* Ingeniero civil, especialista en Gerencia de Proyectos. Magíster en Política y Relaciones Internacionales de la Universidad de La Salle y asesor político.

ABSTRACT

This research document does not pretend to postulate new theories about totalitarianism or legal realism, but it does want to show a reality that is constantly growing within the judicial system and conspicuous with daily life in the Colombian legal environment. We refer to the reality of the judicial courts and the wide discretion of the judges that leads to the construction of a justice that has exceeded the paradigm of fairness, at the service of feelings, interpretive error and the vanities of those who exalt power, affecting the dignity of man by restricting his freedom in a preventive way more and more lightly. Somehow this phenomenon has become the Leviathan of today, with a profound impact on thoughts of war of those who suffer the excesses of the judges, creating situations of discontent in the affected population directly and indirectly, building feelings of anti-right, whose genesis is not other than

the disrespect that judges show with their decisions for the dignity of men and women; ignoring the legal precepts of a higher order and breaking the close connection with human rights, where respect for the dignity of man marks the course of other rights such as the right to freedom, to which we will give the greatest relevance within the present document. It is intended to construct or coin a new term within the political-legal philosophy, "inverted legal totalitarianism", which results from the historical analysis of the law, passing through inverted totalitarianism, the wide discretion granted by the judicial system to judges and the disrespect for human dignity by the State that is evidenced by some decisions within the Colombian judicial system which are growing underground, moving away from the path of law.

Keywords: totalitarianism, legal realism, judicial discretion, inverted legal totalitarianism, human dignity.

La dignidad del hombre es intocable, respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal.

Artículo 1, Constitución Política de Alemania, 1949

INTRODUCCIÓN

El totalitarismo jurídico invertido es una deformación del realismo jurídico en el que se presenta un desbordamiento de la discrecionalidad de los jueces, aparentemente, ellos se apartan del derecho normativo y empiezan a tomar decisiones intuitivas marcadas por la naturaleza de sus convicciones religiosas, políticas, culturales y, al parecer, por conveniencias particulares, pues no hay parámetro preestablecido en la norma frente a la discrecionalidad judicial. Cabe señalar que esta deviene de la indeterminación del derecho, es decir, lo que no está explícitamente escrito en la norma y le confiere al juez la capacidad de discernir de manera libre e independiente acerca de la solución más justa frente a situaciones en las que existe más de una posible interpretación para fallar. Este vicio tiene que ver con la naturaleza misma de lo que se denominó el realismo jurídico, en él “el derecho no está formado por enunciados con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino por las reglas realmente observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal” (Campos, 2013, p. 10). De acuerdo con el argumento esgrimido por el realismo jurídico, el juez desempeña un papel determinante en la construcción del derecho, como complemento de las normas jurídicas establecidas y con base en la discrecionalidad judicial¹. Ella conduce inevitablemente a que el juez tenga un margen de maniobra discrecional en la aplicación del derecho, lo que le permite decidir según su percepción o convicción personal, que surge de la estructura mental y la subjetividad de las vivencias domésticas de cada uno.

Para entender la afectación particular de esta deformación del derecho en nuestra sociedad es importante entender de qué forma se concibe el derecho natural como propio de la condición humana. En principio, el derecho se considera inherente a la naturaleza misma, y por ende, se le da un carácter universal y ajeno a los cambios históricos. Por tanto, el derecho se entendía antaño como algo natural e intrínseco que no formaba parte de la imposición normativa construida por el hombre, la cual dicta límites al comportamiento del ser humano. Con esto, el derecho se creía inmune a momentos históricos

1 La discrecionalidad judicial surge a partir de 1991 como la alternativa más expedita para encontrar una solución a los problemas sui géneris que debían dirimir dentro de los litigios jurídicos los jueces y que no tenían solución taxativa en la norma escrita o que podría existir más de una posible solución al caso concreto objeto de la discusión. Por lo tanto, era el juez quien debía tomar una decisión basándose en la experiencia de casos similares y su lectura interpretativa de la norma para cada caso puntual. La discrecionalidad judicial tiene su génesis en el realismo jurídico de mediados del siglo XX.

en los que la dominación total de la población estaba dada por gobiernos totalitarios; era el líder quien establecía un mundo “ideal” para esa población anulando los derechos y las libertades civiles, evitando que se pudiera tener la misma interpretación que en su momento le diera Jhering (2018) a la imagen con la que se simboliza el derecho, la cual representa el equilibrio entre la lucha y la justicia, tal y como lo anota en su libro *La lucha por el derecho*, cuando se refiere a esta así:

El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí [por qué] la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerlo efectivo. La espada sin la balanza es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada es el derecho en su impotencia. Ambas se complementan recíprocamente, y el derecho no reina verdaderamente más que en el caso de que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza. El derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo. (Jhering, 2018, p. 49)

Pero con la evolución del pensamiento se empezaron a encontrar nuevas concepciones de derecho y formas de gobierno²; con ello, surgió el concepto de democracia dirigida, según el cual el Estado corporativo marca el ritmo definiendo las políticas económicas y sociales que se deben seguir. Es en este contexto que Wolin (2008) define el Estado corporativo como un totalitarismo invertido³: hace notar que el sistema político es impulsado por poderes totalizadores abstractos y no por un dominio personal opresor.

Ahora bien, a partir de esta nueva conceptualización de totalitarismo invertido se puede realizar una analogía de lo que ha venido ocurriendo históricamente en el ámbito jurídico que se enmarca en un totalitarismo jurídico invertido, que resulta del análisis histórico y la evolución normativa del derecho, sobre todo como participe del concepto primario del derecho positivo. El análisis pasa por el realismo jurídico, entendido como una doctrina filosófica en donde el juez es el protagonista por encima de la norma y llega hasta la amplia discrecionalidad y la potestad, al parecer, incluso de privar de la libertad a los individuos de una sociedad avasallando el respeto por la dignidad del ser humano, imprimiendo

- 2 Las formas de gobierno se determinan o categorizan de acuerdo con la manera en que se limitan los derechos y las libertades de las personas, así como por la participación de la sociedad en las decisiones que tome el gobierno o quienes se beneficien de él. Las formas de gobierno que buscan el beneficio común son: las aristocracias, las monarquías, las repúblicas y las democracias; mientras que las formas de gobierno que buscan el beneficio para unos pocos son: las oligarquías, las tiranías y los regímenes autoritarios y totalitarios.
- 3 Sheldon S. Wolin en su obra *Democracia S. A.: la democracia dirigida y el fantasma del totalitarismo invertido* (2008) advierte de un fenómeno no discutido hasta ese momento, el “totalitarismo invertido” y de una democracia dirigida por las grandes corporaciones como nuevas formas de totalitarismo, cuyo fenómeno lo identifica en los gobiernos estadounidenses de la época.

terror en la sociedad, pero siempre con el discurso encuadrado en los principios de la lucha por mantener el derecho y proteger la democracia, el orden social y los derechos humanos.

En este artículo exploraremos el camino hacia una nueva forma de aproximación al totalitarismo invertido, cuando el juez es quien, en gracia de la discrecionalidad judicial concedida en la norma, decide sobre la vida de los demás sujetos de una sociedad, con una interpretación que es vista por algunos como alejada de lo justo, llevándolo a ser calificado por sus decisiones de parte de los afectados como un asesino judicial, un actor injusto. En el apartado final se presenta de qué forma, lo que se considera un totalitarismo jurídico invertido, un totalitarismo jurídico con apariencia de justicia impartida por los jueces actúa como la deformación de los principios y el robustecimiento de un autoritarismo propio de la estructura de algunos sistemas judiciales, entre ellos el sistema judicial colombiano y el apoyo de la mentada discrecionalidad judicial concedida a los jueces a través de la norma superior de 1991⁴.

Por lo anterior una vez analizados los elementos que se mencionaron arriba y la manera como estos logran entrelazarse y construir un nuevo concepto, que se denominará “totalitarismo jurídico invertido”, se espera lograr introducir este concepto en el lenguaje filosófico como un apéndice del totalitarismo invertido (Wolin, 2008), ejercido en el ámbito jurídico por los jueces, lo que permitiría tomar acciones para identificar, contrarrestar y suprimir estos nuevos totalitarismos. Para entender la evolución del nuevo concepto es importante tener clara la definición primaria de cada uno de los escenarios que nos han traído al planteamiento de este nuevo concepto y cómo el totalitarismo clásico y el respeto por la dignidad humana son el punto de partida de este análisis.

LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO TOTALITARIO COMO AMENAZA

Desde la aparición del antisemitismo y el imperialismo en Europa en 1870 surge un nuevo fenómeno social, entendido desde la óptica de Hannah Arendt⁵ (1998) como la génesis del totalitarismo; vistos estos dos escenarios como un conjunto de acciones emprendidas por un gobierno contra otros con el propósito de demostrar poder y capacidad de dominación. Con el surgimiento de estas prácticas como banderas de gobierno se dieron profundas transformaciones políticas

4 La Constitución Política de Colombia también se conoce como norma superior o carta magna, la última Constitución fue redactada en 1991 y es la máxima autoridad jurídica del país.

5 Hannah Arendt, en su obra *Los orígenes del totalitarismo* (1951) manifiesta desde su óptica que los regímenes totalitarios argumentan su actuar a partir de la interpretación sesgada de la ley natural, postura con la que justifican la exterminación de los sectores de la sociedad vistos como un obstáculo por ellos para alcanzar sus fines totalitarios.

en el mundo adversas a las formas naturales de convivencia social, haciéndose patente una nueva forma de gobernar basada en el terror. De acuerdo con la investigación hecha por la Universidad ORT de Uruguay (2011), actualmente el totalitarismo es considerado por los gobiernos democráticos una amenaza para la humanidad al suprimir por completo las libertades y los derechos humanos, coincidiendo con lo que menciona Brum (2011):

El totalitarismo se destaca por su supresión muy disciplinada de las libertades y derechos humanos. Estos van desde el derecho a la vida de los “indeseables” (definidos ideológicamente) hasta las libertades de expresión, asociación, reunión, desplazamiento, apariencia personal, y más. El libre ejercicio de ellos es la principal amenaza para estos regímenes, que por lo tanto son [sic] los suprime con ferocidad. Este hecho, aunque pueda resumirse en pocas palabras, no deja de ser trascendental. En una sociedad totalitaria, nadie puede ejercer libremente esas libertades, ni siquiera los miembros más poderosos del partido. Siempre habrá alguien listo para denunciarlos como infieles a la idea o al líder, con las correspondientes consecuencias. (p. 6)

El totalitarismo como forma de gobierno⁶ ha sido abordado por grandes filósofos y politólogos, como Raymond Aron, Claude Lefort y Hannah Arendt quienes ven al totalitarismo como una nueva categoría o forma de gobierno fruto de la imperfección de la democracia que hace uso de un partido político, al cual convierte en el vehículo mediante el que el Estado establece un monopolio de la actividad política legítima que limita en cualquier grado las libertades de las personas en busca del poder absoluto y del dominio total de una población objetivo; además, estos autores describen desde cada una de sus perspectivas cómo surgen los gobiernos totalitaristas y las consecuencias de esta clase de gobiernos (Arendt, 1998). Así mismo, los regímenes totalitaristas que se destacan a lo largo de la historia por su crueldad y duración han sido los ejercidos por Iósif Stalin (1924-1953) en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Adolf Hitler (1933-1945) en Alemania, Benito Mussolini (1922-1945) en Italia y Fidel Castro en Cuba (1959-2008), instaurando este último el primer Estado socialista en América.

6 “El gobierno totalitario siempre transformó a las clases en masas, suplantó el sistema de partidos no por la dictadura de un Partido, sino por un movimiento de masas, desplazó el centro del poder del Ejército a la Policía y estableció una política exterior abiertamente encaminada a la dominación mundial. Los Gobiernos totalitarios conocidos se han desarrollado a partir de un sistema unipartidista; allí donde estos sistemas se tornaron verdaderamente totalitarios comenzaron a operar según un sistema de valores tan radicalmente diferente de todos los demás que ninguna de nuestras categorías tradicionales legales, morales o utilitarias conforme al sentido común pueden ya ayudarnos a entendernos con ellos, o a juzgar o predecir el curso de sus acciones” (Arendt, 1951, p. 369).

En la actualidad se hace evidente cómo el totalitarismo ha mutado a otra forma más sutil de dominación, siendo el caso del totalitarismo invertido, donde la economía está por encima de la política y la ciudadanía es adormecida y manipulada para coartar su libertad y su participación en el gobierno a través del consumismo y el sensacionalismo. Este es un nuevo término acuñado por el politólogo estadounidense Wolin, quien en su libro *Democracia S. A.: la democracia dirigida y el fantasma del totalitarismo invertido* (2008) hace un análisis de la forma en que se ha ido desfigurando la democracia y el poder lo han ido tomando las corporaciones basadas en la disgregación de la población mediante la coerción y la intimidación dada por normas, leyes y acciones de quienes aparentemente están alejados de la intención de poder político.

Una distancia importante entre el totalitarismo clásico y este nuevo concepto de totalitarismo invertido radica en que el primero está marcado por la ruptura abrupta de una democracia mediante la fuerza o la sublevación de un individuo en busca del poder. Pero esta nueva forma de totalitarismo es una manipulación soterrada y dirigida desde el poder, es una posición de antidemocracia en donde el objetivo es la desintegración social para mantener una masa débil, atemorizada y fácil de controlar y dirigir.

Por su parte, en el totalitarismo clásico se emplea el terror como herramienta para evitar que los individuos puedan pensar y expresarse con libertad. Dicho régimen anula de manera progresiva los derechos individuales y controla todos los aspectos de la vida del Estado. “El totalitarismo se opone a la concepción del derecho [...] natural, según el cual las leyes naturales establecen la libertad que tiene cada hombre para usar su propio poder como le plazca” (Hobbes, 1980, pp. 227-228). Del mismo modo, este régimen se opone al derecho positivo que es el impuesto por el Estado con el fin de generar normas para la convivencia de las personas, y que, a su vez, pueden ser cambiadas por convivencia o por consenso.

Los totalitarismos se cimientan en la dominación total de la población con el fin de mantener al líder en el gobierno. Dicho objetivo lleva a crear un mundo ideal e irreal para la población que es dominada, lo que opera como una forma de control; al mismo tiempo el líder debe acudir a todos los medios que sean necesarios para evitar que ese mundo ideal alcance estabilidad. Para lograr este propósito los totalitarismos acuden generalmente al desprecio de la estricta aplicación de las normas jurídicas tradicionalmente existentes, pues la estabilización de las leyes obra en contra de la permanencia de los regímenes totalitarios (Arendt, 1998). Así mismo, y de manera conveniente los totalitarismos se caracterizan por la radicalización de las normas jurídicas que les ayudan al mantenimiento de la revolución y la aplicación de estas normas de manera irrestricta.

El acaecimiento de un nuevo régimen totalitarista se caracteriza por la manera como se coarta a la población y se le menguan sus derechos, pasando estos a manos del gobernante, siendo esta una manera progresiva de atornillarse al poder de manera arbitraria.

El propósito de un sistema arbitrario es destruir los derechos civiles de toda la población, que en definitiva se torna tan fuera de la ley en su propio país como los apátridas y los que carecen de un hogar. La destrucción de los derechos del hombre, la muerte en el hombre de la persona jurídica, es un prerrequisito para dominarle enteramente. Y ello se aplica no sólo a categorías especiales, tales como las de delincuentes, adversarios políticos, judíos, homosexuales, sobre quienes se realizaron los primeros experimentos, sino a cada habitante de un Estado totalitario. El asentimiento libre resulta tan obstaculizador para la dominación total como la libre oposición. La detención arbitraria de las personas inocentes destruye la validez del asentimiento libre, como la tortura —a diferencia de la muerte— destruye la posibilidad de la oposición. (Arendt, 1998, p. 361)

El Estado totalitario “es capaz, sin ningún beneficio, de aniquilar por millones a gente totalmente inocente y a criminales sin crimen” (Vargas, 2011, p. 124). Una característica perversa de los esquemas o modelos totalitarios que incluyen estrategias psicológicas y manipulación mental supone que los individuos se sientan responsables de la situación que se vive en el Estado. Su poder se soporta en leyes y normas, que intimidan y amedrentan a los individuos y logran que estos pierdan su libre albedrío.

