

Universidad de La Salle

Ciencia Unisalle

Maestría en Política y Relaciones
Internacionales

Departamento de Filosofía, Arte y Letras

2020

Totalitarismo jurídico invertido: una afrenta a la dignidad humana

Wilson Giovanni Patiño Suarez

Universidad de La Salle, Bogotá

Follow this and additional works at: https://ciencia.lasalle.edu.co/maest_politica_relaciones



Part of the [International Relations Commons](#), and the [Policy Design, Analysis, and Evaluation Commons](#)

Citación recomendada

Patiño Suarez, W. G. (2020). Totalitarismo jurídico invertido: una afrenta a la dignidad humana. Retrieved from https://ciencia.lasalle.edu.co/maest_politica_relaciones/16

This Tesis de maestría is brought to you for free and open access by the Departamento de Filosofía, Arte y Letras at Ciencia Unisalle. It has been accepted for inclusion in Maestría en Política y Relaciones Internacionales by an authorized administrator of Ciencia Unisalle. For more information, please contact ciencia@lasalle.edu.co.

Totalitarismo Jurídico Invertido: Una Afrenta a la Dignidad Humana

Wilson Giovanni Patiño Suarez

Maestría en Política y Relaciones Internacionales, Facultad de Filosofía

Universidad de La Salle

Desarrollo de un proyecto investigativo disciplinar y multidisciplinar

Documento de Investigación para optar al título de Magister en Política y Relaciones
Internacionales

Tutor

Dr. Hernán Ferney Rodríguez García

20 de noviembre de 2020

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
Metodología	10
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	
Capítulo I	11
La configuración del concepto totalitario como amenaza	11
Capítulo II	18
Realismo jurídico como antecedente del totalitarismo jurídico	18
Capítulo III	25
Discrecionalidad judicial y su afectación a la dignidad	25
CONCLUSIONES	34
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

TOTALITARISMO JURÍDICO INVERTIDO: UNA AFRENTA A LA DIGNIDAD HUMANA

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

Artículo 1, Constitución Política de Alemania, 1949.

Resumen

El presente documento de investigación no pretende postular nuevas teorías acerca del totalitarismo o del realismo jurídico, pero si se quiere mostrar una realidad que crece de manera constante dentro del sistema judicial y 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 conlleva a 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 hombre 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 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 del hombre marca el derrotero de los demás derechos como el derecho a la libertad, al cual le daremos la mayor relevancia dentro del presente documento. Se pretende construir o acuñar un nuevo término dentro de la filosofía político-jurídica, “totalitarismo jurídico invertido”, el cual 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 con algunas decisiones dentro del sistema judicial colombiano las cuales están creciendo de manera soterrada alejándose de la senda del derecho.

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

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

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, conveniencias particulares, pues no hay parámetro prestablecido 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 juega un papel determinante en la construcción del derecho, como complemento de las normas jurídicas establecidas, basado en la llamada 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 de acuerdo a su percepción o convicción personal, que surge de la estructura mental y la subjetividad de las vivencias domésticas de cada uno.

¹ La discrecionalidad judicial surge a partir de 1991 como la alternativa más expedita de encontrar una solución a los problemas sui generis que se 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.

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 del ser. 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 de antaño como algo natural e intrínseco que no hacía parte de la imposición normativa construida por el hombre, la cual impone límites al comportamiento del ser humano. Con esto, el derecho se creía inmune a momentos históricos 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 porque 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, 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 se puede realizar un análisis de lo que ha venido ocurriendo históricamente en el ámbito jurídico que se enmarca en un totalitarismo jurídico invertido, el cual 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 terror en la sociedad, pero siempre con el discurso enmarcado 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

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 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, en 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.: 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.

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 arriba mencionados y la manera como estos logran entrelazarse y construir un nuevo concepto, el cual se denominará “totalitarismo jurídico invertido”, se espera lograr introducir este concepto en el lenguaje filosófico como un apéndice del totalitarismo invertido (Wolin S, 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 claro 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.

⁴ La constitución política de Colombia, también se conoce como norma superior o carta magna, la última constitución fue redactada en el año de 1991 y se constituye como la máxima autoridad jurídica del país.

