

# **La Tensión Entre Los Actos De Habla Formales En El Derecho**

Eliana María Toro Duque

Trabajo de grado para optar el título de Magister en Filosofía

Director

Profesor Alejandro Patiño Arango

Doctor en Filosofía

Universidad de Caldas

Facultad de Artes y Humanidades

Programa Filosofía

Manizales, Caldas

2023

Esta tesis está dedicada a mi familia -mi mamá, mi esposo y mis hijos-, quienes apoyan incondicionalmente todos mis esfuerzos por ser cada día un mejor ser humano y tener los elementos necesarios para desempeñar con altos estándares éticos y académicos la bonita labor que me ha sido encomendada en la sociedad.

Agradezco de manera especial al profesor Alejandro Patiño Arango, quien me motivó para volver a la filosofía (que me apasiona) y teorizar un poco sobre la cotidianidad de mi oficio como jueza. Gracias por su generosidad a la hora de compartir sus valiosos conocimientos, gracias por su paciencia, apoyo y amistad, con seguridad sin su intervención ni siquiera lo habría intentado.

Asimismo, mi gratitud con la Universidad de Caldas y especialmente con el Departamento de Filosofía, ya que después de varios años lejos de las aulas me permitió volver y realizar el ejercicio académico de fusionar el derecho y la filosofía a través del lenguaje.

## Contenido

<i>INTRODUCCIÓN</i> .....	<b>6</b>
<b>1. La tensión entre los actos de habla formales en el derecho</b> .....	<b>6</b>
<b>1.1. Planteamiento del Problema</b> .....	<b>6</b>
<b>1.2. Justificación</b> .....	<b>6</b>
<b>1.3. Objetivos</b> .....	<b>8</b>
1.3.1. Objetivo General .....	8
1.3.2. Objetivos Específicos.....	9
1.3.3. Resumen del Contenido .....	9
<b>2. Marco Teórico</b> .....	<b>12</b>
<b>3.1. Capítulo I. El lenguaje jurídico</b> .....	<b>13</b>
3.1.1. Filosofía del lenguaje.....	13
3.1.2. El tû-tû de Ross.....	15
3.1.3. Filosofía del Lenguaje Ordinario en Austin .....	16
3.1.4. John Searle y los Actos de Habla .....	17
3.1.5. La teoría del uso performativo del lenguaje: Exposición de Genaro Carrió.....	17
3.1.6. Karl Olivecrona. Lenguaje jurídico y realidad.....	25
<b>3.2. Capítulo II. Filosofía del Lenguaje y Lenguaje Jurídico en la Corte Constitucional</b> .....	<b>27</b>
3.2.1. Actos de habla desde John L. Austin y John R. Searle .....	27
3.2.2. Lenguaje Jurídico en la Corte Constitucional .....	32
<b>3.3. Capítulo III. Los dos sistemas de atribución de referencia en la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional</b> .....	<b>48</b>
3.3.1. La utilidad de la filosofía del lenguaje y su método.....	53
3.3.2. Interpretación de la ley en Sede de la Corte Suprema de Justicia [comprende los jueces ordinarios] .....	61
3.3.3. Hermenéutica en Sede Corte Constitucional [comprende los jueces constitucionales] .....	63
<b>3.4. Capítulo IV. Aplicación de las tesis De la Filosofía del Lenguaje en las sentencias como actos de habla</b> .....	<b>64</b>
3.4.1. El fenómeno de la reticencia en el contrato de seguro desde la interpretación de la Corte Suprema de Justicia .....	65
3.4.2. La reticencia desde la hermenéutica empleada por la Corte Constitucional .....	67
<b>3.5. Caso concreto que dio lugar al surgimiento de la Investigación: Experiencia personal</b> ....	<b>69</b>
<i>Conclusiones</i> .....	<b>77</b>
<i>Referencias</i> .....	<b>79</b>

## Resumen

A través de este texto se pretende mostrar, con fundamento en la experiencia y el análisis teórico, que la *filosofía del lenguaje* proporciona el método que aplica la Corte Constitucional de Colombia, para resolver las tensiones entre sus Actos de habla ilocucionarios y los emitidos por la Corte Suprema de Justicia, en el cumplimiento de su función como guardiana de la constitución.

Se defiende la hermenéutica aplicada en los fallos de los jueces constitucionales: el lenguaje del ser que impone la prevalencia de los derechos fundamentales cuando se trata de su amparo, protección que supera los cánones de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – que son absolutamente necesarios para el caso legal – pero que ceden y se flexibilizan si se trata del amparo de derechos fundamentales amenazados.

*Palabras Clave:* Tensiones, Actos de habla, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Derechos fundamentales.

## **Abstrac**

Through this text, it is intended to show, based on experience and theoretical analysis, that the philosophy of language provides the method applied by the Constitutional Court of Colombia, to resolve the tensions between its illocutionary speech acts and those issued by the Supreme Court of Justice, in the fulfillment of its function as guardian of the constitution.

The hermeneutics applied in the rulings of constitutional judges is defended: the language of being that imposes the prevalence of fundamental rights when it comes to their protection, protection that exceeds the canons of the jurisprudence of the Supreme Court of Justice -which are absolutely necessary for the legal case – but they cede and become more flexible if it is the protection of threatened fundamental rights.

Keywords: Tensions, Speech acts, Constitutional Court, Supreme Court of Justice, Fundamental rights.

## Introducción

### 1. La tensión entre los actos de habla formales en el derecho

Específicamente nos referiremos a la tensión entre los actos de habla formales (sentencias) en el derecho colombiano, y concretamente, a las tensiones entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

#### 1.1. Planteamiento del Problema

La tensión entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional de Colombia, tiene origen en la Constitución de 1991, al habilitar a estas dos Cortes de cierre para respaldar con su autoridad sus reglas.

El punto de tensión que se quiere analizar en la presente investigación está mediado por la coexistencia de dos actos de habla formales en nuestro sistema jurídico, fundados en una regla habilitante distinta y vigente para cada uno, reglas que se conocen como (i) método de interpretación de la ley y (ii) método hermenéutico de derechos fundamentales.

La pretensión central de esta tesis es dar respuesta a la siguiente pregunta:

¿Cómo se resuelve la tensión entre los actos de habla ilocucionarios proferidos por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional de Colombia, en el Derecho Privado?

#### 1.2. Justificación

El interés por este tema surge de la aplicación en el derecho privado del Art. 1058 del Código de Comercio de Colombia, el cual establece:

*Declaración del estado del riesgo y sanciones por inexactitud o reticencia. El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.*

En mi papel como Juez Civil tuve que resolver un caso que involucraba la aplicación del concepto de reticencia, ya que a pesar de haberse configurado el siniestro de invalidez por parte del tomador del seguro, la aseguradora se negó a cumplir con el pago al banco (el asegurado) y el cliente tuvo que demandar, tanto a la aseguradora como al banco, y a la hora de resolver el problema jurídico planteado al interior de este caso concreto, me encontré con el panorama de que existe una jurisprudencia inveterada edificada por la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) y otra postura, recientemente edificada por la Corte Constitucional, verificando que ambos argumentos servían para resolver el problema jurídico, y el resultado final (la sentencia) era totalmente contraria, dependiendo si la motivación se basaba en la jurisprudencia de la CSJ o en la de la Corte Constitucional (este caso será expuesto de manera detallada en el último capítulo de esta tesis).

Dicho panorama, planteó la necesidad de indagar desde la filosofía y concretamente desde la filosofía del lenguaje, qué método utiliza la Corte Constitucional de Colombia para aplicar normatividad de Derecho Privado que garantice la protección de derechos fundamentales en juego.

Esta tesis intentará mostrar que (i) si bien en el derecho, la aplicación de la norma por parte de los jueces del derecho continental, se edificó sobre la operación lógica de la subsunción, en la cual la motivación de sus fallos se mueve entre la exégesis, lo histórico, lo gramatical y la lógica formal, dicha forma de elaborar el acto de habla de la sentencia por parte de los jueces de la jurisdicción ordinaria se ha visto enfrentada a la necesidad de tener en cuenta elementos fácticos, que en sede de los jueces constitucionales – que en Colombia los son todos los Jueces – se convierte en la aplicación práctica de *Cómo hacer cosas con palabras* de Austin y *Los actos de habla* de Searle, lo que ha removido asentados fundamentos dogmáticos del derecho en Colombia, fundados en el concepto – en el sentido analítico – o la llamada jurisprudencia de obediencia vertical, y le ha permitido a los Jueces superar esos límites si se trata de defender los derechos fundamentales y acudir a argumentos de todas las ciencias y (ii) de modo consciente, todos los jueces en Colombia, independiente del método de interpretación de la ley que empleen, valoración de la prueba y argumentación que conduce inexorablemente a una sentencia, esas

sentencias están en la categoría de actos de habla ilocucionarios y que siempre, de modo ya dinámico, la filosofía del lenguaje es la de Searle.

### **1.3. Objetivos**

#### **1.3.1. Objetivo General**

El objetivo general del presente trabajo de investigación es mostrar cómo la filosofía, y concretamente la Filosofía del lenguaje, tiene incidencia innegable en el lenguaje jurídico y de qué manera la creación del máximo tribunal constitucional con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, ha generado modificaciones en el lenguaje jurídico colombiano.

Para el efecto se han estudiado algunos de los más importantes representantes de la filosofía del lenguaje y a la par se ha realizado un exhaustivo análisis de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional que, para resolver problemas jurídicos en torno de derechos fundamentales, se apoya decididamente en la filosofía del lenguaje, interpretación clásica de textos y hermenéutica, y de fondo, y de manera explícita en Actos de Habla.

Finalmente, a raíz de un caso fáctico fallado por la investigadora en su labor como Jueza Civil, se analiza el fenómeno de la reticencia o inexactitud del tomador a la hora de diligenciar la declaración de asegurabilidad en el contrato de seguro, causa invocada de manera recurrente por parte de las aseguradoras como fundamento para negar el pago de seguros, evidenciando que la aplicación de dicha figura ha sufrido cambios significativos a raíz de la jurisprudencia que sobre la materia ha edificado la Corte Constitucional, pues la asentada doctrina de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en relación con el asunto, después de múltiples tensiones entre los actos de habla de estas dos Cortes, ha debido ceder ante consideraciones de estirpe constitucional, que han dado lugar a la constitucionalización del derecho privado, por lo menos en lo que al fenómeno en estudio atañe.

La modificación aludida ha posibilitado que con la aplicación de principios se empiece a materializar la igualdad entre los contratantes.

### 1.3.2. Objetivos Específicos

1. Enunciar características del lenguaje jurídico que hacen plausible la utilización de la filosofía del lenguaje como método para construir actos ilocucionarios de la Corte Constitucional de Colombia.
2. Analizar de modo cualitativo y cuantitativo múltiples sentencias de la Corte Constitucional de Colombia para evidenciar que el método que usa esta Alta Corte, se fundamenta en la filosofía del lenguaje.
3. Identificar los métodos de atribución de referencia – significado – tanto de la Corte Suprema de Justicia [interpretación de la ley] como de la Corte Constitucional [hermenéutica] para justificar que el procedimiento aplicado como mediador para resolver las tensiones entre aquellas, es el de los actos de habla propuesto por Searle.
4. Mostrar con un ejemplo real sobre el término *reticencia* en derecho de seguros, cómo la filosofía del lenguaje hace posible resolver las tensiones en torno de derechos fundamentales.

### 1.3.3. Resumen del Contenido

El *capítulo primero*, tiene como objeto enunciar características del lenguaje jurídico que hacen plausible la utilización de la filosofía del lenguaje como método para construir actos ilocucionarios de la Corte Constitucional de Colombia.

Para el efecto, se registrará el estado del arte en relación con la filosofía del lenguaje y el derecho y cómo se hace patente que el *lenguaje* en los términos metodológicos de Ross, Austin, Searle, Olivecrona y Carrió, como *actos de habla* se traslapa a la construcción del derecho.

En el *capítulo segundo* se propone un análisis de la teoría de John R. Searle y John L. Austin y un rastreo de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia en las que el alto tribunal se fundamentó en el tema del lenguaje para resolver los problemas puestos bajo su consideración, al efecto se analizarán de modo cualitativo y cuantitativo múltiples sentencias de la Corte Constitucional de Colombia para evidenciar que la filosofía del lenguaje proporciona

herramientas adecuadas para el análisis del lenguaje jurídico a esta Alta Corte y en algunos casos incluso sus providencias tienen como fuente lo planteado por los filósofos del lenguaje que sirven de marco teórico a nuestra investigación.