Pero aún más perverso que un modelo de gobierno totalitario es un totalitarismo invertido que, según Wolin (2008), ya no se refiere al control del Estado por una sola persona, sino al control que ejercen las grandes corporaciones o instituciones dentro de una democracia⁷. Se habla de invertido porque es un

7 “Al acuñar el término ‘totalitarismo invertido’ he tratado de encontrar un nombre para un nuevo tipo de sistema político, aparentemente impulsado por poderes totalizadores abstractos, no por un dominio personal; un sistema que llega al éxito alentando la falta de compromiso político más que la movilización masiva, que se apoya más en los medios de comunicación ‘privados’ que en las que agencias oficiales para difundir la propaganda que confirma la versión oficial de los acontecimientos. El totalitarismo invertido tiene un recorrido diferente al totalitarismo ejercido por Mussolini, Stalin y Hitler; en este no es el líder el arquitecto del sistema sino un producto de él. Es el hijo complaciente y agraciado del privilegio, de las conexiones corporativas; un constructo de los genios de las relaciones públicas y de los propagandistas del partido” (Wolin, 2008, pp. 80-81). “En el totalitarismo clásico primero se apodera de del [sic] poder adueñándose del sistema existente y una vez en el poder se procede a destruirlo. La ruptura es abrupta y total. El totalitarismo invertido tiene un entorno diferente, sin dramatismo ni movimientos de masa que lo impulsen; sin golpes de Estado ni marchas, sin una discontinuidad abrupta. Hay en cambio una evolución casi imperceptible, una convergencia nada dramática de tendencias y consecuencias involuntarias. En términos históricos, el poder corporativo mismo es por lo menos tan antiguo como los ‘trusts’ del siglo XIX. En la década de 1920, los politólogos ya describían a los grupos de interés y los lobbies como ‘la cuarta rama del gobierno’. Lo que no tiene precedentes es la unión del poder corporativo y el estatal en su sistematización y la cultura compartida de sus socios” (Wolin, 2008, pp. 108-109).

modelo de gobierno aparentemente democrático, contrario al totalitarismo tradicional que encarna un líder o caudillo abiertamente conocido; el totalitarismo invertido es la representación de la manipulación del Estado mediante sus instituciones o grandes corporaciones que controlan la economía. El peligro de este último reside en que mantiene la fachada de la democracia, la política electoral tradicional y el respeto por las libertades de las personas. A pesar de la aparente defensa de la democracia y su oposición al totalitarismo caudillista, el totalitarismo invertido es en la práctica el dueño de todos los mecanismos del poder para restringir por completo al ciudadano.

El totalitarismo invertido, según el politólogo Wolin (2014) es la antítesis del poder constitucional. Fue concebido por los tentáculos del poder económico para fragmentar la sociedad, generar incertidumbre en la ciudadanía y mantenerla asustada, pasiva e insegura mediante políticas de Estado persuasivas, creadas para hacerles creer a los ciudadanos que ellos deciden de manera libre dentro de una democracia. La esencia de esta teoría ha venido siendo recogida y adaptada de manera soterrada por diferentes instituciones, movimientos y corporaciones estatales para producir el mismo efecto. Lo que conceptualmente nos permite establecer una analogía con la jurisdicción judicial, en donde se viene evidenciando una práctica totalitarista en aumento por parte de los jueces de primer orden, con el ropaje de justicia y democracia que exige la teoría del totalitarismo invertido, en la cual nos centraremos.

Esta forma de totalitarismo invertido contemporáneo se presenta cuando, por ejemplo, el juez es quien, en gracia de la discrecionalidad, decide sobre la vida de los demás sujetos, sin la posibilidad de estos de equilibrar la balanza judicial de lo justo; balanza vista desde lo desarrollado en el positivismo jurídico, esto es, desde el conocimiento fáctico de lo contemplado de manera expresa en la norma, con lo que se brinda seguridad jurídica frente a cada decisión que se tome sobre la libertad de los ciudadanos. Es así que por esta ausencia de seguridad jurídica se viene transformando el realismo jurídico en un totalitarismo jurídico invertido, donde la sociedad no puede lograr mantener el orden jurídico más que luchando de manera constante contra la anarquía que asedia al sistema judicial.

La seguridad jurídica surge de la certeza de igualdad que percibe la comunidad frente a las decisiones que toman los jueces en cada uno de los fallos que emiten, constituyendo esta igualdad una garantía de equidad dentro del sistema judicial. Las decisiones enmarcadas en la norma generan tranquilidad y proyectan respeto por los derechos de las personas, además consolidan la confianza en el Estado de derecho y conducen a que la sociedad acepte sin reparos las obligaciones jurídicas que se tienen como ciudadanos, pues se sienten protegidos por la ley, conduciendo al sistema a un Estado ideal, estable y consistente. La

percepción de inseguridad jurídica dentro de una sociedad suscita inestabilidad, intranquilidad y coarta el libre albedrío de las personas.

La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley. (Corte Constitucional, 2001, p. 27)

“Una de las características propias del totalitarismo invertido es determinarse a sí mismo como opuesto a cualquier sistema político opresor y negar su verdadera identidad” (Noguera, 2013, p. 151). Y cuando estos gobiernos totalitarios son expuestos por un grupo de la sociedad que pone en evidencia su verdadero actuar con acciones contrarias a la democracia, se exaltan y acuden al discurso mediático sensacionalista donde hacen énfasis en la democracia y el proceder diáfano de las instituciones e invitan a que sean estas las que intervengan en tales acciones. Esta situación ocurre dentro del sistema judicial cuando en el discurso jurídico se enarbola la igualdad de derechos y la justicia para todos, mientras gobiernan los intereses particulares a través de las decisiones de los jueces. Con estas prácticas se olvida el discurso del iusnaturalismo, es decir, el discurso donde convergen el derecho natural, la ética y la moral, enmarcados conceptualmente en la defensa de los derechos inherentes a la condición humana y se promulga tácitamente el respeto por la dignidad del ser humano. Y se convierte el realismo jurídico y la discrecionalidad judicial en un instrumento para violar los derechos humanos, de los individuos de una sociedad, imprimiendo miedo y terror con la privación de la libertad de manera preventiva a discrecionalidad de los jueces, avasallando principios y derechos constitucionales⁸.

8 La Constitución de 1991 en su artículo 1 advierte que “Colombia es un Estado social de derecho [...] fundado en el respeto por la dignidad humana”, lo que implica la defensa y la promoción de las libertades. Y en su artículo 9 declara que “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”, es decir, no debería ser privada de la libertad hasta que no se haya demostrado su culpabilidad. El Estatuto de Roma en su artículo 55. Derechos de las personas durante la investigación, literal d, sostiene que “Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad [...]” (Corte Penal Internacional, 1998). Y el Consejo de Estado colombiano dentro del desarrollo de la sentencia con radicado número: 25000-23-26-000-2000-00718-01(27252) argumenta clara y detalladamente todas las razones por las cuales privar de la libertad de forma preventiva a una persona siempre debe ser el último recurso, pues es una afrenta a la dignidad humana; en esta sentencia se pone de manifiesto lo siguiente “la aplicación de cualquier medida de aseguramiento que implique restricciones a la libertad —incluyendo la detención extrapenitenciaria— debe ser siempre excepcional, su adopción solo puede estar determinada por una necesidad imperiosa, y su determinación se debe ajustar siempre a la ley”.

En consonancia con lo anterior, el magistrado de la Corte Constitucional Jaime Araújo Rentería, en Sentencia C-318-08 afirma dentro de su salvamento de voto que “me permito reiterar mi posición jurídica en cuanto al principio general de libertad y la presunción de inocencia, de conformidad con lo cual considero

A mediados del siglo XX la doctrina de igualdad ante la ley se hallaba tan firmemente implantada en la conciencia del mundo civilizado que un solo fracaso de la justicia provocaba la indignación pública, debido a que la ley era clara y estaba escrita, era el periodo del derecho positivo (Arendt, 1951). Donde los totalitaristas no tenían estrategia distinta a la de actuar abiertamente ante los ciudadanos y arriesgarse a ser contrarrestados de manera frontal frente al intento de constituir gobiernos totalitarios, es por ello que los totalitaristas han venido construyendo un seudodiscurso democrático en diferentes corporaciones del Estado, incluyendo el sector judicial. De modo que para comprender el totalitarismo jurídico invertido se debe entender la génesis del derecho positivo, el realismo jurídico y su deformación como consecuencia de la amplia discrecionalidad judicial. En lo que sigue, definiremos dicho realismo y daremos cuenta del proceso por el que termina convirtiéndose en una suerte de totalitarismo.