METODOLOGÍA

El presente documento elabora un análisis que busca traer al debate en el ámbito jurídico-filosófico una interpretación al parecer deformada por parte de los jueces sobre la función de la discrecionalidad judicial, la cual se ha convertido en una afrenta a la dignidad humana. Como tal la propuesta metodológica implementada supone una descripción teórica alrededor del análisis del totalitarismo jurídico y el respeto por la dignidad humana, en el que se establecen las formas en que se posiciona el totalitarismo y las afectaciones propias que trae consigo en el ámbito de la justicia. A su vez se establece cómo se ha ido consolidando este fenómeno problemático dentro del sistema judicial a través de la deducción e interpretación de acontecimientos que parecen descartados por el tiempo, pero que basados en la recopilación teórica son traídos a la discusión. La metodología utilizada es de carácter descriptivo y su función permite establecer una correlación entre diferentes momentos jurídicos y un fenómeno que ha estado inmerso en la sociedad y que crece de manera peligrosa dentro del sistema judicial.

De acuerdo con el enfoque del doctor Sampieri (2014), se utiliza una metodología cualitativa al no tratarse de datos tangibles, sino de variables intangibles, de conceptos a través de la historia y de su evolución teórica a partir de la interpretación. En esta investigación la inferencia es de tipo inductivo ya que obtenemos conclusiones que buscan la razón de ser de un fenómeno, acuñándolo dentro de un nuevo concepto en el ámbito jurídico - filosófico de la sociedad y el sistema judicial actual.

Capítulo I

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 en el mundo adversas a las formas naturales de convivencia social, haciéndose visible una nueva forma de gobernar basada en el terror. De acuerdo con la investigación realizada por la universidad ORT de Uruguay (2011), actualmente el totalitarismo es considerado por los gobiernos democráticos como una amenaza para la humanidad al suprimir por completo las libertades y los derechos humanos, coincidiendo con lo mencionado por 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 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 (Brum, 2011, p 6).

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.

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 cual el Estado establece un monopolio de la actividad política legítima que limita en cualquier grado las libertades del hombre en busca del poder absoluto y del dominio total de una población objetivo, además estos autores describen desde cada una de sus perspectivas como surgen los gobiernos totalitaristas y las consecuencias de esta clase de gobiernos. Aron (2017); Lefort (1981); Arendt (1998). Así mismo los regímenes totalitaristas que se han destacado a lo largo de la historia por su crueldad y duración, han sido los ejercidos por Losif Stalin (1924-1953) en la Unión de Republica Socialista Soviética, 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.

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 a través de su libro *Democracia S.A.* (2008), hace un análisis de la forma en que se ha ido desfigurando la democracia y el poder lo han ido

⁶ “El gobierno totalitario siempre transformo 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).

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.

Lo que marca 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, fácil de controlar y dirigir.

Por su parte, en el totalitarismo clásico se usa 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 tanto natural, según el cual las leyes naturales establecen la libertad que tienen cada hombre para usar su propio poder como le plazca” (Hobbes, 1980, p 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 basan en la dominación total de la población con el propósito 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; a la vez el líder debe acudir a todos los medios que sean necesarios para evitar que ese mundo ideal alcance estabilidad. Para lograr este objetivo 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). Asimismo, 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 va coartando a la población y se le van menguando 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 prerequisite 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 inocentes 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 esta soportado sobre leyes y normas, que intimidan y amedrentan 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 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 modelo de gobierno aparentemente democrático, contrario al totalitarismo tradicional que está encarnado en un líder o caudillo abiertamente conocido; el totalitarismo invertido es la representación de la manipulación del Estado mediante sus instituciones y grandes corporaciones que controlan la economía. El peligro de este último propende por mantener la fachada de la democracia, la política electoral tradicional y el respeto por las libertades del hombre. 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

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 S, 2008, p 80-81).

“En el totalitarismo clásico primero se apodera de del 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 S, 2008, p 108-109).

mediante políticas de estado persuasivas, creadas para hacerle creer a los ciudadanos que ellos deciden de manera libre. Pero no es más que una democracia planeada y dirigida por los grandes grupos económicos y orquestada por las instituciones para su fortalecimiento y beneficio propio.