Para cumplir con dicho propósito se realizó un rastreo de sentencias emitidas en el lapso comprendido entre 1992 y 2022, registrando el uso de la Filosofía del lenguaje en sus decisiones, concluyendo que el lenguaje que emplea la Corte Constitucional es para “hacer acciones con palabras”, entonces la Corte ha adoptado el modelo performativo y lo ha reconocido de manera expresa en algunas de sus sentencias en las que ha tomado como fundamento las teorías expuestas por los filósofos del lenguaje analizados, fundamentalmente de John L. Austin y John R. Searle.

En el *capítulo tercero* se pretende identificar los métodos de atribución de referencia – significado – tanto de la Corte Suprema de Justicia [interpretación de la ley] como de la Corte Constitucional [hermenéutica] para justificar que el procedimiento aplicado como mediador para resolver las tensiones entre aquellas, es el de los actos de habla propuesto por Searle.

Se registrarán los cánones cerrados y analíticos del *método de interpretación clásica del derecho*, con *el método hermenéutico*, de regla abierta y fáctico que hace plausible superar las normas habilitantes de la Ley y el precedente que sobre ellas ha desarrollado la Corte Suprema Justicia, autorizada para interpretarlas, y con estas los jueces constitucionales – que lo son todos de cualquier categoría en Colombia – construyen sentencias que amparan derechos fundamentales con hermenéutica y el procedimiento acuñado por Searle.

En el *capítulo cuarto* se ha trazado como objetivo mostrar una aplicación práctica de la teoría vertida en los tres primeros capítulos, con un ejemplo real sobre el término *reticencia* en derecho privado (en el área de seguros), cómo la filosofía del lenguaje hace posible resolver las tensiones en la aplicación del derecho en Colombia, con el fin de salvaguardar derechos fundamentales.

Se expone con un caso práctico, en una de las áreas más legalistas del derecho, el derecho de seguros, analítico por excelencia, con el fin de hacer evidente la tensión entre las altas Cortes de Colombia y el modo de resolverla.

## 2. Marco Teórico

Mostrar cómo la filosofía del lenguaje a través del pensamiento de John L. Austin y John Searle influyen en el desarrollo del lenguaje jurídico. Esta tesis tiene como objeto plantear las características del lenguaje jurídico que hacen plausible la utilización de la filosofía del lenguaje como método para construir actos de habla, lo cual se hace explícito en las sentencias que emite la Corte Constitucional de Colombia.

Para el efecto, se registrará el estado del arte en relación con la filosofía del lenguaje y el derecho, en lo que atañe a la filosofía del lenguaje, abordaremos las teorías expuestas por Alf Ross, John L. Austin, John R. Searle, Karl Olivecrona y Genaro Carrió.

Y en la construcción del derecho, haremos un rastreo y analizaremos las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, en las que el lenguaje jurídico hace parte de la argumentación principal en sus considerandos, para concluir que en muchas de ellas se logra evidenciar que la filosofía del lenguaje proporciona herramientas adecuadas para el análisis del lenguaje jurídico y en algunos casos las sentencias tienen como fuente las teorías edificadas por los filósofos del lenguaje estudiados.

Finalmente, un caso práctico resuelto por la autora en su calidad de jueza civil, en el que se hacen patentes las tensiones existentes entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional a la hora de resolver problemas jurídicos de derecho privado, se mostrará que la tensión presentada entre las dos Cortes debe resolverse en favor de la protección de derechos fundamentales.

### 3. Resultados

A continuación, se presentan los resultados obtenidos durante este trabajo de investigación, al efecto se dará desarrollo a los objetivos específicos propuestos en el planteamiento del problema que dio lugar al inicio de la presente investigación.

#### 3.1. Capítulo I. El lenguaje jurídico

##### 3.1.1. Filosofía del lenguaje

En año reciente se recibió en Colombia el libro *Logicomix, una búsqueda épica de la verdad* extraordinario comic, cuya fuerza en los dibujos y sus viñetas, retornó el antiguo pero no menos apasionante debate en torno del *lenguaje* de la mano de Russell y Wittgenstein, y en sus argumentos como aquel refiriéndose a este último decía “mi príncipe heredero de la lógica” “se había alistado como voluntario en el ejército imperial austrohúngaro!” relatando que por paradoja es allí con los “mandamases militares” que lo asignaron a elaborar las maquetas de los escenarios de la guerra y sus soldaditos y cañones – un soldado es igual a una brigada; un cañón a una batería de artillería – y como esto unido a su pasión por “las proposiciones lógicas y sus relaciones con el lenguaje” le generó este juicio:

cada cañón representa una batería, un soldado de juguete cuenta como un batallón de infantería, luego cada parte de la realidad se representa con un símbolo y estos se combinan en función de sus relaciones reales mediadas por el lenguaje, lo que en realidad significa ¡el lenguaje no es sino un modelo! ¡es una imagen de la realidad! (Doxiadis, Papadimitriou y Papadatos, 2017, p. 243)

El anterior prelude para indicar que el derecho es una representación de la realidad compuesto de símbolos <<conceptos>> que el Juez combina mediante *el lenguaje* y sus *métodos* para representar y resolver una realidad justa.

### 3.1.2. El tû-tû de Ross

Siguiendo la huella lógica de Ross y Wittgenstein en relación con <<conceptos>> y derecho es improrrogable articular el famoso texto de Alf Ross (Copenhague, 1899-1979), uno de los grandes exponentes del *realismo jurídico escandinavo*, nombrado *TÛ-TÛ*.

Escrito en 1951 para el número 1 de la revista *Scandinavian Studies in Law*, cuyo objetivo fue difundir el pensamiento jurídico escandinavo, *prima facie*, que el término <<concepto>> provoca un debate – que así debe ser siempre para el conocimiento desde la refutación de las proposiciones y la regla de la “búsqueda épica de la verdad”, que según Russell se trata de “hallar el método lógico perfecto para resolver todos los problemas humanos” (Doxiadis, Papadimitriou y Papadatos, 2017, p. 298)– cuyo marco teórico es sin duda la filosofía del lenguaje.

“Tû-tû” surge de estudios del antropólogo Ilirio Eidan en la isla *noi-suli* en el profundo océano pacífico – una de las 20 mil islas del cinturón polinesio – y la tribu que lo habita *aisait-naf* cuyas tradiciones permanecen <<primitivas>>: “uno de los pueblos más primitivos que puedan hallarse hoy en el mundo” (ROSS, 7). Esos estudios fueron retomados por el filósofo Ross, para escribir el texto que sin duda en su contenido es filosofía del lenguaje: como nacen las palabras y cuáles de ellas se convierten en símbolos de la realidad, con efectos de norma para la comunidad. Eso es tû-tû.

Se extracta del texto, que: la violación de un tabú – norma de la comunidad – por un integrante de la tribu lo “pone tû-tû”. Por ejemplo: comerse el alimento del jefe de la tribu y “Ponerse tû-tû” según la tribu, significa que caerá sobre el culpable y la comunidad una “lacra peligrosa”, “una amenaza a toda la comunidad con el desastre” (Ross, 1951, p. 8). Para quien “se pone tû-tû” se impone *el ritual de purificación* para neutralizar el desastre castigando al culpable.

Pero, en síntesis: ¿qué es tû-tû?, “por supuesto no es nada” es “una palabra desprovista de todo *significado*” (Ross, 1951, p. 9). Se agrega que por supuesto no significa nada para el resto

del mundo. ¿Y para ellos en la tribu? *Tû-tû* tiene un *significado* para la tribu. “Tiene una función que desempeñar”.

Todo término como *tû-tû* (i) describe y (ii) prescribe. Compone un <<concepto>> con funcionalidad en el lenguaje como (a) una orden o (b) como una regla o (c) como afirmación sobre hechos. Ross (1951) expone que encontró en Hare, la diferencia precisa entre lenguaje prescriptivo y lenguaje descriptivo.

Ross expone que el enunciado “mi padre ha muerto” implica el <<concepto muerte>> y como tal escrito en español o en alemán o en francés, para todos significa lo mismo. Es decir, un <<concepto>> es tal si y solo si tiene *función que desempeñar* en una comunidad.

Luego, si desempeña una función, es evidente que representa un *estado de cosas*. La realidad en hechos.

### 3.1.3. Filosofía del Lenguaje Ordinario en Austin

Acercándonos a la teoría de John L. Austin, según la cual la mayoría de problemas filosóficos desaparecerían si las palabras se usasen de modo adecuado. Resaltando la importancia del modo en el que las palabras son utilizadas para aclarar significados.

Con Austin la filosofía del lenguaje es filosofía de la acción = el discurso es acción. Y es precisamente allí donde tiene origen el título de esta tesis. En la teoría de este autor, las emisiones pueden ser constatativas, aquellas que describen la realidad y pueden ser verdaderas o falsas y emisiones realizativas (performativas), al ser dichas diríamos que estamos haciendo algo en vez de diciéndolo. Ejemplo: “si acepto” en la boda, no estoy diciendo la frase indicada, sino que me estoy casando, es decir, estoy realizando un acto con palabras.

Para Austin los performativos son afortunados o infortunados. Un ejemplo habitual de acto infortunado: “Te regalo mi reloj” (cuando no tengo reloj).

Austin expone en la II conferencia de su libro *Cómo hacer cosas con palabras* las seis condiciones pragmáticas que son necesarias para la realización feliz o afortunada de las expresiones pragmáticas, las cuales podemos resumir en: A) debe presentarse un procedimiento convencional, A1) las personas y las circunstancias deben ser las apropiadas, B) el procedimiento debe llevarse a cabo por todos los participantes, B1) en todos sus pasos, T1) el locutor debe tener una intención, un sentimiento y un pensamiento sincero para llevar a cabo la acción, r2) los participantes se deben comprometer efectivamente.

### **3.1.4. John Searle y los Actos de Habla**

John Searle reconocido por su trabajo en la filosofía del lenguaje, y en la teoría de los actos de habla, enfocándose en el estudio de los actos ilocucionarios en su contenido proposicional y en las reglas que siguen (en las condiciones necesarias para que tengan efectos performativos), nos referiremos brevemente a la teoría de este autor, ya que en capítulo posterior dedicaremos gran parte de nuestras reflexiones a sus teorías sobre filosofía del lenguaje y las de Jhon L. Austin.

De manera general, conviene precisar que presenta una clasificación de los hechos en: hechos naturales, aquellos que existen con independencia de la existencia humana y hechos institucionales, los que dependen del acuerdo humano. Ejemplo: el dinero, el derecho, la constitución, los contratos.

También se refirió Searle a dos tipos de reglas, indicando que las reglas regulativas son las que regulan formas de conducta existentes, mientras que las Reglas constitutivas crean o definen nuevas formas de conducta. Los actos de habla tienen fuerza ilocucionaria porque están vinculados a reglas constitutivas. Todo lo que se hace en derecho e incluso en la cotidianidad.

En síntesis, pretendía mostrar que los seres humanos en la sociedad nos movemos con reglas constitutivas.

### 3.1.5. La teoría del uso performativo del lenguaje: Exposición de Genaro Carrió

Nos podemos preguntar ¿todos los teóricos del derecho tienen el concepto como referente semántico que preferiblemente debe permanecer incuestionado? La respuesta se propone desde uno de los juristas que ha ganado un puesto destacado a la filosofía del lenguaje en el derecho. Se trata de Genaro R. Carrió.

Genaro Carrió<sup>1</sup>, suscribió un texto *Notas sobre derecho y lenguaje* del cual prima facie se puede afirmar que al no mencionar el término concepto en toda la extensión del documento académico, asume una postura que se puede calificar como anti-dogmática en términos de derecho y propugna por una comprensión que denomina <<definición persuasiva>> siguiendo autores que conforman el universo de su conocimiento afín a la filosofía del lenguaje y sus modelos.