REALISMO JURÍDICO COMO ANTECEDENTE DEL TOTALITARISMO JURÍDICO

El realismo jurídico⁹ es una doctrina filosófica que se entiende como la rebelión contra el formalismo jurídico y el positivismo. Coy (2015) lo relaciona de manera impecable con el pensamiento filosófico de Aristóteles cuando menciona que:

El realismo jurídico clásico hace parte de un sistema de pensamiento filosófico superior: el realismo filosófico. El principal precursor de esta filosofía es Aristóteles; este pensador planteó que el conocimiento del ente se da por medio de los sentidos oído, vista, olfato, tacto y gusto, sin embargo, forma parte de una realidad que participa de una forma más elevada del Ser. Cabe hacer énfasis que para esta postura el conocimiento del ente no es una actividad intelectual-descriptiva, sino que está en relación con los principios del derecho natural y, por lo tanto, es objetivo. (Coy, 2015, p. 6)

que la figura jurídica de la detención preventiva no debería existir y la privación de la libertad sólo debería aplicarse después de un proceso [...] y luego de desvirtuado plenamente el principio de inocencia”. Así mismo manifiesta que no debería existir la detención preventiva. Y que no debería permitirse al juez la discrecionalidad de determinar la procedencia o no de la detención preventiva. De igual modo este magistrado asevera que se está desconociendo el numeral 6) del artículo 5° de la Convención Americana de Derechos y el numeral 3) del artículo 10 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, que forman parte del bloque de constitucionalidad y concluye que la regla general es la libertad y el principio de inocencia, y que la detención preventiva los contradice.

- 9 “El Realismo Jurídico Clásico es una teoría de la justicia y del derecho construida desde la perspectiva del Jurista quién, atendiendo a la clásica definición de justicia, realiza una tarea de distribución de las cosas, es decir, da a cada uno su derecho (Villey, 1979). Desde esta perspectiva, el Jurista en su quehacer determina el sentido y alcance de las normas frente a una situación jurídica concreta, es decir, interpreta el ordenamiento jurídico que interviene en determinado caso con el propósito de preservar o restablecer la Justicia” (Coy, 2015, p. 24).

Ampliamente discutida desde tres escenarios. El primero trabajado de forma temprana desde 1860 por el alemán Rudolf von Jhering —aquí el realismo jurídico se conoce como antiformalismo jurídico—, la principal característica de su teoría era la crítica al pensamiento jurídico contemporáneo de naturaleza mecánica y deductiva, pues dejaba de lado elementos historicistas, idealistas y religiosos (Malmine, 2019). El segundo escenario se da desde 1930 y lo plantea Axel Hägerström, es el realismo jurídico escandinavo, cuyo principal distintivo desde su punto de vista era el rechazo al iusnaturalismo, al positivismo, a la no aceptación de los métodos jurídicos fundamentales, y las soluciones jurídicas se las atribuyen a la psicología y al empirismo de la vida humana. Hägerström además de valorar la norma escrita como lo único existente y vinculante en derecho, señalaba que el “juicio de valor” no es más que una expresión de sentimientos. Los valores no existen objetivamente, son simplificaciones de los sentimientos de aprobación o de repulsión de los sujetos (Campos, 2010).

El tercer escenario es el propuesto por el realismo jurídico norteamericano, en donde la realidad jurídica la determinan los tribunales, existiendo una animadversión por las construcciones sistemáticas y las elaboraciones conceptuales, y el interés a su vez por el caso concreto, puesto que la gran cantidad de posibles decisiones judiciales convertía en sumamente difícil el conocimiento completo de los precedentes, constituyendo un grave obstáculo para el estudio del derecho (Fassò, 1996), enmarcada en que todo acto por fuera de la ley tiene consecuencias jurídicas. Un destacado jurista norteamericano es Oliver W. Holmes¹⁰, quien en su obra *The Common Law* escrita en 1881, es decir, veintiún años antes de ser nombrado juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ya dejaba ver su postura frente a la evolución de las normas de las cuales señalaba que estaban impulsadas por las costumbres sociales e interpretadas por las fuerzas políticas vigentes; también sostenía que la vida del derecho no es la lógica, sino la experiencia, y es precisamente el estudio de esa experiencia el que conduce a la esencia del derecho y su aplicación a los casos concretos.

Todos los realistas estaban de acuerdo en que el derecho y las razones jurídicas son racionalmente indeterminadas (al menos en aquellos casos que alcanzan la etapa de apelación), así que la mejor explicación de [por qué] los jueces deciden en la forma en que lo hacen debe buscarse por fuera del derecho mismo. En particular, todos los realistas abrazaron lo que puede llamarse como la “afirmación central” del realismo: al decidir los casos, los jueces responden primariamente a los estímulos de los hechos del caso, en vez de responder a las razones y reglas jurídicas. (Leitter, 2015, p. 246)

10 Oliver Wendell Holmes fue uno de los juristas estadounidenses más destacados. En 1883 fue nombrado miembro de la Corte Suprema de Massachusetts y en 1902 juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en donde permaneció durante treinta años. Es considerado por los juristas de la época un experto en el derecho consuetudinario.

Según lo anterior podemos definir de manera general que el realismo jurídico es una doctrina filosófica que identifica al derecho normativo con el poder estatal o con la probabilidad asociada a las decisiones judiciales inspiradas en la percepción personal del juez. “Para los realistas jurídicos contemporáneos el derecho no está formado por enunciados con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino por las reglas realmente observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal” (Campos, 2013, p. 10). Se piensa que los operadores de justicia toman decisiones conscientes, inspiradas y basadas en la aplicación de los preceptos normativos; es sensato creer que las decisiones que toman los operadores de justicia obedecen a una lógica y que esa lógica está alejada de factores externos a los contemplados en las leyes establecidas en el ordenamiento jurídico. Pero a través de la evolución jurídica se ha determinado que las cosas no siempre son así, cada vez es más común que en el trasegar de las decisiones que toman los jueces se aparten ostensiblemente de la racionalidad legal y normativa a la cual se deben.

En el escenario jurídico el realismo es una manifestación contra la aplicación rigurosa de la norma escrita, señalando siempre que “más allá de la norma y los valores, el Derecho es dinámico, significa acción, así como el efecto de actos concretos en la vida de los hombres” (Campos, 2010, p. 198). En el realismo jurídico el juez es la figura principal en los procesos judiciales, así mismo se puede ver que dentro de los fallos proferidos y que se convierten en precedente judicial, el juez es el protagonista en el desarrollo de los mismos. Esto evidencia que la conducta de los jueces y su interpretación e introspección social llegan a ser, en la mayoría de las ocasiones, más importantes que la misma ley. Este protagonismo se visibiliza con mayor fuerza cuando las decisiones judiciales son tan distantes de lo preceptuado en la norma que el juez sustenta sus fallos apoyado en la discrecionalidad judicial dada para tomar decisiones. Empero, esta discrecionalidad judicial resulta de la indeterminación misma del derecho¹¹, es decir, de la ambigüedad de los postulados normativos.