Otra 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 dentro de cada uno de los fallos que emiten, constituyendo esta igualdad una garantía de equidad dentro del sistema judicial. Las decisiones enmarcadas dentro de la norma generarán tranquilidad y proyectan respeto por los derechos de las personas, además consolida la confianza en el Estado de derecho y conduce 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 genera 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 con 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 una cortina 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.

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 de manera abierta 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 manera que para entender 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.

Capítulo II

Realismo jurídico como antecedente del totalitarismo jurídico

El realismo jurídico⁸ es una doctrina filosófica entendida 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 intelectivo-

⁸ “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).

descriptiva, sino que está en relación con los principios del derecho natural y, por lo tanto, es objetivo (Coy, 2015, p 6).

Ampliamente discutida desde tres escenarios, el primero trabajado de manera temprana desde la década de 1860 por el Alemán Rudolf Von Jhering, en donde el realismo jurídico es conocido como el antiformalismo jurídico, cuya principal característica de su teoría era la crítica al pensamiento jurídico contemporáneo de naturaleza mecánica y deductiva, pues dejaban de lado elementos historicistas, idealistas y religiosos (Malmine, 2019). El segundo escenario trabajado desde la década de 1930 por Axel Hägerström, es el realismo jurídico escandinavo, cuya principal característica desde su punto de vista estaba enmarcada por 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 (Fasso, 1996). 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 F, 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 competo de los precedentes, constituyendo un grave obstáculo para el estudio del derecho (Fasso, 1996), enmarcada en que todo acto por fuera de la ley tiene

consecuencias jurídicas. Un destacado jurista norteamericano es Oliver W. Holmes⁹, quien en su obra “The Common Law” escrita en 1881, es decir, 21 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 interpretada por las fuerzas políticas vigentes y así mismo 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 porque 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. (Leiter, 2015, p. 246).

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 desde 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 E, 2013, p 10). Se piensa que los operadores de justicia toman

⁹ Oliver Wendell Holmes, fue uno de los Juristas estadounidense más destacados. En 1883, fue nombrado miembro de la Corte Suprema de Massachusetts y en 1902, fue nombrado como juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos en donde permaneció durante 30 años, fue considerado por los juristas de la época como un experto en el derecho consuetudinario.

decisiones consientes, inspiradas y basadas en la aplicación de los preceptos normativos; es lógico pensar 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 alejen 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 F, 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, llega a ser, en la mayoría de las ocasiones, más importante 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 basado en la discrecionalidad judicial dada para tomar decisiones. Empero, esta discrecionalidad judicial resulta de la indeterminación misma del derecho¹⁰, es decir, de la ambigüedad de los postulados normativos.

¹⁰ “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).

-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 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 frente al 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, en donde 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 tenemos el deber de defender nuestros derechos por que 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 ha venido permeando de manera progresiva la estructura mental de los jueces, por ende, nuestro deber como sociedad está en contener este embate. Así como en 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 debe ser visto como un deber de respeto constante, un fin único e inalienable, insuperable e impisoteable, 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 bajo el argumento de la discrecionalidad, lo que no es otra cosa que un totalitarismo jurídico invertido el cual ha venido alimentado el odio de quien sufre una injusticia y proponiendo una guerra social. Rudolf Von Jhering (2018), señala la injusticia en el ámbito jurídico como una verdadera tragedia social, cuando manifiesta que:

-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), apunta a destacar ese principio natural que hace 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 irradian su poder destructivo más allá del ámbito personal de un individuo y empieza a general 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 basado 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 se da 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 de 1930, en Estados Unidos un grupo de jesuitas expertos en derecho comenzaron 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 comenzó 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 hacen parte de un Estado de derecho, pero que encarnan desde las decisiones de algunos de sus miembros un totalitarismo jurídico inspirados 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 otorgo 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). llevando al juez a una zona de penumbra e incertidumbre jurídica donde la discrecionalidad desborona la confianza frente a la norma penal. 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.