En el Capítulo I del libro mencionado por Carrió: “Lenguaje. Interpretación y desacuerdos en el terreno del derecho”, concluye:

- i. En el uso del lenguaje natural – el cotidiano – y en lenguajes formales – como el derecho – se presentan <<perplejidades de la lengua >> es decir, problemas (Carrió, 1990).
- ii. El primero está en relación con <<que quiso decirme>> y segundo <<la fuerza de la emisión>> que indica su intención (Carrió, 1990).
- iii. Las perplejidades están en la línea del acto verbal y su naturaleza: ¿cómo tomar lo que me han dicho?, ¿cómo orden, prohibición, consejo, un acto de cortesía, una sugerencia [...]? (Carrió, 1990).
- iv. “Me pregunto, qué cosa de las tantas que se pueden hacer con palabras, acaba de hacer mi interlocutor”. Carrió desde el inicio de su texto no esconde su predilección por Austin<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Jurista argentino (1922-1997), en sus inicios como abogado conoció a Carlos Cossio, autor de la famosa *teoría egológica del derecho*. En su texto *Notas sobre derecho y lenguaje* Carrió afirma que el derecho es “estar en el mundo de la vida”.

<sup>2</sup> Austin (1911-1960) nació en Lancaster, Inglaterra, y es el autor del icónico y póstumo libro: *Como hacer cosas con palabras*.

v. Primera perplejidad. “Que hizo fulano al decir X” (Carrió, 1990, p. 19). En relación con la fuerza de lo emitido. Esta <<fuerza>> como problema en los usos del lenguaje va a estar determinado por las categorías (1) descriptiva; (2) expresiva; (3) directiva y (4) operativa.

vi. La categoría *descriptiva* implica que el lenguaje se use para “informar acerca de ciertos fenómenos o estado de cosas”. Su forma lingüística <<proposiciones>> susceptibles de someter a la crítica de verdadero o falso (Carrió, 1990).

vii. La categoría *expresiva* implica que el lenguaje “refleja sentimientos”. Su forma lingüística <<enunciados>> y por consecuencia no se confrontan como verdaderos o falsos (Carrió, 1990).

viii. La categoría *directiva* implica que el lenguaje “dirigir el obrar humano”. Su forma lingüística <<enunciados>> tampoco se confrontan con verdadero o falso: “tampoco tiene sentido afirmar que una ley penal, por ejemplo, es verdadera o falsa. Si lo tiene, en cambio, decir que es justa o injusta, oportuna o inoportuna, progresista o retrógrada” (Carrió, 1990, p. 20).

ix. La categoría *operativa* implica que el lenguaje es *performativo* [ut infra sobre este término]. En este modelo de <<proposiciones>> es “hacer cosas con palabras” es susceptible de crítica en torno de verdadero o falso. Ejemplo, parafraseado de Carrió: “instituyó como heredero universal de mis bienes a X”.

Este enunciado no es descriptivo porque va más allá; no es expresivo porque no se queda en exteriorizar un sentimiento de amor; no es directivo porque no tiene ese carácter *per se* obligatorio para el emisor. Es performativo dado que al usar el término testamento, otorgarlo ante un Notario, y respaldado por unas normas jurídicas, cuando el <<emisor muere>> nadie discutirá que X es el heredero universal. (Carrió, 1990, p. 21)

Como podemos observar la postura en el texto de Carrió es sin duda la postura de la filosofía del lenguaje.

Por otra parte, podemos recordar la noción de <<facticidad>> porque justamente en la dicotomía entre las normas del sistema jurídico o los hechos [facticidad] la Corte Constitucional está decididamente inclinada a que sus decisiones estén del lado de la facticidad y en el modelo de Habermas, la Corte “concibe el derecho como una categoría de mediación social entre los hechos y las normas” y es evidente que en ese modelo habermasiano “la Corte emerge como

decantadora de las adjudicaciones del texto superior [constitución política] con la capacidad de articular las instituciones formales con una esfera pública abierta y no restringida, a partir de una estructura de comunicación capaz de generar un espacio en el que, a modo de caja de resonancia, se desplacen *los problemas del mundo de la vida* a la esfera de discusión de los postulados superiores”.

Como síntesis debemos indicar que, si el lenguaje en la Corte Constitucional es para hacer cosas, entonces la Corte tiene el modelo performático. A continuación, mostraremos como la Corte en algunos casos, se fundamenta en lo planteado por los filósofos del lenguaje que venimos analizando, un obiter dicta, afirma:

[...] **el Estado posee un poder performativo al incluir modelos de organización social, pautas de comportamiento y configuraciones territoriales**, en los que las comunidades étnicas tienden a dejar de ser lo que han sido, para parecerse al imaginario que el Estado tiene de ellas, o necesita tener de ellas para fines estrictamente administrativos. (Corte Constitucional, sentencia T-973 de 2009. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo) (la negrilla es nuestra)

Otro obiter dictado sobre el proceso de paz en Colombia, plantea:

siendo este el objetivo principal, **la resignificación por medio del carácter performativo de los actos de habla usados por los representantes del Estado es una estrategia para transformar una realidad enmarcada por la violencia en una apuesta por la paz**. El Acuerdo Final de Paz es entonces una manifestación colectiva que da un nuevo significado a ciertos términos para facilitar el proceso de transformación. En ese sentido, debe prevenir la Sala a las autoridades acerca de un uso del lenguaje que siga anclado en las denominaciones del pasado y que no haga el esfuerzo explícito por apostarle al nuevo sentido de las palabras con la honda repercusión que tienen en el tránsito de la población signataria hacia la vida civil. (Corte Constitucional, sentencia SU-020 de 2022. Magistrado ponente: Cristina Pardo Schlensinger) (la negrilla es nuestra)

- x. Según Carrió, nos podemos preguntar: *¿Cómo salir de la perplejidad y de la vaguedad del lenguaje?* Según Carrió y siguiendo el método de la interpretación, plantea las siguientes condiciones:

1. Usando contexto;
2. Con <<significado emotivo de las palabras>>. El objeto de estudio son los actos del ser humano con efectos jurídicos, el gran rol de la conducta y las emociones.
3. El significado emotivo es diferente al significado a secas. Términos como libertad, democracia, imperialismo, oligarquía, comunista, [conservador, liberal, etc.].

Palabras que se manejan con tremenda imprecisión y que son utilizadas como dardos en las luchas ideológicas. [También] se encuentran por desdicha el término <<derecho>> y buena parte de las expresiones derivadas de él o emparentadas con él. Esta es una de las causas que explican porque el positivismo jurídico, que ha pretendido redefinir *derecho* y las palabras satélites en términos desprovistos de carga emotiva, ha suscitado tantas incomprensiones. (Carrió, 1990, p. 22)

Se deduce en cuanto al significado a secas y palabras satélites que Carrió es abiertamente contrario a usar el término <<conceptos>> y eso es coherente con su postura del <<significado emotivo>>. En el texto bajo síntesis y crítica, nunca usó <<conceptos del derecho>>. Más bien se dirá: <<significado emotivo del derecho>> Eso es directo: teoría egológica del derecho.

xi. Carrió sigue en la denominación y comprensión del uso de <<significado emotivo>> a Charles L. Stevenson (1958), quien entronizó el término <<definición persuasiva>>.

xii. La perplejidad en la que se incurre cuando el receptor del lenguaje no comprende si el uso es descriptivo o emotivo, directivo o performativo, ocurre en el ámbito de los juristas: “los juristas están contaminados por falta de claridad acerca de cómo deben tomarse ciertos enunciados que típicamente aparecen en la teoría jurídica” (Carrió, 1990, p. 25).

xiii. Los juristas están contaminados por negligencia que no es otra cosa que el absurdo apego a los <<conceptos>> que siempre sufrirán de (i) ambigüedad o (ii) vaguedad.

xiv. Para dejar de ser negligentes, los juristas deben preguntarse por el <<significado emotivo>> preguntando qué es esto, ¿es un enunciado que describe un estado de cosas? O es un enunciado que disfrazado de estado de cosas se emite para aprobarlo; o es una advertencia de uso como prohibición o recoge simplemente el “uso típico de un vocablo” o es una <<definición persuasiva>> o es un recurso técnico del emisor para obtener que el receptor apruebe su tesis.

xv. *Como salir de la perplejidad* <<que quiso decir>>. El uso de palabras generales que son ambiguas o vagas se supera con interpretación [esto creen los juristas]

xvi. Tras una palabra <<siempre hay un criterio o una regla para su uso>> (Carrió, 1990, p. 27).

xvii. El criterio o regla se deriva de una definición que cobija un grupo de objetos y unas propiedades que hacen plausible comprender que ese objeto está correlacionado con la palabra.

xviii. La precisión de la definición está enfocada en minimizar (1) ambigüedad y (2) vaguedad.

xix. La *ambigüedad* se presenta cuando en el contexto de emisión se usa una palabra que puede referirse en diferentes contextos a contenidos diferentes y que por lo tanto son excluyentes, así: “Que es radio” pregunta el hijo al padre. Este replica “¿en qué contexto?”

xx. La ambigüedad se supera identificando el contexto lingüístico y el contexto de situación. Un ejemplo de enunciados difíciles es el contenido en el artículo primero de la constitución política: “Colombia es un estado social de derecho [...] fundada en el respeto de la dignidad humana [...]” No basta un contexto lingüístico directo y solo con hermenéutica – *estado de cosas* – es plausible desentrañar que significa dignidad humana en Colombia.

xxi. La vaguedad, “se trata de uso de palabras sin limitar la extensión de uso” (Carrió, 1990, p. 30). El ejemplo clásico: “¿hasta qué edad se es joven? Aquí el referente semántico es inexplicable y lo es porque “joven se es siempre”.

xxii. El teórico austriaco del círculo de Viena, Friedrich Waismann (1896-1959) expuso como análisis que la vaguedad era propia de la <<textura abierta del lenguaje>> también denominada por Carnap como <<vaguedad intencional>> recordando que este era un lógico y que el “rigor de la lógica” era el remedio para suprimir la vaguedad.

Por ejemplo, en la sentencia C-284 de 2015, la Corte Constitucional construyó un obiter dicta que establece (i) la constitución política está en su gran mayoría redactada con lenguaje de textura abierta que genera ambigüedad y vaguedad y (ii) que el método para superarlas es el hermenéutico:

[...] Los principios generales del derecho en atención a su textura abierta dan lugar a una asociación explícita o implícita entre derecho natural y el derecho de principios [...] que corresponden a <<concepto jurídico>> indeterminado. Esta apertura semántica supone – a juicio de la Corte – que en la delimitación de su alcance, las autoridades disponen de un margen de acción. [...] La lingüística y la teoría jurídica, contemporánea han abandonado esta posición formalista [lo principal es lo que dice la norma jurídica y la interpretación es una cuestión menor y casi accidental de la norma] e ingenua pues reconocen, que en especial los textos constitucionales tienen una textura abierta, cuya interpretación es un proceso fundamental a la hora de definir el sentido y alcance del derecho cuando este es ambiguo [“léase” además vaguedad] hoy en día estas disciplinas identifican norma y disposición como inseparables de un mismo *proceso hermenéutico* (el subrayado en cursiva es de la tesis).

xxiii. Para el campo jurídico, Carrió es vehemente al afirmar la importancia del uso operativo o performativo de las palabras, y ello lo respalda con ejemplos tales como “interpongo el recurso de apelación”, “renuncio a mis derechos contra X” o “autorizo al portador” o “no me opongo a la pregunta”. Continúa afirmando que, en este campo, es necesario analizar a Karl Olivecrona en su texto *Legal Language and Reality* (Carrió, 1990).

### **3.1.6. Karl Olivecrona. Lenguaje jurídico y realidad**

Este jurista sueco siguió la línea de su maestro Axel Hagerstrom y de Alf Ross, poniendo de presente la existencia de elementos psicológicos en torno a la idea de derecho, pues según su concepción éste no es más que la práctica de un grupo de individuos, que creen deben continuar con tales prácticas a futuro, con el fin de evitar una sanción.

Y el lenguaje jurídico se presenta como un medio para lograr el fin de las disposiciones jurídicas que es influir en la conducta de los hombres y dirigirla de ciertas maneras. En últimas, para el autor, el lenguaje jurídico es un medio de control social. En el mismo sentido expuesto por Austin y Searle, considera que es errado decir que el lenguaje es primordialmente un medio para describir hechos.

En su teoría indicó como claves para resolver los enigmas jurídicos, las siguientes funciones de las palabras: (i) emotiva, (ii) volitiva, (iii) de signo y (iv) oraciones realizativas.