La indeterminación del derecho, implica libertad de elección y de selección, integra los poderes y los deberes del juez que les confiere y les impone el ordenamiento jurídico. Consiste en la capacidad que tiene el juez de discernir la solución justa entre diferentes posturas y parámetros, es el poder de decidir libre y prudencialmente en el marco de la ley y el respeto por la dignidad humana y conlleva inexorablemente a la frágil independencia natural del juez. Jamás debería llevarse en forma absoluta

11 “La indeterminación del derecho natural hace que se afecte el principio de legalidad y seguridad jurídica en el ordenamiento colombiano (arts. 1º y 230). Así mismo, permite que los jueces puedan acudir a posturas subjetivas para fallar los diversos casos que son sometidos a su consideración, lo cual desconocería el mandato de un tratamiento igualitario ante la ley (art. 13). Adicionalmente, se indica que, con esa referencia, se incluyen criterios ‘supra-jurídicos’ de interpretación constitucional y se instituye un derecho superior al positivo, con lo cual se desconoce la supremacía constitucional (art. 4º)” (Corte Constitucional, 2015, p. 56).

e indeterminada, siempre deberá ser debidamente fundada y se encuentra sujeta al control de racionalidad y razonabilidad, más que una prerrogativa debería entenderse como una responsabilidad de carácter social más que jurisdiccional. (Masciotra, 2015, p. 115)

Hoy la lucha histórica y constante por el derecho sucumbe ante el imperio supremo del totalitarismo jurídico invertido, advierte una tragedia próxima, pues las injusticias mueven los sentimientos más profundos y el derecho pone de presente dos mundos: uno es la norma estática escrita y el otro es el derecho dinámico, cambiante y en constante movimiento desfigurado por los jueces, surgiendo un verdadero conflicto de la idea propia de lo que significa el derecho. Pero la responsabilidad no solo es de aquellos que vestidos le hacen un esguince a la ley escusados en la discrecionalidad, sino de aquellos que siendo afectados no tienen el valor de defenderla. Solo vociferar la injusticia cuando ocurre no es el fin, es no permitir que el derecho sea suplantado por la injusticia, pues el hombre sin derecho debe equipararse a un animal, es por ello que tenemos el deber de defender nuestros derechos porque estos van ligados a la dignidad humana y la conservación de la moral, no defender nuestros derechos equivale a una muerte social.

Estamos en un momento histórico, en donde el totalitarismo viene permeando de manera progresiva la estructura mental de los jueces, por ende, nuestro deber como sociedad está en contener este embate. Así como otrora conquistamos la abolición de la esclavitud, no debemos permitir que el respeto por la dignidad humana sea visto como una opción o un medio para conseguir un propósito, sino que ha entenderse como un deber constante, un fin único e inalienable, insuperable y que no se puede pisotear, donde el respeto por la dignidad es el eslabón que mantiene el equilibrio y la armonía con el derecho y la paz dentro de una sociedad. El respeto por la dignidad humana constituye esa frágil y delgada línea entre una decisión legalmente argumentada y una decisión injusta construida con el argumento de la discrecionalidad, lo que no es otra cosa que un totalitarismo jurídico invertido, el cual alimenta el odio de quien sufre una injusticia y propone una guerra social. Rudolf von Jhering (2018) señala la injusticia en el ámbito jurídico como una verdadera tragedia social:

El asesinato judicial, es el verdadero pecado mortal del derecho. El que, estando encargado de la administración de justicia, se convierte en asesino, es como el médico que envenena al enfermo. En la antigua Roma, se castigaba al juez corrupto con la pena de muerte. Para la autoridad judicial que ha violado el derecho, no hay un acusador más terrible que la figura sombría y continuamente amenazadora del hombre que se ha hecho criminal como consecuencia de una lesión del sentimiento jurídico: no es sino la propia sombra de la autoridad judicial bañada en sangre. El que ha

sido víctima de una injusticia corrompida y parcial, resulta violentamente expulsado de la senda del derecho, se convierte en vengador y ejecutor de su propio derecho, y no es raro que, lanzado por la pendiente, más allá de su objetivo directo, se termine declarando enemigo de la sociedad, bandolero y asesino. (Jhering, 2018, p. 98)

Jhering (2018) destaca ese principio natural que forma parte de los hombres, la reacción violenta frente a la vulneración de sus derechos y la impotencia de ver supeditado el derecho ante la ceguera recalcitrante de un sistema judicial contaminado por la arbitrariedad y las decisiones totalitaristas. La capacidad destructora de las decisiones injustas y de las malas prácticas jurídicas irradia su poder destructivo más allá del ámbito personal de un individuo y empieza a generar daños colectivos que afectan la moral de todo un pueblo. Pero esta nueva lucha debe darse por salvaguardar y recuperar el respeto por la dignidad humana, el cual está siendo arrojado por la sombra oscura del totalitarismo jurídico invertido, cuyo vehículo utilizado para avanzar de manera sigilosa es la llamada discrecionalidad judicial, que no es otra cosa que la libertad que tienen los jueces para coartar la libertad de los demás y ejercer su dominación con base en el terror que producen sus decisiones.

El realismo jurídico se da como el comienzo de un cambio en la forma de ver el derecho, este cambio inicia a mediados del siglo XIX, en las décadas de 1920 y 1930, en donde la narrativa histórica del derecho se subleva contra el formalismo jurídico y el discurso frente al derecho natural se vuelve hostil. En su momento se vio como un giro hacia las teorías del conflicto entre el derecho y la moral, impulsado por desarrollos políticos, económicos y sociales contemporáneos. A finales de la década del treinta, en Estados Unidos un grupo de jesuitas expertos en derecho comenzó a asociar el realismo jurídico con el fascismo y el comunismo ateo. Se veía el realismo jurídico como la oportunidad ilegítima para la construcción de derecho por parte de los jueces y se empezó a acusar al realismo de legitimar la dictadura, socavar el Estado de derecho y proponer la ideología de “el poder es lo correcto” (Malmine, 2019, p. 157).

Esta visión jesuita de finales de 1930 no es distante de lo que en esta década vivimos con corporaciones judiciales que forman parte de un Estado de derecho, pero que encarnan desde las decisiones de algunos de sus miembros un totalitarismo jurídico, escudados en el realismo jurídico y que se ha recrudecido desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991, que abrió el camino a la discrecionalidad judicial y le otorgó al operador judicial el poder de crear o modificar el derecho, so pretexto de hacer un discernimiento sobre la norma y los hechos que rodean cada caso particular para tomar su decisión. Propinándole

al derecho “una herida que está abierta y cuya consecuencia universal más aguda es la ilegitimidad” (D’Angelo, 2014, p. 1) y llevando al juez a una zona de penumbra e incertidumbre jurídica donde la discrecionalidad desborona la confianza en la norma penal.

Y aunque instituciones de orden superior como la Corte Constitucional de Colombia mediante sentencia de unificación SU172 de 2015 han hecho claridad acerca de que todos los actos discrecionales podrán someterse a control jurisdiccional en razón a que tales actos no pueden alejarse ni contraponerse a la Constitución ni a la ley, lo que aislaría tal decisión de lo que podría denominarse jurídicamente correcto o del deber ser y en todo caso, el operador judicial debe diferenciar entre tal facultad y la arbitrariedad (Sentencia SU172 de 2015). Postura reciente que es concordante con lo que menciona la misma institución según la Sentencia C-031 de 1995, en donde expresó:

[...] en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho.

Lo que pone de presente que a pesar de las limitaciones a la discrecionalidad el fenómeno de la arbitrariedad judicial basado en este elemento está presente en el ordenamiento jurídico.

A partir de esta premisa entraremos a revisar los límites de la libertad de los jueces y el régimen jurídico que soporta las actuaciones frente a decisiones tomadas bajo la figura de la discrecionalidad judicial y la posición de la Corte Constitucional frente al proceder discrecional de los jueces.

DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y SU AFECTACIÓN A LA DIGNIDAD

En el proceso de mutación del lenguaje jurídico, este se ha caracterizado por su vasta disquisición, ambigüedad y dicotomía en la interpretación misma de las leyes, las cuales admiten una interpretación amplia tanto en lo restrictivo como en lo permisivo. Situación que genera una incertidumbre jurídica permanente en la sociedad constituyendo un riesgo para la paz y el orden social. A esto se suma que las situaciones en conflicto son tan diversas que se salen de toda órbita de lo previsible, lo que se torna fácticamente imposible para enmarcarlo en el texto normativo. El aporte de la discrecionalidad judicial¹² es silencioso

12 “La noción de ‘discreción’ y en particular la de ‘discrecionalidad judicial’ hacen referencia a una serie de cuestiones diferentes y relacionadas: por un lado, a la prudencia, sensatez o buen juicio que debe

pero significativo y trascendental dentro del sistema social, pues deja en manos de una persona las decisiones frente a la libertad de los individuos de una sociedad. La indeterminación de la norma conlleva inevitablemente que el juez deba tener un extenso margen de maniobra discrecional en la aplicación del derecho, lo que le permite decidir de acuerdo con su percepción o convicción personal. Cabe decir con todo que la jurisprudencia colombiana teóricamente es coercitiva, pues es deber del juez ordinario mantener una línea jurisprudencial y normativa. No obstante, lo cierto es que a pesar de la teoría siempre permanece la excepcionalidad de la libertad de discrecionalidad en la interpretación a los jueces de menor jerarquía. Por ello el respeto por la dignidad debe ser el ingrediente base de las decisiones que adopten los jueces en virtud de la discrecionalidad, pues solo el respeto por la dignidad se convierte en fuente de derechos y en norma de comportamiento, asegurando el justo entendimiento entre el sistema y la sociedad.