Capítulo III

Discrecionalidad judicial y su afectación a la dignidad

En el proceso de mutación del lenguaje jurídico, este se ha caracterizado por su amplia 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 dentro del texto

normativo. El aporte de la discrecionalidad judicial¹¹ es silencioso 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 a que el juez deba tener un amplio margen de maniobra discrecional en la aplicación del derecho, lo cual le permite decidir de acuerdo a su percepción o convicción personal. Cabe decir con todo que, a pesar 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 permite tomar una decisión basado 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 cómo el derecho es indeterminado para resolver el tema en comento. Allí es donde el juez debe elegir entre varias posibles soluciones apelando a concepciones extrajurídicas

¹¹ “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 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 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 mas 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).

y que generan incertidumbre permanente (D' Angelo, 2014), en especial frente a la posibilidad de privar de la libertad a una persona de manera preventiva avocando a 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, es decir, 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 esta determinar la intención del legislador al concebir el texto de 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 estar basadas en la mejor interpretación del derecho positivo para que transmita tranquilidad, sensación de justicia y se mantenga incólume la dignidad del hombre frente a la sociedad. 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 a 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 del hombre, y solo se espera que del abanico de alternativas que se desprende del análisis introspectivo y la aplicación de la hermenéutica jurídica¹² se tome la decisión menos lesiva o lo que sería esperado siempre, se tome la alternativa correcta. Duque (2017) dentro de 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 es regulada por 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 ha venido 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 convirtiendo en 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 orden, el establecimiento jurídico del nivel superior colombiano insiste en poner límites a la amplia disposición de interpretación que tiene los jueces, la cual ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional Colombiana, quien en sentencia T-406 de 1992 manifestó que

¹² “El termino 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 permite lograr un mejor entendimiento de los textos legales para que desde su interpretación se tomen decisiones de manera clara y equitativa, sin alejarse de lo que concibió el legislador cuando creo la norma.

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 ambas procesos de creación de Derecho (Revisión Tutela, 1992, p 1).

Esto permite colegir que aunque aparentemente las instituciones permanecen con la apuesta intacta de 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, el cual tienen 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 si medida de la senda del derecho y aplicar “justicia” desde el egocentrismo de un ser humano con “poder” y propias convicciones, afectando de manera sistemática la dignidad humana. De manera exponencial vemos como “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, p 17-18). Solamente, 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 limita a servir de interprete 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 Colombiana. 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 sentencias anteriores, en donde señalaron 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. (Corte Constitucional, 2000, p 34).

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 la cual está 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 a la dignidad humana, priva de la libertad a una persona de manera preventiva, cercenando el segundo derecho en importancia del ser humano, por ello que miramos la situación actual de los colombianos frente al respeto por la dignidad humana, entendida esta 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 V, 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 evento marginal, sino como un deber de respeto, con la mayor importancia dentro de una sociedad a partir de se le asume como deber de la autoridad del Estado el respetar la dignidad, éste deber se consigna en las normas jurídicas superiores de cada Estado. La primera Constitución que consagró la obligación del Estado de respetar la dignidad humana fue la Constitución Irlandesa en 1937, en cuyo preámbulo consigno 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 fue 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” (Adenaur, 1949, p 16).

Así mismo en el preámbulo de la declaración universal de los derechos humanos (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 miembros de la familia humana y considera 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 que la lucha por el derecho y el respeto por la dignidad del hombre 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 manera 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 Diaz del Castillo del Consejo de Estado Colombiano quien mediante sentencia, 25000 – 23 – 26 – 000 – 2000 – 00718 – 01 (27252) de 2013 señalo 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. (Consejo de Estado, 2013, p 40).

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 eminencia 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 ha manifestado la Corte Constitucional colombiana en varias ocasiones cuando ha considerado que “la autonomía es uno de los tres lineamientos fundamentales¹³ que hacen parte del objeto de protección del enunciado normativo de la dignidad humana” (Consejo de Estado, 2013, p 41).

¹³ “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. 881/02. M.P. Eduardo Montealegre Lynett)”. (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 necesidad de actuar en bloque como sociedad de manera inmediata frente a este fenómeno ya identificado y en crecimiento e iniciar una estrategia que permite contrarrestarlo y desacelerar su crecimiento.