Y aparece como objeto centra de su análisis las oraciones realizativas, para el efecto toma el ejemplo del *bautismo del barco*, expuesto por Austin, para hacer notar que realizar las acciones conforme a las costumbres establecidas, tiene como efecto en la mente de los demás, la aceptación y utilización irreflexiva.

En ultimas, este ejemplo sirve para mostrar herramientas de control y comunicación social: (i) la designación de una persona para realizar el acto, (ii) una ceremonia destinada a llamar la atención con respecto a un acto y exaltar los sentimientos de los asistentes y (iii) una oración realizativa que es el verdadero núcleo del acto. Como lo indicó el profesor A. Patiño, en su artículo *Como hacer derecho con palabras*, nos muestra que Olivecrona se ocupó del problema del lenguaje jurídico, y enfatiza en que muchas de las situaciones que vivimos en nuestra cotidianidad, como tomar el autobús; alquilar un apartamento; firmar un cheque; pagar los servicios públicos, entre otras, están expresadas mediante términos jurídicos, son situaciones jurídicas y se instrumentalizan mediante lenguaje jurídico.

Conectando las anteriores teorías de la filosofía del lenguaje con la creación del derecho, encontramos palpable la gran influencia que ha tenido en una de sus Altas Cortes: la Constitucional.

Por ser más evidente la utilización de las herramientas que brinda la filosofía del lenguaje por parte de la Corte Constitucional en la declaración de *estado de cosas inconstitucional*, se mencionan algunas sentencias que lo han declarado, entre ellas:

- SU-559/1997: Omisión por parte de los Municipios en afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- T-068/1998: Caja nacional de previsión social-Ineficiencia administrativa para resolver derechos de jubilados
- T-153/1998: Establecimiento carcelario-Hacinamiento
- T-025/2004: Desplazamiento forzado-Vulneración múltiple, masiva y continua de derechos fundamentales

- T-388/2013: Sistema penitenciario y carcelario presenta un nuevo estado de cosas inconstitucional. Los derechos de las personas privadas de la libertad son violados de manera masiva y generalizada

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, y que han sido reiterados en varias de sus sentencias y autos, cabe destacar los siguientes:

- (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;
- (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;
- (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;
- (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.
- (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;
- (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

Al revisar las sentencias que declaran Estados de Cosas Inconstitucionales- ECI, se advierte que las vulneraciones abrumadoras de derechos fundamentales, siempre se resuelven por los jueces constitucionales con los planteamientos de la filosofía del lenguaje, en concreto, el ECI como concepto que pone hechos como referencia semántica, siendo esta una clave para construir decisiones judiciales.

1. El estado de cosas al cual una frase se refiere, se llama *referencia semántica*.
2. La referencia semántica se comporta como:  $x$  (enunciado) =  $y$  (estado de cosas).  
Si  $x$  existe,  $y$  es verdad.
3. La referencia semántica de una proposición depende si y solo sí del uso lingüístico de la comunidad y es independiente de cualquier idea que se tenga, por ejemplo, sobre la muerte.

Se deduce que, en los casos de la Corte Constitucional, el uso lingüístico que la comunidad tiene de <<cárcel>> corresponde a una aterradora realidad al interior de aquellas que suscita el estado de cosas inconstitucional, entonces, es prueba de la conexión directa a los métodos de la filosofía del lenguaje por ese tribunal: la cárcel es un lugar infrahumano donde se vulneran valores fundantes del estado de derecho como lo es la <<dignidad humana>>. La Corte usa el estado de cosas inconstitucional como referente semántico para tomar decisiones.

4. Un referente semántico <<mi padre ha muerto>> es verdad y se generaliza dado que en cualquier comunidad morir es terminar la vida, independiente de si se cree que al morir el alma deja el cuerpo o no.

5. Las normas jurídicas tienen una referencia semántica, porque prescriben sobre un estado de cosas: son reglas que emitidas se obedecen o no. Si no se obedece, “se pone tû-tû”

6. En el evento anterior, y en cualquier escenario que impone reglas de derecho, el método son las reglas usuales de la lógica: “cuando  $x=y \dots y=z$ , entonces  $x=z$ ” (Ross, 1951, p. 12).

### Otras conclusiones:

i. “Tû-tû” sigue siendo sin sentido. Pero para la tribu es un referente semántico. Es el conector entre un estado de cosas y un acto prescriptivo legitimado: el uso de una regla, el ritual de purificación para el culpable.

ii. La referencia semántica es válida dado que es <<realidad>>.

iii. No es relevante que el término no signifique algo para otros. Lo relevante es que <<signifique>> para una comunidad.

iv. “Tû-tû” es un estado de cosas que como referente semántico describe hechos y prescribe una regla con base en ellos.

v. “Tû-tû” en un ámbito de filosofía del lenguaje es un <<concepto>>. Y en el texto de Ross, el filósofo conecta el derecho y de modo extenso argumenta sobre un concepto del derecho: <<derecho subjetivo>>. Lo mismo con <<justicia>> o con <<deber>> (Ross, 1951, p. 21).

vi. En abierta crítica el profesor Lundstedt, jurista y exponente del realismo jurídico escandinavo, quien siguió al filósofo Axel Hägerström, afirmó que los conceptos del derecho no existen. Pero lo que sí existe es “la maquinaria del derecho” (Ross, 1951, p. 21), la maquinaria del derecho – personificada por los jueces, hace funcionar las reglas.

vii. Todo el derecho y sus <<conceptos>> como por ejemplo <<propiedad>> <<derecho sustancial>> <<dolo>> <<daño>> <<trabajador>>, etc., son “tû-tû”. Para la comunidad jurídica tienen significado que describe y prescribe. El juez al emitir sus sentencias, comprende el estado de cosas, comprende la regla, y actúa en nombre de ella y se cumple su orden. ¿Cuál es el conector para que toda esta cadena sea posible? El referente semántico, pura filosofía del lenguaje.

Para concluir este capítulo y adentrarnos en el análisis de las teorías de John L. Austin y John R. Searle y evidenciar su presencia en múltiples sentencias emitidas por la Corte Constitucional, se hace necesario precisar que las sentencias que declaran el Estado de cosas inconstitucional – ECI son emisiones performativas, es decir, buscan tener consecuencias en lo fáctico y modifican la realidad. La pregunta será: ¿Son performativos afortunados o infortunados?

Al revisar los diferentes ámbitos de la realidad social que ha pretendido modificar la Corte Constitucional a través de la emisión de las ECI, han sido afortunadas en su gran mayoría; sin embargo, en lo atinente a la sistemática violación de derechos a las personas privadas de la libertad, esta emisión performativa ha sido desafortunada, prueba de ello es que la Corte emitió en 1998 una primera sentencia ECI para proteger los derechos de esta población, y debió emitir una segunda ECI en 2013 sobre el mismo aspecto de nuestra realidad social.

## 3.2. Capítulo II. Filosofía del Lenguaje y Lenguaje Jurídico en la Corte Constitucional

### 3.2.1. Los Actos de habla desde John L. Austin y John R. Searle

*Prima facie* se expone que, no cabe duda que el derecho en su máxima función, cual es la de resolver problemas jurídicos, está afincado en el lenguaje y se ha sostenido en esta tesis que la tensión entre los métodos de interpretación utilizados por los jueces que tienen a su cargo asuntos del derecho civil, penal, laboral o administrativo y que deben a un mismo tiempo resolver problemas jurídicos que involucran derechos fundamentales, deben hacer uso de la hermenéutica, que los libera de la fuerte presión del precedente vertical<sup>3</sup>, para poder argumentar una respuesta razonable.

Tampoco parece desatinado afirmar que existe en correlación con la *filosofía del lenguaje*, un lenguaje que puede denominarse <<jurídico>> y este abarcaría el lenguaje <<constitucional de los derechos fundamentales>>.

No podemos olvidar que grandes autores de la teoría del derecho, de diferentes épocas como los españoles Luis Díez-Picazo o David Martínez Zorrilla para mencionar solo algunos, se refieren al lenguaje y su importancia en el derecho, a cómo interpretar conlleva método y concretamente se refieran a <<atribuir significado>> a las palabras de las normas jurídicas. Pero, ninguno reconoce (i) que la filosofía del lenguaje es transversal en ese tema, (ii) que sin filosofía del lenguaje y los actos de habla el derecho no tendrían reglas como sistema y (iii) que la interpretación de la ley y la interpretación constitucional con sus métodos clásicos y la hermenéutica, tampoco sería posible si no mediaran siempre – consciente o inconscientemente – actos de habla y el procedimiento acuñado por *Searle*.

---

<sup>3</sup> La obediencia del precedente vertical impone a los jueces una corrección en su motivación al estar obligados a no apartarse de las reglas contenidas en la jurisprudencia civil, penal, laboral o administrativa. En lo constitucional pueden hacerlo, pero todavía están obligados a respetar el precedente constitucional de la Corte Constitucional.

Es un hecho notorio académico – comprendiendo que no requiere prueba – que el inglés John L. Austin [1911-1960] fue el maestro y el estadounidense John Searle [1932 - ] el discípulo, grandes amigos desde que se conocen en Oxford en 1952, es posible afirmar que Searle (i) recibe la teoría actos de habla de Austin, (ii) reconfirma la tesis *hacer cosas con palabras*, (iii) la enriquece con su tesis actos de habla y la supera al fundamentar no en el lenguaje mismo como lo hacía Austin, y si en el mundo de la vida, para hacer posible la hermenéutica.

En la tesis doctoral de Oxford, que hoy se lee como el libro *Actos de habla* se afirma: (i) en los años 60 Austin anunciaba una <<revolución en filosofía>> y denunciaba que la función de una oración no era describir un estado de cosas y expuso que la vedette de la comunicación no era la oración – diría opaca vedette – no lo era: la unidad mínima es el *acto de habla*; (ii) Searle profundo y agudo, se forjó en la versión de P. Strawson de la teoría de la referencia como un acto intencional de los hablantes, reforzó la teoría de la fuerza ilocucionaria de Austin y la concepción de significado de P. Grice, (iii) “dota de sentido” al lenguaje recreando el poder de la creencia, el deseo, la intención y la acción, todo pura <<intencionalidad>>, cerrando la brecha entre sintaxis y semántica, (iv) que el asunto de la filosofía del lenguaje – que supera brechas como la creada entre sintaxis y semántica – no es descriptivo, puro analítico (Austin) sino que es pura realidad social e institucional, (v) y confirma que Searle (2017) es como “el niño que señala que el emperador está desnudo” (p. 8).

Se hará, entonces, no un resumen de tan superlativo texto, pero si un registro de lo que se considera como el procedimiento vertido por Searle en su filosofía del lenguaje, que de modo consciente o inconsciente – tal vez quienes no lo han estudiado lo aplican sin saber, pero lo han obtenido por el contacto académico o el ejemplo de sus pares o en fin – se trata de una serie de pasos que logró armonizar el profesor Searle y que no se duda en afirmar, es transversal a cualquier actividad del ser humano y que por supuesto a la hora de la tensión entre los actos de habla de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional está ahí, y ha permitido a esta tesista afirmar que independiente del método de interpretación que una y otra emplee, lo que permite – repito – diferenciar los métodos, son precisamente los actos de habla, por lo que se observa en cada uno de los pasos del método Searle.

Y estos son los pasos que componen, dicho procedimiento: (a) predicación, (b) referencia, (c) proposición, (d) reglas propias del sistema, (e) significado.

*Los principios del método* son: (i) hablar es un acto, (ii) hablar un lenguaje es participar en una conducta gobernada por reglas, (iii) el procedimiento se refiere a un *conjunto de condiciones necesarias y suficientes para la realización de géneros particulares de actos de habla* [agrego: interpretar la norma jurídica y argumentar la sentencia] [agrego: el procedimiento se trata de (a) (b) (c) (d) (e)]

*Reglas genéricas en la teoría de Searle*: (i) si el acto de habla solo tiene procedimiento (a) y (b) el acto de habla no está completo y como acto de habla proposicional (solo predica y hace referencia) será *locucionario o perlocutivo*. Será para convencer o persuadir, como lo hace un abogado o un testigo ante el juez; (ii) si el acto de habla tiene el procedimiento completo, y es para enunciar, preguntar, mandar, es un acto de habla ilocucionario. El juez cumple el procedimiento en toda su extensión, luego la sentencia es un acto de habla ilocucionario.