Estamos frente a un poder ilimitado otorgado a los jueces de manera tácita, en el que se le consiente tomar una decisión con fundamento en “su propio derecho penal”, es decir, sin acudir a la norma explícita, sino que su decisión la argumenta acudiendo a la discrecionalidad en razón a que la situación a la que se enfrenta no está claramente definida en la norma, que es de difícil solución o que se ha establecido como el derecho indeterminado para resolver el tema en comento. Allí es donde el juez debe elegir entre varias posibles soluciones apelando a concepciones extrajurídicas y que generan incertidumbre permanente (D’Angelo, 2014), en especial ante la posibilidad de privar de la libertad a una persona de manera preventiva avocando criterios de discrecionalidad, ocasionando con ello cuando ocurre una mutilación al respeto por la dignidad del ser humano.

La controversia se mantiene frente a la libertad de los jueces para interpretar la norma y los hechos como rasgo central de la discrecionalidad, aunque teóricamente se trata de una libertad que no es absoluta, pues dicha libertad en términos teóricos tiene límites normativos, esto es, su margen de decisión debería estar entre lo que ellos pueden considerar la mejor interpretación de la ley, sin que constituya la construcción de nuevo derecho. En otras palabras, en su criterio está determinar la intención del legislador al concebir el texto de

acompañar a una decisión y, por el otro, al arbitrio o la voluntad admisibles en ella” (Etcheverry, 2015, p. 1398). La discrecionalidad es vista como la elección entre dos o más alternativas abiertas. “Este modo de entender la discrecionalidad judicial, parece suponer que ha [de] ser caracterizada como un acto voluntario que consiste en optar por seguir un curso de acción determinado cuando existen por lo menos dos posibilidades reales de actuación mutuamente excluyentes y entre las cuales el derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras. Esto supone un cierto margen de autonomía, libertad o falta de control para determinar el resultado de la decisión, que no puede basarse en estándares impuestos por otra autoridad jurídica” (Etcheverry, 2015, p. 1399).

las leyes, las cuales precisan las condiciones como se debe juzgar al momento de conseguir la verdad jurídica.

Ésta es precisamente la idea a la que Dworkin aludió con la ya famosa metáfora del agujero de la rosquilla: sólo tiene sentido referirse al agujero (que sería el margen de libertad) en presencia de la rosquilla (que sería el perímetro normativo). (Vidal, 2002, p. 421)

Las decisiones que tomen los jueces deben apoyarse en la mejor interpretación del derecho positivo para que transmita tranquilidad, sensación de justicia y se mantenga incólume la dignidad del ser humano. Para lograr esta sensación de justicia, la hermenéutica jurídica le permite al juez interpretar desde el ámbito legal las leyes y normas, en consecuencia, con el uso de la hermenéutica se trata de encontrar la interpretación correcta de cada texto, de acuerdo con lo concebido por quienes lo escribieron, de modo que su aplicación sea siempre justa, clara e irrefutable para cada caso, pues una decisión judicial sensata puede ser la diferencia entre el bienestar o la desgracia de un individuo y su entorno, entre el derecho real y el totalitarismo jurídico invertido.

Lo que pone de manifiesto que siempre existirán dos alternativas, cada una de ellas con más o menos soporte jurídico, que será entendido por el vulgo como lo que es justo y lo que es injusto, donde cada uno de los involucrados en esta decisión deberá sentir que lo fallado por el juez fue respetuoso del derecho manteniendo intacta la dignidad de las personas, y solo se espera que del abanico de alternativas que se desprende del análisis introspectivo y la aplicación de la hermenéutica jurídica¹³ se tome la decisión menos lesiva o lo que sería esperado siempre, se tome la alternativa correcta. Duque (2017) en su libro *Neoconstitucionalismo y estabilidad institucional* coincide con esta postura y ve el fenómeno de la interpretación como el equilibrio de las exigencias entre lo particular y lo universal, la cual regula la Constitución a través del establecimiento de fines y objetivos de obligatorio cumplimiento. Un punto de vista conceptualmente correcto, pero alejado de la realidad jurídica actual, que como viene quedando en evidencia, hasta los derechos humanos se han convertido en un saludo a la bandera por parte de los operadores de justicia, quienes se están volviendo totalitaristas jurídicos con apariencia de demócratas justos. Y aunque el fenómeno descrito está en ascenso y el irrespeto por la dignidad sigue siendo el común denominador por parte de los operadores de justicia de primer

13 “El término hermenéutica proviene del verbo griego (*jermeneueien*) que significa interpretar, declarar, anunciar, esclarecer y traducir, de igual forma significa que alguna cosa se vuelve comprensible o se lleva a la comprensión. En ambos casos se trata de una transmisión de significado, es decir, un proceso de mediación de significados que designa la expresión o la traducción del pensamiento en palabras para su comprensión por los receptores del significado contenido en el texto” (Flores, 2010, p. 45). Jurídicamente la hermenéutica ayuda a lograr un mejor entendimiento de los textos legales para que desde su interpretación se tomen decisiones claras y equitativas, sin alejarse de lo que concibió el legislador cuando creó la norma.

orden, el establecimiento jurídico del nivel superior colombiano insiste en poner límites a la amplia disposición de interpretación que tienen los jueces, la que ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional de Colombia, quien en Sentencia T-406 de 1992 manifestó que:

El juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la constitución —sus principios y sus normas— con la ley y con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de Derecho.

Esto permite colegir que aunque aparentemente las instituciones permanecen con la apuesta intacta por la lucha por el derecho y el respeto por la dignidad humana, es la estructura mental de los jueces la que alimenta y robustece el fenómeno del totalitarismo jurídico invertido, que tiene su génesis en el apetito mordaz de poder, en el leviatán moderno, en la soberbia innata del ser humano que aprovecha la ventana que le da la literatura jurídica y la discrecionalidad judicial para escapar sin medida de la senda del derecho y aplicar “justicia” desde el egocentrismo de un ser humano con “poder” y propias convicciones, afectando de forma sistemática la dignidad humana. De manera exponencial vemos cómo “los jueces pueden sustentar una decisión judicial basados en la discrecionalidad como herramienta auxiliar de la justicia [...] cuando el mismo contenido de algunas normas son las que mencionan que es el juez quien fallará discrecionalmente” (Londoño, 2015, pp. 17-18). Solo cuando se respetan los valores y principios de orden constitucional a través de la técnica jurídica definida en el ordenamiento jurídico puede decirse que la decisión de los jueces es coherente con el derecho.

Es necesario reconocer la fragilidad de la teoría que señala al juez como un operador jurídico, cuya labor se circunscribe a servir de intérprete calificado entre soluciones preestablecidas en la norma por el legislador y la sociedad a la que se destinan estos preceptos, y donde es el mismo juez quien asume ser el garante de los derechos individuales consagrados, por ejemplo, en la legislación de cada segmento de la sociedad jurídicamente protegida por la Constitución Política de Colombia. Pero a su vez, es en esta en donde se concede una discrecionalidad judicial al juez ordinario limitada por las fuentes y en general por los principios y valores contenidos en la norma. “Al tomar decisiones el juzgador ordinario no es libre. Aunque en cada caso debe argumentar sea para integrar el derecho, para interpretarlo o para elegir entre las varias posibilidades valorativas, su juicio está sujeto a las fuentes del derecho” (León, 2016, p. 99).