CONCLUSIONES

El hombre ha sido catalogado por organismos internacionales¹⁴ 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 humana. Ese principio de respeto, que no es letra muerta, está íntimamente ligado con la justicia, la libertad, la capacidad de desarrollarse y la igualdad, valores intangibles que hacen parte de manera intrínseca de la vida propia de los seres humanos. Cuando en la declaración Universal de los derechos humanos enraízan la dignidad como fundamento de otros derechos le da un valor de ser superior al hombre y que por antonomasia tiene 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 hombres actúa de

¹⁴ En la indagación previamente se encuentran a estas como 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 hombre y mujeres, sin distinción de condición social, tendencia política, creencia religiosa, o cualquier otra circunstancia social: 1. La Organización Mundial de las Naciones Unidas, 2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, 3. Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD), 4. The Human Rights Watch, 5. Corte Constitucional, 6. Defensoría del Pueblo.

manera contraria a lo ordenado por 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 del hombre 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 del hombre al privarlos de la libertad de manera preventiva.

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 determina 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 en cuanto 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 manera 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 del hombre debe estar por encima de cualquier circunstancia y la privación preventiva de la libertad es la mayor afrenta a la dignidad del hombre.

En ese sentido, podemos señalar cómo algunos juristas reconocidos como la Magistrada del Consejo de Estado colombiano, Stella Conto Díaz, desde el año 2013 ha venido alertando acerca del comportamiento reiterativo de los jueces colombianos frente al irrespeto por la dignidad del hombre con sus decisiones, en especial cuando privan de la libertad de manera

preventiva. Comportamiento que se acerca de manera peligrosa al discurso totalitarista. El totalitarismo jurídico se ve reflejado en este tipo de acciones que van contrarias a derecho, y afectan de manera directa la dignidad del hombre. 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 están luchando de manera diáfana y vertical para brindar a la sociedad una democracia libre, allí de manera 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 mundial¹⁵ la cual está calculada en 22,96 millones de personas y en promedio el 40% es de manera preventiva, según el Centro Internacional para Estudios de Prisiones. Esto se traduce casi en 9,2 millones de familias secuestras por la incapacidad de estados paquidérmicos que trasladan la carga de la

¹⁵ La Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC), crea estrategias para minimizar el impacto de la crisis penitenciaria a nivel 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 penitenciarias de manera preventiva y condenados.

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 próximas a estos, al activar las fibras más profundas de la indignación y engendrar personas llenas de odio dispuestas a hacer justicia por mano propia alejándolos por completo de la senda del derecho.

Esta situación se convierte en un detonante que deja en evidencia como el irrespeto por la dignidad del ser humano está enraizada en un “totalitarismo jurídico invertido” contemporáneo, que conlleva en uno de sus aspectos a 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 BIBLIOGRÁFICAS

- Adenauer, K. (1949). *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*. Bonn. Recuperado de <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.
- Arendt, H. (1998). *Los orígenes del totalitarismo*. New York: Santillana.
- Bedolla, L. (2007). *La Argumentación Jurídica en el Sistema Penal Acusatorio*. Fiscalía General de la Nación. Bogotá: Imprenta nacional de Colombia.
- Brum, P. (2011). *El Impacto del Totalitarismo en el siglo XX*. Documento de investigación, 62, Universidad ORT Uruguay.
- Campos, E. (2013). *Realismo Jurídico Norte Americano*. Tesis de Licenciatura. Universidad de Chile: Departamento de ciencia del Derecho.
- Campos, F. (2010). *Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico*. Revista de Ciencias Jurídicas, 122, 191-220.
- Consejo de Estado, (2013). *Sentencia, 25000-23-26-000-2000-00718-01(27252)*. - Acción de reparación directa, sala de contencioso administrativo, sección tercera.
- Constitución Política de Colombia*, (1991). Bogotá: Impreandes S. A.
- Constitución Política de la República de Irlanda*, (1937). Recuperada de http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/ireland/s.htm.
- Corte Constitucional Colombiana (1992). *Sentencia Revisión de Tutela T-406*. Expediente T-778. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>

Corte Constitucional Colombiana, (2000). *Sentencia C-567*. expedientes D-2664 y d-2665. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-567-00.htm>

Corte Constitucional Colombiana, (2001). *Sentencia C-836*. expedientes D-3374. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm>

Corte Constitucional Colombiana, (2015). *Sentencia C-284*. expedientes D-10455. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-284-15.htm>

Corte Penal Internacional, (1998). *Estatuto de Roma*, Roma. Recuperado de [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).