### **3.2.1.1. Construcción (a) Predicación.**

Se trata de expresiones (un conjunto de palabras) que pueden ser sinónimas, pueden usarse para hacer la misma predicación sobre un estado de cosas, hechos u objetos: “es fumador habitual” o “fuma habitualmente”. Otro: “Pedro lo mató” o “lo mato Pedro”. No son universales y la identidad de la expresión no es condición necesaria para su existencia.

Searle afirma que el solo mencionar “universales” ya trae confusiones filosóficas y lógicas y en realidad busca es, que <<conjunto de palabras>> está en relación con <<verdad>> y lo plausible que es extender el juicio de verdaderos o falsos, en un contexto asertivo – es decir afirmando con exaltación o afirmando interrogando – o en cualquier otro. Lo llamativo en este paso es que el hablante emite un conjunto de palabras.

### 3.2.1.2. Construcción (b) Referencia.

Con los ejemplos “tú”, “la batalla de Waterloo”, “César” o “la constelación de Orión”, Searle magistralmente explica de qué se trata la referencia: <<expresiones referenciales definidas singulares>> es decir, “predicaciones” que emitidas y referenciadas *identifican* el estado de cosas, proceso, evento, acción, un hecho o un objeto, de tal modo que no cabe duda de que *particular* o *singular* se está hablando. Pedro Pérez es fumador habitual. Pedro Pantagruel le quitó la vida.

Las expresiones referenciadas responden a <<¿quién? >> <<¿qué? >> y <<¿cuál? >> y, se distinguen porque su función es indicar la intención del hablante de identificar precisamente y tener conciencia de semejanzas y diferencias.

### 3.2.1.3. Construcción (c) Proposición.

Si se está ante dos predicados referenciados y emitidos y ellos contienen la misma referencia y la misma predicación (un argumento emitido en dos conjuntos de predicados referenciados) “diré que se expresa la misma proposición”.

Una proposición tampoco es aún un acto ilocucionario: <<es lo que es aseverado en el acto de aseverar, lo que es enunciado en el acto de enunciar>> y <<aseverar>> es comprometerse con la <<verdad de una proposición>>.

Es importante que no toda oración es una proposición; una norma jurídica es un enunciado y no una proposición. Un argumento que el Juez va emitiendo en la motivación de la sentencia, es proposición.

Cada acto proposicional tiene (i) indicador proposicional y (ii) indicador de fuerza ilocucionaria. ¿Qué acto ilocucionario está realizando el hablante? El juez está emitiendo el sentido de su sentencia, por ejemplo. Entonces, ya hace “énfasis en sus palabras, la curva de entonación, la puntuación, el modo del verbo...”.

#### ***3.2.1.4. Construcción del sistema.***

Se caracterizan en (i) regulativas y (ii) constitutivas. Las primeras son sin duda inherentes al acto ilocucionario que se emite – la emisión del sentido del fallo por el Juez – pero no son propiamente las reglas que presiden la fuerza del acto: son aquellas que “crean o definen nuevas formas de conducta”. Guardar silencio cuando el juez emite su sentencia, es regla regulativa.

Será constitutiva cuando el juez laboral “entonces de acuerdo con el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, está suficientemente probada la culpa del empleador, por lo tanto...”.

La forma de las reglas regulativas es “Haz X”. Las reglas constitutivas son de la forma “X cuenta como Y en el contexto Z”.

Cuando se declara que un derecho sustancial, crea, modifica, extingue obligaciones, de acuerdo con el Código Civil o con el Código Laboral o con el Código Penal, estamos ante reglas constitutivas del sistema jurídico.

Entonces se reitera: (i) hablar un lenguaje es realizar actos de acuerdo con reglas constitutivas esencialmente, (ii) la mayor parte de actos ilocucionarios, están regidos por reglas constitutivas, (iii) la teoría de los actos de habla no tiene nada en común con afirmar que se trata de reglas del lenguaje natural y de la lingüística [no se trata de sintaxis y semántica, agregó] (iv) el hablante-agente debe comprender la regla aun cuando desconozca profundidades de la misma y, (v) “el agente, frente a un caso que jamás ha visto con anterioridad, sabe que hacer”.

Esto final, nos recuerda en el campo jurídico, que abogados de demandante y demandado, y por supuesto el juez, les ocurre con precisión eso: saben poco o mucho que hacer.

#### ***3.2.1.5. Construcción (e) Significado:***

Es el *súmmum* del acto de habla ilocucionario y el término significado no puede – sería grosero – confundirlo con el concepto. No. Es el rito que genera el efecto que quiere el agente hablante al oyente.

Al realizar un acto ilocucionario,

el hablante intenta producir cierto efecto haciendo que el oyente reconozca su intención de producir ese efecto; y además, si está usando las palabras literalmente, intenta que ese reconocimiento se logre en virtud del hecho de que las reglas para el uso de las expresiones que emite asocian la expresión con la producción de ese efecto. Es esta combinación de elementos la que necesitaremos expresar en nuestro análisis del acto ilocucionario. (Searle, 2017, p. 64)

Veamos en el sistema jurídico colombiano este ejemplo: al proferir la sentencia, el juez debe cumplir esta regla constitutiva (fórmula) que confiere significado a su motivación y a su fallo: “administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley”.

### **3.2.2. Lenguaje Jurídico en la Corte Constitucional**

El hilo conductor de esta tesis es el *lenguaje jurídico*, una vez evidenciada la tensión entre los actos de habla de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional se adentrará en el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional, advirtiendo que todas, absolutamente todas las sentencias, bien sea de la Corte Constitucional vía tutela o de inconstitucionalidad y de los jueces constitucionales – que se reitera son todos y cada uno de los jueces en Colombia que deciden acciones de tutela – son lenguaje y la filosofía del lenguaje se convierte en importante herramienta a la hora de su construcción.

Se debe compartir que en un primer momento, realizamos investigación con respecto a las sentencias emitidas por la Corte Constitucional de Colombia, en las que se pronuncie explícitamente sobre el *lenguaje jurídico* para visualizar la importancias que dicho alto tribunal

concede a este aspecto, evidenciando que en 32 años ha proferido fallos que se refieren a ese enunciado.

### 3.2.2.1. Análisis cuantitativo de fallos explícitos sobre lenguaje jurídico de la Corte Constitucional

1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
00	01	08	01	01	02	01	02	02	01

2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
00	02	03	04	05	02	02	00	03	06

2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
04	04	03	02	06	17	15	06	07	02

2021	2022
04	02

Fuente: elaboración propia por parte de la autora.

Lo que se pudo constatar con este rastreo es que en el lapso comprendido entre los años 1992 y 2022 la Corte Constitucional de Colombia profirió 118 fallos que se refieren de *modo explícito* y con contenido sobre lo que ésta entiende por lenguaje jurídico.

Es un hecho notorio que el lenguaje jurídico de la Corte Suprema de Justicia está mediado por el método clásico de interpretación de la ley – atención: de la ley – y en ese sentido, está conformado por un aparato conceptual riguroso en su aplicación, y por lo tanto el uso de actos de habla formales, es estático.

Con la constitución política de 1991 y su aplicación como <<norma de normas>> y su amplio catálogo de <<derechos fundamentales>> cuya protección cuenta con la herramienta de la acción de tutela, para garantizar y/o restablecer el derecho concreto en cada situación fáctica, y como consecuencia, a raíz de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, se generó: la tensión entre los actos de habla formales. Esta tesis se desarrolla en torno de los actos de habla

formales de la Corte Constitucional dado que, se sostiene que emerge (i) un método diferente al clásico, el hermenéutico, de regla abierta, (ii) un lenguaje que supera el jurídico que utiliza como herramienta la filosofía del lenguaje y (iii) actos de habla formales dinámicos.

### **3.2.2.2. Análisis cualitativo de las sentencias de la Corte Constitucional y del uso del lenguaje jurídico en su redacción**

Se hará mención a algunos de los fallos paradigmáticos para registrar la notoria incidencia que la filosofía del lenguaje tiene en la construcción de las sentencias por parte de la Corte Constitucional, ya que ésta aporta herramientas adecuadas para el análisis del lenguaje jurídico y en algunas ocasiones, incluso, tienen como fuente lo planteado por los filósofos del lenguaje que se analizan en este texto.

En 1992, por primera vez, la Corte Constitucional se refiere de modo explícito al enunciado *lenguaje jurídico*, en la sentencia C-592 de 1992, al resolver una demanda de ciudadanos contra el Decreto 2651 de 1991, expedido por el presidente con el objeto de “descongestionar los despachos judiciales”. En torno del término *descongestionar*, la Corte construyó el siguiente argumento:

...**Descongestionar** significa de manera general quitar, eliminar la congestión o aglomeración; *se ha usado en el lenguaje jurídico colombiano* para significar **un fenómeno complejo en la tramitación de los procesos en el poder judicial, cuyo efecto más rechazado es el de la excesiva lentitud o mora de la función judicial en la resolución de los casos sometidos a su decisión [...]**.

Entre las sentencias que expresamente se refieren al lenguaje jurídico, se destacan las siguientes: la sentencia T-396 de 1993, al abordar un problema jurídico sobre una persona moral a la que se le negaron derechos al debido proceso por no ser considerada por un ente nacional como persona jurídica, la Sentencia C-006 de 1993, al someter a estudio constitucional una demanda del artículo 296 del Decreto Ley 2655 de 1988, la sentencia C-486 de 1993, al resolver sobre una demanda que solicitaba la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 410 de 1971, con el argumento que, en su concepto había dejado de regir “por abrogación del constituyente”, el cual hicieron consistir en el hecho de que la expedición de una nueva

Constitución, que expresamente declaró derogada la anterior, “deja en el pasado lo pasado y sin vigencia lo transcurrido en ese período y se inicia una nueva era constitucional...”. En la sentencia T-030 de 1993, en acción de tutela interpuesta por abogados como apoderados judiciales de una empresa por violación de los derechos fundamentales, en especial el derecho a la propiedad (art. 58), al debido proceso (art. 29) y la no confiscación (art 34), todos de la Carta Fundamental, con base en las actuaciones realizadas por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, en el proceso ejecutivo de un banco contra una empresa, en la Sentencia C-003 de 1993, al resolver sobre una demanda que pretendía que la acción de tutela quedase restringida a ser radicada solo por ciudadanos colombianos, en la sentencia C-215 de 1993, se refirió al significado que tiene el lenguaje jurídico colombiano el término descongestionar.

También resultan de interés académico las sentencias C-534 de 1993, en la que la Corte se define como <<interprete constitucional>>. La sentencia T-049 de 1993, al resolver sobre el papel del arbitraje como ejercicio de administrar justicia en el Estado de derecho. La sentencia C-320-1994, en la que se pronunció en torno del derecho de la igualdad, y la restricción a ejercer funciones públicas a determinados profesionales. En la sentencia T-099 de 1995, sobre el debido proceso y el ámbito de la notificación judicial.

Y ya en la Sentencia T-099 de 1995, aunque la Corte no se desprende del lenguaje jurídico entendido como un instrumento para consolidar el aparato conceptual del derecho, comienza a marcar la tensión entre los actos de habla de la Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores y los jueces en frente de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así lo dejó sentado en sus consideraciones al indicar:

[...] Si bien resulta natural que los jueces sigan los derroteros de los tribunales que son cabezas de sus respectivas jurisdicciones en lo relacionado con las materias objeto de ellas, no tiene sentido que se apeguen a esos criterios, separándose de los que en materia constitucional ha señalado la Corte Constitucional, intérprete auténtico de la Carta Política.

Es a la Corte Constitucional a la que corresponde crear la doctrina mediante la cual se determina el cabal entendimiento y se desentraña el contenido de las normas superiores, así como los máximos tribunales en las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa

tienen a su cargo establecer, mediante las respectivas jurisprudencias, el sentido de las disposiciones legales que interpretan y aplican.

En torno a la doctrina constitucional deben reiterarse los principios puestos de relieve por la Sala Plena de la Corte en la Sentencia C-083 de 1995, la cual resulta armónica con lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta del 91, y en la que expuso la Corte:

La doctrina constitucional. Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.

Pero si la individualización de las normas legales, dada su generalidad (que a menudo deviene en ambigüedad), aparece problemática y generadora de inseguridad jurídica, más problemática e incierta resulta aún la actuación directa de las normas constitucionales a los casos particulares, por concurrir en ellas, superlativamente, las mismas notas distintivas advertidas en la ley.

Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. (art. 241 C.P.)

Pero como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. A ella alude claramente otra disposición, el artículo 4° de la ley 69 de 1896, para erigirla en pauta meramente optativa para ilustrar, en ciertos casos, el criterio de los jueces. Así dice el mencionado artículo en su parte pertinente:

*“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos ...”* (Subraya de la Sala).

También pueden ser consideradas como sentencias académicamente relevantes, las siguientes: (i) C-388/1996, en la cual la Corte resolvió una demanda que argumentaba como “un error en la técnica legislativa” llevó a que se incluyera en el artículo 75 de la ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación Estatal, el término “procesos de ejecución”, como sinónimo de procesos ejecutivos, (ii) C-595/1996, la Corte se pronunció sobre un problema relativo a qué debe entenderse como familia legítima. (iii) C-443/1997, en la que la Corte trató constitucionalmente el problema de uso de términos como validez, eficacia y vigencia. (iv) T-067/1998, un ciudadano solicitó el amparo constitucional a su derecho fundamental al desarrollo de la libre personalidad para evitar que la entidad pública para la que laboraba, le descontara cuotas para una caja de compensación; argumentando que él prefería otras formas de entretenimiento. Esta sentencia marca un hito en el mundo jurídico, ya que por primera vez la Corte advierte que los derechos fundamentales en el ámbito del lenguaje jurídico (i) son normas de textura abierta, y que (ii) su contenido está ligado a la realidad en una sociedad personalista. En este punto situamos el rompimiento con el método clásico de interpretación y se da el surgimiento de la hermenéutica como método para el contenido de los Derechos Fundamentales, en correlación con <<realidad>>.

Otros pronunciamientos de interés para el tema que concita nuestra atención se dieron en las siguientes sentencias: C-499/1998, la Corte se ocupó de un problema relativo a las <<definiciones>> de los términos *control fiscal, dependencia y adscrita*, en esta decisión habló sobre el principio hermenéutico de conservación del derecho, también conocido como principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución, según el cual cuando existe, por lo menos una interpretación de la norma legal que se aviene con el texto constitucional, la Corte Constitucional se encuentra en la obligación de declarar la exequibilidad de la norma legal condicionada a que ésta sea entendida de acuerdo con la interpretación que se concilia con la Constitución.

En la C-225/1999, al estudiar un acuerdo de asistencia mutua en materia penal y el uso de términos como decomiso, instrumento del delito, bienes, producto del delito e incautación de bienes, entre otros, vuelve a destacar que el lenguaje jurídico está íntimamente ligado a los conceptos jurídicos. Y que además estos son universales, independientemente del sistema jurídico del que se trate, es decir: *common law* o derecho continental, como el colombiano.

Por otro lado, en la T-1477/2000, en relación con el derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad, reiteró que este tipo de enunciado corresponde a lo que en filosofía del lenguaje se conoce como <<textura abierta>> y que su comprensión está en correlación y que no es un concepto rígido, sino expuesto a la realidad para comprenderlo, en la T-1225/2003, en relación con los medios de comunicación, libertad de prensa, uso de expresiones del lenguaje jurídico y lenguaje coloquial en tensión con el derecho al buen nombre de los ciudadanos, en síntesis se puede concluir que en esta decisión la Corte reafirma que existe un lenguaje jurídico y que este como especializado, solo es obligatorio para los juristas y que los medios de comunicación pueden equivocarse en su uso y además usar lenguaje coloquial como “los cogieron con las manos en la masa”, desde que cumplan con la finalidad de contribuir a la búsqueda colectiva de la verdad y en la C-478/2003, de nuevo la Corte insiste en cómo comprender el uso del lenguaje jurídico en relación con “expresiones legales” tales como *furiosos locos* (art. 140, numeral 3 del Código Civil), *imbecilidad*, *idiotismo* y *locura furiosa* (art. 545 del C.C.), *casa de locos* (art. 554 del C.C.) y *tuviere suficiente inteligencia para la administración de sus bienes* (art. 560 del C.C.), analizando si violan o no los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad. Del examen del texto de la demanda se evidencia que el ciudadano considera, en términos generales, que las expresiones demandadas resultan ser “despectivas y degradantes”. La Corte indica que el lenguaje jurídico debe estar de acuerdo con el contenido axiológico humanístico, resaltando que cosificar el ser humano – es decir limitarlo por sus condiciones – vulnera los derechos fundamentales y que la Corte tiene por método *el hermenéutico*.

Resulta interesante la argumentación expuesta por la Corte en la sentencia C-651/2003, en torno del problema de la acción de cumplimiento de una ley, cuyas prescripciones no permiten que el ciudadano exija el cumplimiento de las normas de la Constitución de 1991, puesto que en la misma aduce que existe un lenguaje constitucional diferente al lenguaje

jurídico, indicando que el lenguaje jurídico es de contenido rígido o conceptualmente definido y consolidado en años de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y que el lenguaje constitucional es de textura abierta, y que su método de comprensión, es el hermenéutico. Es decir en este pronunciamiento se hace latente la tensión que generan las diferencias en los actos de habla proferidos por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, pues mientras la primera se sirve del método lógico de subsunción, la segunda elabora actos del habla perlocucionarios que buscan modificar realidades.

En relación con el uso del lenguaje en la formulación del derecho positivo [las leyes], la Corte se pronunció en la Sentencia C-1088 de 2004. Esta providencia emitida por la Corte Constitucional es fundamental para esta tesis, y sin caer en extremismos se considera sobre esta decisión que por primera vez de manera expresa la Corte expone sin ambages el modelo de actos del habla de la mano de la filosofía del lenguaje, que implica que el lenguaje es herramienta de construcción de la realidad social, y que el legislador no solo prescribe sino que puede incurrir en lenguaje emotivo que vulnere los derechos fundamentales y en tanto esto, es el juez constitucional el llamado a “defender la integridad y supremacía de la Carta Política”.

Se resalta la importancia de la motivación vertida en la sentencia C-534 de 2005, al resolver un problema relativo a la vulneración del derecho a la igualdad en normas del Código Civil que establecen diferentes edades para proteger a los menores, puesto que en esta decisión, ratifica que los enunciados jurídicos como lenguaje jurídico están sometidos por el método clásico de interpretación de la ley en sede de la justicia ordinaria y que en ese ejercicio de los jueces, se convierten en “normas adicionales” es decir que “se refiere a lo que ella prescribe más allá de su redacción”. Pero la Corte Constitucional va más allá, al introducir una categoría general que se conoce en las sentencias de la Corte como <<modulación de los efectos del fallo>> y una subcategoría denominada <<sentencias interpretativas>>. Esta modalidad es propia del método hermenéutico que es de regla libre, lo que a la postre le permite a la Corte, incluir en el contenido del enunciado jurídico reglas que no se leen directamente del mismo, lo cual no es posible aplicando el método clásico de interpretación de la ley.

Consideramos que la sentencia C-804 de 2006 es, sin duda, el reconocimiento a la filosofía del lenguaje como fundamento teórico del método hermenéutico desarrollado por la Corte constitucional en la labor que le ha sido encomendada como guardiana de la integridad de la Constitución de 1991. En torno del problema jurídico “El demandante encuentra que el término hombre, la expresión y otras semejantes que contenidas en el inciso primero del artículo 33 del Código Civil y las expresiones por el contrario y no se aplicarán a otro sexo, contenidas en el segundo inciso del mismo precepto, vulneran el principio de dignidad humana (artículo 1° constitucional), el principio de igualdad (artículo 13 constitucional) y el derecho de la mujer a no ser discriminada (artículo 43 constitucional).

La motivación de esta providencia deja en evidencia la tensión de los actos de habla suscitada entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional por efecto de los enunciados normativos <<de textura abierta>> de la Constitución de 1991 que chocan contra el aparato <<conceptual del lenguaje jurídico tradicional>> y su método de interpretación clásica de la ley con criterios rigurosos.

En síntesis, se muestra que gracias al aporte de la filosofía del lenguaje, surgió: (i) el lenguaje constitucional, (ii) el uso performativo del mismo y (iii) el método hermenéutico de regla abierta, en dicha sentencia la Corte se ocupó de manera expresa del lenguaje jurídico y para el efecto abordó los siguientes temas: (i) poder instrumental y simbólico del lenguaje jurídico; (ii) el lenguaje jurídico no es neutral; (iii) las situaciones de inclusión y exclusión también se reflejan en el lenguaje jurídico; (iv) la razón patriarcal y su proyección en el lenguaje jurídico y en la cultura jurídica; (v) potencial transformador del lenguaje jurídico y de la cultura jurídica.

Dentro de la parte considerativa de esta decisión expone la Corte que cuando se discute sobre las reglas del lenguaje y también acerca de las palabras utilizadas para definir los contenidos. Cada una de las expresiones utilizadas marcan el fondo de aquello que se propone afirmar –mandar, prohibir o permitir -, arguye que mediante el lenguaje se comunican ideas, concepciones de mundo, valores y normas, pero también se contribuye a definir y a perpetuar en el tiempo estas ideas, cosmovisiones, valores y normas. Indica la Corte que el lenguaje como fenómeno social, cultural e institucional de primer orden, se proyecta de manera directa en el ámbito jurídico: “[e]l Derecho se manifiesta, se funda y se expresa por medio de palabras”.

Por si quedase alguna duda en relación con la fuerza que la *filosofía del lenguaje* imprime a las decisiones proferidas en sede de la Corte Constitucional y el carácter de los actos de habla formales performativos, en los textos siguientes aparecen las siguientes citas de apoyo:

Respecto de la relación entre el lenguaje y la eficacia simbólica del derecho coincidió la interviniente con filósofos como Lyotard y Wittgenstein en el sentido de afirmar que las palabras no son un mero reflejo o representación de las cosas sino que ellas configuran a un mismo tiempo la realidad que intentan *“aprehender y establecen los límites entre la verdad y la mentira.”* De acuerdo con lo anterior, dijo la interviniente, *“el significado de las palabras no surge de su facultad de describir los objetos, sino a partir de su uso y su contexto.”* Llamó la atención la interviniente en cuanto al carácter performativo de las palabras comprendido como *“la virtualidad de construir simultáneamente el acto al cual se refieren.”* Para la interviniente los frutos cosechados en la lucha de las mujeres en el terreno de las leyes, de las instituciones y de las costumbres dentro de las sociedades occidentales comenzarán a cristalizar únicamente en el momento en que se garantice *“una revisión del uso del lenguaje y (...) la resignificación de ciertos conceptos.”* ...Sea cual fuere el punto de partida, señaló la interviniente, *“se reconoce al lenguaje la potencia para afectar la manera en la que nos comportamos socialmente.”* De ahí que *“la lucha por el lenguaje se haya convertido en una lucha relevante para los grupos tradicionalmente excluidos o marginados, para quienes la transformación de las prácticas sociales debe atravesar una transformación de las prácticas lingüísticas, aún si para algunos esta no es la panacea sino un paso más en un proyecto más amplio.”* Subrayó la interviniente que si bien es cierto no existe acuerdo sobre cuál debe ser el énfasis de la lucha por la transformación del lenguaje, todos los grupos que se preocupan por innovar el lenguaje para dar cabida a proyectos más incluyentes coinciden en *“afirmar la necesidad de visibilizar las diferencias para poder tratarlas justamente”*. Insiste la interviniente en que la palabra hombre ha estado vinculada históricamente a “varón”. Esta es justamente la razón por la cual pretender que se utilice como universal el vocablo hombre solo trae como consecuencia la exclusión de las mujeres. La palabra hombre siempre funciona como genérico de modo que las mujeres *“deben estar constantemente calculando si la expresión las incluye o no.”* En cuanto a la construcción y reproducción de las relaciones sociales en el lenguaje legal, opinó la interviniente que lo dicho sobre el lenguaje en general se aplica también al lenguaje legal.

Y otra sentencia que definitivamente nos acerca al punto central de nuestra investigación, pues es claro ejemplo de la aplicación de la filosofía del lenguaje en la labor de la Corte, es la C-078/2007 en la que la Corte trató un problema relativo al uso del lenguaje en la ley de acoso laboral, en la cual estableció que en algunos casos el uso del lenguaje, la estructura ambigua de las normas u otros problemas de técnica legislativa, pueden comprometer bienes constitucionalmente protegidos y afectar la constitucionalidad de las normas, pues para la Corte el lenguaje jurídico no solo tiene un efecto jurídico-normativo sino un poder simbólico, por tanto, reconoce que la lucha por el lenguaje no se reduce a un asunto de estética en la escritura o de alcance y eficacia jurídica de la norma, sino al uso de expresiones que reproducen y/o constituyen realidades simbólicas o culturales inconstitucionales.