Frente a los límites de la discrecionalidad judicial de los operadores de justicia los magistrados Eduardo Cifuentes y Vladimiro Naranjo en Sentencia C-567 de 2000 reiteraron lo dicho en fallos anteriores, en donde indicaron que:

El juez constitucional no es el creador de la norma constitucional. Ella es fruto de la función constituyente. Ningún fin por loable que sea permite que el juez constitucional configure por sí mismo el marco constitucional que le servirá de referente para confrontar la validez de las normas legales o de fuente para construir las reglas a aplicar en una situación específica. Este expediente tendría la ventaja de adaptar el derecho de modo tal que siempre se acomodara a la solución que el juzgador desea proyectar en el fallo, pero a costa de transformar el poder judicial en poder constituyente y demeritar fatalmente las expectativas de imparcialidad y objetividad que razonablemente cabe fincar en el proceso constitucional.

Así pues, ningún juzgador ordinario puede incorporar nuevos derechos fundamentales en contravía de la esencia del régimen jurídico y político. Le corresponde a la Corte Constitucional y al Congreso la incorporación vinculante de derechos inherentes al ser humano; como es el caso de la dignidad del ser humano, enraizada en la restricción de la libertad de la que son víctimas las personas cuando se encuentran frente al juez ordinario, quien de manera intuitiva, perversa y sin respeto alguno por la dignidad humana, priva de la libertad a una persona preventivamente, cercenando el segundo derecho en importancia del ser humano, por ello es que miramos la situación actual de los colombianos frente al respeto por la dignidad humana, que se entiende como la génesis de los derechos humanos y la democracia en el mundo.

La noción de dignidad humana es uno de los conceptos que en el ámbito del derecho y la filosofía presentan mayores problemas para su esclarecimiento y definición, en gran medida porque depende de la concepción filosófica en la cual se fundamenta la argumentación; por ello tal vez la conceptualización de la dignidad más utilizada en la actualidad tiene un carácter meramente instrumental, en la que se hace referencia a la dignidad, como el trato o respeto debido a las personas solo por su condición de seres humanos. (Martínez, 2013, p. 43)

En la modernidad la dignidad humana ha sido vista con mayor relevancia de la que antes se le daba, al pasar a ser entendida no como un derecho marginal, sino como un deber de respeto, con la mayor importancia dentro de una sociedad a partir de la premisa que es deber de la autoridad del Estado el respetar la dignidad; este deber se consigna en las normas jurídicas superiores de cada Estado. La primera carta magna que consagró la obligación del Estado de

respetar la dignidad humana fue la Constitución irlandesa en 1937, en cuyo preámbulo consignó que

[...] buscando promover el bien común, con la debida observancia de la Prudencia, la Justicia y la Caridad, a fin de garantizar la dignidad y la libertad del individuo, atender el verdadero orden social y restaurar la unidad de nuestro país.

Pero la Constitución alemana en 1949 fue más allá de una simple mención y afirmó expresamente en su artículo primero: “La dignidad del hombre es intocable, respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal” (Adenauer, 1949, p. 16),

[...] lo que se enuncia así no sólo es un principio, no sólo es la base de la totalidad del sistema de valores, sino el reconocimiento del hombre como principio y fin de la Ley Fundamental. Por eso, reconoce la dignidad, como derecho fundamental. (Oehling, 2011, p. 144)

Así mismo, en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Organización de las Naciones Unidas, 1948) se considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los integrantes de la familia humana y se estima que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie. Esto reafirma que se debe mantener el discurso al unísono como humanidad de que la lucha por el derecho y el respeto por la dignidad de las personas debe ser incansable y el reproche por las arbitrariedades jurídicas no puede cesar, menos aun cuando la estrategia agazapada de las instituciones es dar paso al totalitarismo jurídico invertido de manera progresiva, despreciando el respeto por la dignidad humana con sus decisiones como cuando restringe la libertad de una persona de forma preventiva. Situación que debemos poner en evidencia y evitar que crezca esta postura totalitaria de algunos jueces, tal y como lo menciona la magistrada Stella Conto Díaz del Castillo del Consejo de Estado de Colombia quien, mediante Sentencia 25000-23-26-000-2000-00718-01 (27252) de 2013 señaló que:

La Constitución Política, fiel a la filosofía liberal que la inspira, consagra un modelo de Estado que tiene su pilar fundamental en la inviolabilidad de la dignidad humana y a la libertad como uno de sus valores fundantes (Preámbulo) y como principio normativo básico (art.1). Lejos de ser un enunciado vacío o meramente desiderativo, la dignidad humana es un principio material plenamente vinculante y con un contenido que no se puede desconocer sin desnaturalizar por completo el sistema jurídico. En esencia, el reconocimiento de la dignidad consiste en la aceptación

de una diferencia radical entre la condición personal del ser humano y la simple condición de cosa. La dignidad de la persona comporta, en efecto, su inviolabilidad e indisponibilidad, el poseer una eminencia que lo pone más allá de todo precio, un valor por encima de toda utilidad.

El reconocimiento de la importancia de la dignidad humana permite la interiorización del concepto de que la persona debe ser un fin y nunca un medio al servicio de intereses personales o de un sector político de la sociedad. La regla general en un Estado social de derecho debe ser el mantenimiento del respeto de la dignidad humana por encima de cualquier premisa jurídica, política o social, pues con esto se reconoce la importancia de la persona por antonomasia y se mantiene la coherencia con el modelo de Estado promovido en la Constitución de 1991. Este reconocimiento de la persona como un fin por encima de cualquier otra cosa o interés particular constituye un profundo respeto por su dignidad y está íntimamente ligado al respeto por su libertad, como una sinergia perfecta que no admite disolución alguna y resulta connatural al Estado social de derecho, tal y como lo manifiesta la Corte Constitucional de Colombia cuando ha considerado que “la autonomía es uno de los tres lineamientos fundamentales¹⁴ que hacen parte del objeto de protección del enunciado normativo de la dignidad humana” (Consejo de Estado, 2013, p. 41).

Donde además le ordena a la nación-rama judicial promover en los cursos de formación judicial la importancia de la aplicación de los principios constitucionales de dignidad humana, presunción de inocencia y necesidad, con particular énfasis en la excepcionalidad de imponer medida de aseguramiento de manera cautelar (Consejo de Estado, 2013). Lo que evidencia la urgencia de actuar en bloque como sociedad de manera inmediata frente a este fenómeno ya identificado y en crecimiento, y de emprender una estrategia que permita contrarrestarlo y desacelerar su desarrollo.

14 “Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo ‘dignidad humana’, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)” (Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002).

CONCLUSIONES

El ser humano ha sido catalogado por organismos internacionales¹⁵ como un ser valioso al que se le reconoce su grandeza y se le honra con la exigencia a los Estados de respetar su dignidad. Ese principio de respeto, que no es letra muerta, está íntimamente ligado a la justicia, la libertad, la capacidad de desarrollarse y la igualdad, valores intangibles que forman parte de manera intrínseca de la vida propia de los seres humanos. Cuando la Declaración Universal de los Derechos Humanos enraíza la dignidad como fundamento de otros derechos le da un valor de ser superior a las personas y que por antonomasia tienen derecho a la vida, la libertad, la educación, a construir una familia, etc. Derechos que son vulnerados, cercenados y pisoteados, en particular, sucede cuando la entidad llamada a proteger la dignidad de los sujetos actúa de forma contraria a lo que ordenan los estamentos superiores. Los jueces de la república han venido hace un par de lustros valiéndose de la facultad dada por la Constitución colombiana de 1991, apartándose de la senda del respeto por la dignidad con sus actuaciones judiciales amparadas en la discrecionalidad judicial que valga decirlo es un realismo jurídico recalcitrante, argumento con el cual vulneran casi todos los derechos de las personas al privarlas de la libertad preventivamente.

Los realistas jurídicos creen que el derecho positivo no determina las verdaderas soluciones a los casos que juzgan los jueces, sino que es la decisión del juez la que establece qué es y qué no es el derecho. Esto sin duda alguna, supone una postura totalitarista que ha llevado a una crisis mundial en cuanto al irrespeto por la dignidad del ser humano respecto a la privación de la libertad, generando incertidumbre e indignación en quienes son afectados por las decisiones discrecionales de los jueces al restringir la libertad de manera preventiva, siendo esta, el segundo derecho en importancia después del derecho a la vida de los seres humanos. Este derecho es mutilado con la decisión de un juez, en muchos casos de forma caprichosa o apresurada, desencadenando una crisis mundial carcelaria de hacinamiento en razón a la cantidad de personas que están privadas de la libertad de manera preventiva en muchas ocasiones con argumentos discrecionales. Olvidando el juez que el respeto por la dignidad debe estar por encima de cualquier circunstancia y la privación preventiva de la libertad es la mayor afrenta a la dignidad del ser humano.