D'Angelo, D. (2014). *El alcance de la discrecionalidad judicial en el derecho penal contemporáneo*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca.

Duque, O. (2007). *Concepciones del derecho y discrecionalidad judicial*. Criterio Jurídico, 7, 59-106.

Duque, O. (2017). *Neoconstitucionalismo y Estabilidad Institucional*. Cali: Lemoine editores.

Etcheverry, J. (2015). Cap. 38, *Discrecionalidad Judicial*. Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, V2, (pp. 1389-1418). México: Instituto de investigaciones jurídicas.

Fassó, G. (1996). *Historia de la filosofía del derecho*. V3 . Madrid: Ediciones Piramide S.A.

Flores, A. (2017). *Teoría Hermenéutica de los Derechos Fundamentales*. Tesis Doctoral. Universidad Panamericana Guadalajara.

Hedges, C.(2014). *Sheldon Wolin y el Totalitarismo Invertido*. revista digital Truthdig. Entrevista. Recuperado de <https://medium.com/diferencias/sheldon-wolin-y-el-totalitarismo-invertido-8c76ec2c7f7d>.

Hernández, J. (2010). *El "iusnaturalismo" de Thomas Hobbes*. Criterio Jurídico, 10, 35-58.

- Hobbes, T. (1980). *Leviatan. (ed 2º)*. Madrid: Editora Nacional.
- Jhering, R. (2018). *La Lucha por el Derecho*. Madrid: Dykinson.
- Leitter, B. (2015). Cap. 7, *Realismo Juridico Estadounidense*. Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, VI, (pp. 241-276). México: Instituto de investigaciones jurídicas.
- Leon, S. (2016). *Los Limites de la Discrecionalidad Judicial en la Constitucion Politica de 1991*. Inciso,18 (2), 87-104.
- Londoño, A. (2015). *La Discrecionalidad Judicial y el Imperio de la Ley en Colombia*. Tesis de derecho. Universidad de Manizales.
- Malmine, T. (2019). *Realismo juridico escandinavo, algunos asuntos inconclusos*. Isonomia, 50, 151-173.
- Martinez, V. (2013). *Reflexiones sobre la dignidad Humana en la Actualidad*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Juridicas de Mexico, 136, 39-67.
- Masciotra, M. (2015). *El Poder Discrecional de los Jueces*. Revista del Instituto Colombiano del Derecho Procesal, 41, 115 - 135.
- Molina, E. (2012). *Claude Lefort: democracia y crítica del totalitarismo*. Enrahonar cuadernos de filosofía, 48, 49-66.
- Noguera, H. (2013). *Democracia Dirigida, Terrorismo Invertido. Normalizacion del Terrorismo de Estado y la Excepcionalidad de la Democracia*. Novun Jus, 2(7), 129-156.
- Nussbaum, M. (2012). *Crear Capacidades: Propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona: Editorial Paidós.

- 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*. Viena.
- Orduz, C. (2010). *El principio de legalidad en la ley penal colombiana*. Criterio jurídico garantista, 2, 100-107.
- Organización Mundial de Naciones Unidas, (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de Naciones Unidas: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Rodríguez, C. (2017). *La noción de lo político: Hannah Arendt, Carl Schmitt, Claude Lefort. De imperialismos y otros demonios: caso colombiano*. Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona.
- 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. (2008). *Democracia S.A. La democracia dirigida y el fantasma del totalitarismo invertido*. Buenos Aires: Katz.
- Yarce, J. (2014). *Cultura de la Legalidad y la Integridad para Colombia*. Procuraduría General de la Nación, Bogotá: Nomos.