En síntesis, reconoce el carácter *performativo dinámico* del lenguaje y se convierte de paso en una aplicación palpable de la teoría de John L. Austin, pues no cabe duda de que se hacen acciones con palabras.

En nuestro concepto, el lenguaje hace posible la labor de la Corte como juez constitucional, puesto que, si las sentencias de la Corte se construyen expandiendo todos los recursos hermenéuticos del uso performativo del lenguaje, entonces éste es el que hace posible el cumplimiento de su función como guardiana del texto constitucional.

De lo anterior, surge un interrogante para nosotros: *¿Las sentencias de las altas cortes, tienen como actos de habla un poder performativo?* La pregunta parece tener una respuesta obvia, pero merece una sentencia de la Corte Constitucional para fijar tal afirmación: la relevancia de esta sentencia está en que de modo extraordinario se trata de un *brevísimo manual del derecho como práctica argumentativa racional* [denominación propia de esta tesis en cuanto a *brevísimo manual*, ya que describe de modo práctico la labor del juez].

(i) En la sentencia C-634 de 2011, sobre el deber de aplicación de la jurisprudencia y/o precedentes de los jueces [contenidos en las sentencias de las altas cortes] la Corte

Constitucional indicó que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente y es la interpretación realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, la que adquiere carácter vinculante. Adujo la Corte que el Derecho hace uso del lenguaje natural para expresarse, y toma de aquel la ambigüedad y la vaguedad, en tanto existe la posibilidad que un mismo término guarde diversos significados, es decir, los textos normativos se convierten en disposiciones normativas y en lenguaje jurídico y lenguaje constitucional y, por ende, en actos de habla y performativos, del Juez.

En conclusión, el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales (subsunción), sino una práctica argumentativa racional. Adicionalmente, argumenta que en las sociedades contemporáneas, es inevitable, necesario y valioso que los jueces conserven la competencia para la definición concreta del derecho, a partir de reglas de origen judicial, creadas a partir de las disposiciones aprobadas por el legislador.

Hasta aquí el breve recuento cualitativo de las sentencias que seleccionamos entre los 118 fallos a los que aludimos en la exposición cualitativa de sentencias de la Corte Constitucional de Colombia que aluden al lenguaje jurídico. Para cerrar este apartado nos referiremos a dos sentencias que identificadas como claros ejemplos de que la Corte en algunos casos toma como fuente -de manera expresa- lo planteado por los filósofos del lenguaje, en particular a John L. Austin y sus actos de habla, así, en la sentencia C-605 de 2012, la Corte confirma que no solo las sentencias son *actos de habla formales performativos*, afirmando que las leyes también lo son, si se trata de enunciados normativos para reconocer el lenguaje de las personas ciegas y sordomudas, indicó expresamente que:

3.9. Existen límites parciales y excepcionales a ciertos usos del lenguaje. **Hacer ciertas cosas con las palabras (como ofender, insultar, discriminar, marginar, excluir), en especial, en el contexto de las reglas o normas de las cuales dependen el goce efectivo de los derechos fundamentales, ha sido objeto de debates en la jurisprudencia constitucional.** El derecho a usar el lenguaje de forma libre y amplia, en especial, el derecho a usar cierto tipo de expresiones o cierto tipo de juegos de lenguaje, en situaciones y contextos específicos, son manifestaciones del derecho a libre expresión. Para la Corte la

libertad de expresión es amplia. A tal grado, que una restricción del lenguaje por el uso incorrecto del mismo, ha de considerarse en principio, sospechosa y deberá ser justificada constitucionalmente.

3.10. En el ámbito jurídico, **el legislador tiene la libertad de establecer ciertos usos del lenguaje, no obstante, en la medida en que tales actos de habla construyen realidades y mundos posibles, se trata de facultades que son objeto de control en una democracia para evitar, entre otras, toda forma de discriminación.** Así, por ejemplo, la Corte Constitucional ha impedido que el lenguaje jurídico oculte a las mujeres. Para la Corte, se trataba de usos que perpetúan la invisibilidad de las mujeres y en tal medida, irrazonables en términos constitucionales. Son varias las ocasiones que la jurisprudencia se ha pronunciado en tal sentido, incluyendo el uso de la palabra sordomudo.

Y en la sentencia C-066 de 2013, la Corte de modo explícito, reafirma en un problema de constitucionalidad relativo a los derechos humanos sobre discapacidad, como el rol de la *filosofía del lenguaje* en la construcción del derecho como *discurso práctico racional*, es primordial:

[...] En primer lugar, los intervinientes exponen que las normas de derechos humanos sobre discapacidad, tanto en el sistema universal como interamericano, han tenido la unívoca intención de modificar el lenguaje jurídico, a efectos de eliminar los estereotipos discriminatorios contra las personas en situación de discapacidad.

**La discriminación y la necesidad de protección de la dignidad humana por parte del lenguaje jurídico. Reiteración de jurisprudencia**

14. Existe una línea jurisprudencial consolidada por esta Corporación, relativa a las funciones del lenguaje jurídico y la posibilidad que sus ámbitos valorativos y de validación lleguen a vulnerar derechos y valores constitucionales, en especial la igualdad y la dignidad humana de los sujetos destinatarios de las prescripciones legales.

Esta doctrina parte de advertir que el lenguaje normativo no se reduce a describir hechos y consecuencias jurídicas, sino que es posible adscribirle tres tipos de funciones definidas. La primera, de índole descriptiva en los términos mencionados. La segunda, de tipo valorativo, a través de la cual las normas, lejos de tener un carácter neutro, en realidad categorizan, arbitran y definen situaciones específicas, imponiéndoles determinados criterios que las promueven, rechazan, discriminan o distinguen de otras. La tercera, que puede definirse como de validación, refiere al **papel que cumple el derecho, en general, y las normas jurídicas en particular, en la creación de realidades**: las normas jurídicas

tienen la función de constituir estándares para la conducta, a través de la definición de aquellos comportamientos permitidos y otros prohibidos. Si esas normas tienen tal estatus, sus expresiones validan como parámetro jurídico, y por ello coactivo, lo que ellas expresen. Esto más aún si se tiene en cuenta que estos preceptos son producto de procedimientos democráticos de formación, esto es, acuerdos representativos sobre lo que se estima correcto, incorrecto, objeto de afianzamiento o de rechazo. **Por lo tanto, ese precedente comparte identidad teórica con las propuestas que desde la filosofía del lenguaje afirman que las expresiones del lenguaje natural, código que comparte el Derecho, no solo son descriptivas sino que construyen la realidad, en tanto califican y explican el ámbito fáctico.**

Esta ha sido la posición de la Corte, al indicar que como consecuencia de la comprobación de las mencionadas funciones del lenguaje jurídico, el legislador debe mostrarse especialmente cuidadoso en la elección de los términos que integrarán las expresiones normativas, pues los mismos pueden llegar a legitimar opciones valorativas incompatibles con la Constitución. De forma correlativa, a pesar que el control de constitucionalidad se concentra primariamente en los enunciados normativos y no en los textos legales considerados en su perspectiva formal, la Corte está facultada para analizar la exequibilidad de expresiones que, al mostrarse incompatibles en su significación con los postulados superiores, deben ser excluidas del ordenamiento jurídico.

El punto de tensión que se quiere analizar en la presente investigación está mediado por la coexistencia de dos actos de habla formales en nuestro sistema jurídico, fundados en una regla habilitante distinta y vigente para cada uno, reglas que se conocen como (i) método de interpretación de la ley y (ii) método hermenéutico de derechos fundamentales.

La tensión entre la Corte Suprema y la Corte Constitucional tiene origen en la Constitución de 1991, al habilitar a las dos Cortes de cierre para respaldar con su autoridad sus reglas.

Históricamente, la teoría de los actos de habla de John L. Austin ha debido en parte su difusión a la reflexión sobre la naturaleza de los actos jurídicos. La teoría apareció en Oxford después de la guerra, en una serie de seminarios dirigidos por Austin con la colaboración de Hart (MacCormick and Summers, 1991).

Las normas jurídicas son enunciados válidos *per se*. No son proposiciones susceptibles de debate sobre si son verdaderas o falsas como sí lo son, por ejemplo, la motivación de los fallos emitidos por los jueces.

Esas proposiciones contenidas en los fallos son lenguaje. La pregunta será: ¿se trata de un lenguaje libre? Para nada. Está sujeto a los conceptos de la jurisprudencia de las cortes. Esos conceptos antes de la aparición de la Corte constitucional eran indiscutibles y la interpretación de la ley por los jueces se ajustaba a sus obligaciones en el respeto vertical del precedente.

Con la creación de la Corte Constitucional se generó una tensión en el modo de usar el concepto. O con la regla de la Corte Suprema o con las de la Corte Constitucional. El problema estriba en que el uso de los elementos de un concepto puede variar, si es estrictamente legal prevalece la Corte suprema, si es constitucional y propende por salvaguardar derechos fundamentales, prevalece la Corte constitucional y su método de interpretación hermenéutico. Es decir, su contenido es eminentemente filosófico en términos de valores.

Después de examinar las sentencias proferidas por nuestro máximo Tribunal Constitucional, trayendo a este texto las que consideramos evidencian de mejor manera que el lenguaje jurídico se nutre de las tesis de la filosofía del lenguaje, puesto que los actos de habla emitidos por la Corte pretenden ser performativos, en la medida que a través de la hermenéutica, (regla abierta) procura resolver en sus fallos los problemas jurídicos derivados de la vulneración de los derechos fundamentales, bajo el valor fundante de la dignidad humana; sentando como premisa la imposibilidad de resolver problemas jurídicos de derechos fundamentales con los métodos clásicos de interpretación, a pesar del respeto por el precedente inveterado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual es conceptual y no fáctica.

Así, lo que emerge es una tensión entre el modo de los actos de habla de la Corte Suprema de Justicia y los de la Corte Constitucional. Curiosamente, es una reiteración tácita del rol de la filosofía en el derecho, dado que, si en los actos de habla de la Corte Suprema de Justicia prevalece la operación lógica que entraña la subsunción, es evidente que en los actos de

habla de la Corte Constitucional, prevalece las circunstancias que rodean el caso concreto, cuyo problema jurídico debe resolver.

En síntesis, los fallos de la Corte con el método hermenéutico están fundados en lo fáctico y en la dignidad humana, lo anterior se hace evidente en el último capítulo de esta investigación, porque con el método hermenéutico se hace posible el análisis de las circunstancias fácticas del tomador del seguro, y la exigencia para la aseguradora de probar la mala fe del tomador, puesto que no todas las inexactitudes vertidas en la declaración de asegurabilidad se muestran suficientes para pregonar la nulidad relativa del contrato de seguros.

En conclusión, el rastreo de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, en las que se otorgue preponderancia al uso del lenguaje, al lenguaje jurídico y a la filosofía del lenguaje, nos muestra que a partir de *cómo hacer cosas con palabras* de John L. Austin y de su alumno aventajado Searle, quien continuó con su teoría y la desarrolló en su texto *Actos de habla*, se logra comprender que independiente del método que se use en las altas Cortes, el clásico en la Corte Suprema de Justicia o el hermenéutico en la Corte Constitucional, las dos se basan en el procedimiento que Searle ha descrito en su filosofía del lenguaje, y por lo tanto, la tensión estriba únicamente en el modo de interpretación, pero coinciden en usar a Searle, de acuerdo al procedimiento acuñado por éste en su teoría y que analizamos en la parte inicial de este capítulo.

### 3.3. Capítulo III. Los dos sistemas de atribución de referencia en la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional

Parecería – de la lectura desprevenida del título del presente capítulo – que el registro de los métodos de interpretación es cuestión “pacífica” y lo es, pero entendido este término <<interpretación>> a la luz de diferentes teorías, la tarea de los jueces, estaría condenada a ser una “tarea fatal”. La diversidad de teorías que dan vida a los métodos, justificarían tal epíteto.