En ese sentido, podemos señalar cómo algunos juristas reconocidos como la magistrada del Consejo de Estado colombiano, Stella Conto Díaz, vienen

15 Estas son las principales instituciones de orden superior que protegen los derechos humanos y a su vez velan por que se mantenga intacto el respeto por la dignidad de hombres y mujeres, sin distinción de condición social, tendencia política, creencia religiosa o cualquier otra circunstancia social: 1. Organización Mundial de las Naciones Unidas, 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 3. Programa de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 4. Human Rights Watch, 5. Corte Constitucional, 6. Defensoría del Pueblo.

alertando sobre el comportamiento reiterativo de los jueces colombianos frente al irrespeto por la dignidad de las personas con sus decisiones, en especial cuando privan de la libertad preventivamente. Comportamiento que se acerca de manera peligrosa al discurso totalitarista. El totalitarismo jurídico se refleja en este tipo de acciones que son contrarias a derecho, y afectan de modo directo la dignidad de los sujetos. Pero cuando frente a estas acciones totalitaristas el corporativo judicial usa todo su poder mediático para hacer creer a la sociedad que sus actuaciones son apegadas a la ley, que está luchando de manera diáfana y vertical para brindar a la sociedad una democracia libre, allí de forma perversa se configura un totalitarismo jurídico invertido.

El totalitarismo jurídico invertido es esa deformación perversa de lo que es derecho, esa apariencia de lo correcto soportado en un poder discrecional que le ha permitido a los jueces convertirse en seres totalitarios vestidos de imparcialidad y con la capacidad de transmitir una sensación de justicia con sus actos, avalados por un sistema que va en contravía de los derechos humanos y de la paz del mundo, entendida esta paz, como el estado ideal de cosas dentro de una sociedad. Esto ha llevado a que la reclusión sea una respuesta casi automática, en lugar de una medida resocializadora de último recurso. No es vano decir que estamos frente a una justicia totalitaria que anula la libertad y avasalla la dignidad del ser humano, generando miedo y zozobra como estrategia de dominación, pero que sale a promulgar su rectitud y la ecuanimidad de sus decisiones.

Muestra de esta justicia totalitaria son las cifras de la población reclusa mundial¹⁶, que se calcula en 22,96 millones de personas y en promedio el 40% es de manera preventiva, según el Centro Internacional para Estudios Penitenciarios. Esto se traduce en casi 9,2 millones de familias secuestras por la incapacidad de Estados paquidérmicos que trasladan la carga de la ineficiencia del sistema judicial a las personas, sumiéndolas en la incertidumbre y la angustia permanente de tener un miembro de su familia privado de la libertad, esperando un juicio “justo”, aunque los tratados internacionales sobre derechos humanos promulguen que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario. Esta situación se torna insoportable para la sociedad afectada, amenazando la paz y el orden de los entornos más próximos a ella, al activar las fibras más profundas de la indignación y engendrar personas llenas de odio y dispuestas a hacer justicia por mano propia, alejándolas por completo de la senda del derecho.

16 La Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito crea estrategias para minimizar el impacto de la crisis penitenciaria en el ámbito global, mediante el Apoyo Financiero para la Prevención del Delito y la reforma de la justicia penal. Dentro de estas estrategias realiza informes donde da a conocer las cifras de personas que permanecen reclusas en centros penitenciarios de manera preventiva y condenadas.

Dicha situación se convierte en un detonante que deja en evidencia cómo el irrespeto por la dignidad del ser humano está enraizado en un “totalitarismo jurídico invertido” contemporáneo, que conlleva en uno de sus aspectos la crisis carcelaria en el mundo como consecuencia de una teoría jurídica y filosófica deformada por su interpretación, denominada “discrecionalidad judicial”. Esta no es otra cosa que el ropaje utilizado por los jueces para alejarse de manera soterrada de la justicia y los principios del derecho, desde los que se invita a luchar por el respeto a la dignidad humana, que es la base de una sociedad justa.

REFERENCIAS

- Adenauer, K. (1949). Ley fundamental de la República Federal de Alemania. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>
- Arendt, H. (1998). *Los orígenes del totalitarismo*. Santillana.
- Brum, P. (2011). El impacto del totalitarismo en el siglo XX. *Documento de Investigación, 62*, Universidad ORT Uruguay.
- Campos, E. (2013). *Realismo jurídico norteamericano* [Tesis de licenciatura, Universidad de Chile].
- Campos, F. (2010). Nociones fundamentales del realismo jurídico. *Revista de Ciencias Jurídicas, 122*, 191-220.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2013). Acción de reparación directa, Sentencia 25000-23-26-000-2000-00718-01(27252). M. P. Stella Conto Díaz del Castillo.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Impreandes.
- Constitución Política de la República de Irlanda. (1937). http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/ireland/s.htm
- Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia C-836. Expediente D-3374. M. P. Rodrigo Escobar Gil. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia C-318. Expediente D-6941. M. P. Jaime Córdoba Triviño. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-318-08.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia C-284. Expediente D-10455. M. P. Mauricio González Cuervo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-284-15.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (1995). Demanda de inconstitucionalidad C-031. Expediente D-676. M. P. Hernando Herrera Vergara. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-031-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (2000). Sentencia C-567. Expedientes D-2664 y D-2665. M. P. Alfredo Beltrán Sierra. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-567-00.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (1992). Sentencia revisión de tutela T-406. Expediente T-778. M. P. Ciro Angarita Barón. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>
- Corte Penal Internacional. (1998). Estatuto de Roma. [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Coy, J. D. (2015). Del formalismo al realismo jurídico clásico: un estudio sobre sus contradicciones en relación a la verdad, justicia y reparación [Tesis de pregrado, Universidad Católica de Colombia].
- D'Angelo, D. (2014). *El alcance de la discrecionalidad judicial en el derecho penal contemporáneo* [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca].
- Duque, O. (2017). *Neoconstitucionalismo y estabilidad institucional*. Lemoine Editores.
- Etcheverry, J. (2015). *Discrecionalidad judicial*. En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (vol. 2, pp. 1389-1418). Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Fassò, G. (1996). *Historia de la filosofía del derecho*. Vol. 3. Ediciones Pirámide.
- Flores, A. (2010). *Teoría hermenéutica de los derechos fundamentales* [Tesis doctoral, Universidad Panamericana Guadalajara].
- Hobbes, T. (1980). *Leviatán*. (2ª ed.). Editora Nacional.
- Jhering, R. (2018). *La lucha por el derecho*. Dykinson.
- León, S. (2016). Los límites de la discrecionalidad judicial en la Constitución Política de 1991. *Inciso*, 18(2), 87-104.

- Londoño, A. (2015). *La discrecionalidad judicial y el imperio de la ley en Colombia* [Tesis de pregrado, Universidad de Manizales].
- Malmine, T. (2019). Realismo jurídico escandinavo, algunos asuntos inconclusos. *Isonomia*, 50, 151-173.
- Martínez, V. (2013). Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 136, 39-67.
- Masciotra, M. (2015). El poder discrecional de los jueces. *Revista del Instituto Colombiano del Derecho Procesal*, 41, 115-135.
- Noguera, H. (2013). Democracia dirigida, terrorismo invertido. Normalización del terrorismo de Estado y la excepcionalidad de la democracia. *Novun Jus*, 2(7), 129-156.
- Oehling, A. (2011). El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 135-178.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2014). *Abordando la crisis penitenciaria a nivel global, estrategia 2015-2017*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Vargas, J. (2011). Los orígenes del totalitarismo de Hannah Arendt y la manipulación de la legalidad. *Revista Bolivariana del Derecho*, 11, 114-131.
- Vidal, L. (2002). Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. *Doxa*, 25, 413-439.
- Wolin, S. (2014). *Democracia S. A: la democracia dirigida y el fantasma del totalitarismo invertido*. Katz.