Metafóricamente se dice que <<interpretar el derecho>> es una tarea fatal que siempre traerá a la memoria *las ordalías* como método infalible para los jueces, sobre si una persona era o no culpable. Estas pruebas en la Edad Media comprendían “el juicio de Dios” – Dios salva al inocente – y daban grado de certeza de culpabilidad o inocencia en los casos en los que llegar a la verdad por las pruebas ordinarias, era difícil. Curiosamente, el origen, la etimología del término lleva a su significado en español: *juicio* (Fo, Tomat y Malucelli, 2006).

Esa perversa analogía entre <<interpretar el derecho>> y <<ordalías>> ocurre por la tarea del juez, <<interpretar>>. Actualmente, es aquel – el juez – quien en cada juicio debe cumplir su deber de emitir *un acto de habla ilocucionario*: la sentencia.

Regresando a lo filosófico, si es que la filosofía del lenguaje es apropiada como lo es para reflexionar sobre los problemas – tensiones – entre los métodos de interpretación del derecho, propiamente la interpretación jurídica – la diferencia está en que el término derecho hoy en día implica ámbitos de la sociología, la axiología, la argumentación y sería del caso, entonces, referirnos a la jurídica por hablar de la legalidad – el abanico de métodos es múltiple como para ser tan simplistas y afirmar que los métodos se sintetizan en cuatro o cinco. Lo curioso, es que se sintetizan de un modo sombrío dado lo complejo de la función judicial; pues el juez se libera del juicio de Dios con la hermenéutica constitucional que le permite acercar el derecho y la verdad al ser humano, y no como ocurre en la interpretación jurídica, acercar el derecho y la verdad, al mismísimo derecho.

Un método necesariamente está edificado en criterios. Para lo jurídico, los ejes van desde lo gramatical o la sencillez del significado, o algo muy debatido como el *espíritu del legislador*, o el fin de la ley, o el bagaje que arrastra la historia de la norma, o la realidad sociológica, y por supuesto el referente del derecho natural.

Digamos que la consolidación de esos criterios ha sido de cientos de años y en lo que es relevante para la filosofía del lenguaje – el significado, el referente, el predicado – ha sido bien difícil. No por calidad, si por cantidad. Los profesores Aldershot, Vermont y Darmouth, con método comparativo de sistemas de interpretación del derecho en varios países, llegaron a concluir la imposibilidad de generar un esquema de un método que pudiera afirmarse de él, es el método interpretativo genérico para los sistemas jurídicos contemporáneos.

Ello <<significaría>> que para el juez, la asignación de <<significado>> a una norma jurídica, no por ambiguas que en veces lo son, no por vaguedad, que en veces la tienen, comprendiendo esta operación mental como la aplicación de un método, que se concreta en un acto de habla ilocucionario – la sentencia – actualmente en el sistema jurídico colombiano, es un tema que antes de la Constitución de 1991, generaba debates doctrinarios, pero en sede de los jueces, ninguno, dado que ellos deben ser fieles a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y los métodos de interpretación, como se verá *ut infra*, categorizados.

Llega a sostenerse que, con independencia del sistema jurídico, siempre es el juez el llamado a proponer con autoridad <<la interpretación cercana a la verdad sin pretensiones de una única respuesta correcta>>. Aun así, esta tesis, ha llegado a establecer que los actos de habla de un juez son ilocucionarios y que sus referentes, significados y predicados, sólidos en la Corte Suprema, han sufrido con la Constitución de 1991 y el efecto irradiador de los derechos fundamentales, una tensión, que se ha resuelto con la emergencia de un método poco apegado a las reglas “pacíficas” de la Corte Suprema, el hermenéutico, practicado como se estableció con evidencia en las sentencias de la Corte Constitucional – *ut supra* – de regla abierta para llegar al derecho y a la verdad con la finalidad más relevante en el nuevo texto constitucional, la dignidad del ser humano.

Entonces, no existe una jerarquía de métodos – primero el clásico de los jueces de los problemas civiles, penales, administrativos o laborales o primero el hermenéutico de los jueces constitucionales -que lo son todos los anteriores- lo que viene sí, es una necesaria correlación, que coexisten, y la evidencia de ello, es el caso que se expone en el capítulo cuatro de esta tesis.

Si la <<interpretación>> tiene rol central en la tarea de los Jueces, a esta altura de este texto, puede afirmarse que el discurso del juez se desarrolla en dos planos que coexisten, que se correlacionan: (i) el plano de las reglas propias del acto de habla ilocucionario y (ii) el plano de las reglas propias del discurso jurídico.

En las primeras, siempre la metodología será el término, el referente, el significado, el predicado. Las reglas de uno y otro se conjugan para en el (ii) en el contexto de la norma jurídica generar el acto de habla ilocucionario: la sentencia.

Se dirá que cuando los jueces están ante un problema jurídico civil, comercial, laboral o penal, serán necesariamente positivistas legalistas y si se trata de derechos fundamentales, serán constitucionalistas y tal vez, acusados de decisionistas judiciales, de usurpar el sagrado poder de legislar. Pero eso es tema para otra investigación.

La filosofía del lenguaje ha entregado el modo de reflexionar sobre el significado del ser humano en un problema jurídico: o se trata de normas o se trata de seres humanos. La hermenéutica, pone en el foco al ser humano. La norma vive, pero los derechos fundamentales, girarán la decisión para salvaguardar la dignidad humana.

Si quisiera hacer un breve recuento de problemas que implican la tensión entre los métodos que esta tesis expone en este capítulo, diría: 1) los del realismo escandinavo, no desprecian las normas jurídicas pero prima el método hermenéutico, 2) los positivistas legalistas, son kelsenianos sin pausa, es decir tienen en lugar privilegiado la aplicación de la norma, 3) la escuela del derecho libre cree firmemente en que el derecho está vivo y no es producto de la decisión independiente del juez, 4) los del realismo escandinavo son reacios a decidir problemas jurídicos con valores tales como la idea de justicia o el estado social de derecho o ideas similares, 5) los positivistas legalistas son inmunes a que el juez introduzca en esa decisión sus

sentimientos, 6) otros defienden el imperio de la ley representado en la leyes a rajatabla, 7) algunos creen en que el imperio de la ley está o tiene a la cabeza, la jurisprudencia de la Cortes Supremas de Justicia, 8) se afirma que el juez no es libre ante la ley, pero si se trata de problemas jurídicos que envuelven derechos fundamentales, es libre con el escudo protector de la Constitución y la prevalencia de los derechos fundamentales y sin dejar de lado a los relativistas y defensores del derecho natural, 9) los positivistas legalistas exponen que el decisionismo judicial de modelo hermenéutico constitucional destruye la seguridad jurídica, característica de un sistema jurídico, 10) las reglas del derecho deben ser enunciadas previa a la interpretación: esto se cumple en el positivismo legal y en el ámbito de los derechos fundamentales, pueden ser modificadas o incluso, creadas, 11) todo lo anterior, sin contar que la norma jurídica si se estudia como acto de habla, ella sola, no tiene el carácter ilocucionario, por ello los juristas se refieren a la norma como un enunciado y a la sentencia como una proposición con pretensión de verdad o por supuesto de falso y reitero, acto de habla ilocucionario, y como tal habrá i) predicación, ii) referencia, iii)proposición, iv) significado.

Si <<interpretar>> tiene necesariamente un método, ante todos los problemas que generan tensión, la pregunta de investigación sería si es posible afirmar que *el método es inexistente*. Si los criterios son puramente genéricos como gramática, o lógica formal, el sistema que provee referencia, entonces ¿en qué lugar encontramos los criterios del derecho? Si para formular los criterios acudimos a la economía, sociología, política, entonces el método no será el clásico de la subsunción y se estará ante la hermenéutica. Así, puede argumentarse que ese “auxilio” no es un método sino el modo de proponer soluciones a un problema jurídico, siendo así tan o más importante el problema jurídico.

Extraer el significado de la norma jurídica, puede ser una tarea sin sentido. Un ejemplo de ello es la legislación laboral que en Colombia – el Código Sustantivo del Trabajo – data de 1950 con algunas reformas. La pregunta que surge es ¿cómo el juez puede emitir un acto de habla ilocucionario, con estas normas tan añejas? Por supuesto que emite sus sentencias y si bien se afina en la norma prevista en el código, el significado no lo extrae como en un acto de alquimia. Debe estructurar su motivación en la jurisprudencia y las sub-reglas contenidas en los fallos de casación de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Y no dejaría de ser objetiva si

confirmando que igual ocurre en problemas jurídicos penales, civiles o administrativos, independiente de lo reciente que sea la norma jurídica.

Pero con todo, los elementos del acto de habla siguen firmes: predicación o término, referencia, proposición, significado y las reglas del sistema jurídico, serán las que responden a ese paradigma de la conciencia jurídica de los tiempos que se viven. El paradigma de la conciencia jurídica de cada tiempo, es un aporte de Josef Esser (1961). Este profesor alemán fue un jurista y filósofo que profundizó en la jurisprudencia como fuente de derecho, y muy atento a usar el realismo escandinavo, o el relativismo de Radbruch. Para cerrar, entonces, la conciencia jurídica de los tiempos actuales está en la jurisprudencia de las Altas Cortes, pero sin desconocer la norma jurídica.

En esta descripción, cobra fuerza la metáfora de la ordalía. El juez, dispone de múltiples criterios interpretativos [para problemas jurídicos de derecho civil, penal, laboral o administrativo puede usar o el gramatical, o el lógico, o el sistemático o el histórico o también el espíritu del legislador o todos al tiempo; Savigny es el padre de estos sub-métodos] [para los problemas que impliquen derechos fundamentales, la hermenéutica] y un camino que le da la filosofía del lenguaje: ordenar el argumento desde el término, la predicación, el referente, el significado y la proposición, y en las reglas de una conciencia jurídica viva: la jurisprudencia.

El estado del debate puede ser aún más intenso, si nos propusiesen registrar uno a uno lo que cada reconocido teórico del derecho o de la filosofía del derecho, sostiene como última ratio para desenredar el problema de la inexistencia de método, que como apreciamos, es más, profusión de métodos. Pero en esta mañana, el juez siempre proveerá justicia.

¿Y quién o que resuelve qué criterios? Ni quién, ni qué. Cada método es plausible para cada problema jurídico. Pero estoy afirmando que por manera de la preparación de los Jueces en Colombia, la filosofía del lenguaje está presente. No del modo explícito, es decir es posible que el Juez no comprenda que sus sentencias son actos de habla ilocucionarios o que al construir las sentencias, seleccionar términos, investigar referencias, consolidar proposiciones y atribuir significados al paralelo con las reglas del sistema jurídico tomadas de la conciencia viva [se

pone nombre: jurisprudencia tanto la clásica como la constitucional] está inmerso en la filosofía del lenguaje por la vía de la <<interpretación>>.

Es significativo entender – no como jurista, sino en el ámbito de la filosofía del lenguaje – ese trasegar en narrativa, que genere reflexión, un ejercicio de centurias y bien vale la pena. No nos conmueve que los sociólogos reaccionen con afirmaciones tales como <<no me vengan con que el código de Hammurabi>> pues para el ejercicio que nos concita en modo investigación sobre <<interpretación del derecho>> aquí sí vale retomar los antecedentes históricos – que curiosamente si nos atenemos a lo que significa historia están todos, si todos, vigentes – para encajar esta tesis en lo que se expone: siempre la interpretación ha girado estructuralmente como lo describe Searle en *actos del habla*: (i) predicación, (ii) referencia, (iii) proposición, (iv) reglas, (v) significado.

### **3.3.1. La utilidad de la filosofía del lenguaje y su teoría**

En investigación en ciencias sociales Max Weber con *Economía y sociedad*, impone sus lúcidos juicios. En relación con el derecho es reconocido el capítulo “La economía y los diversos órdenes (introducción a la sociología del derecho)” se refiere a:

la tarea de la ciencia jurídica (de un modo más preciso, la jurídico-dogmática) consiste en investigar el recto sentido de los preceptos cuyo contenido se presenta como un orden determinante de la conducta de un círculo de hombres, demarcado de alguna manera; es decir en investigar las situaciones de hecho subsumidas en esos preceptos y el modo de su subsunción. (Weber, 2004, p. 700)

Y a renglón seguido se encuentra un concepto de interpretación – muy de Weber sobre lo que es el trabajo del jurista – que sorprende: “procede de tal suerte en esa tarea que, partiendo de su indiscutible validez empírica trata de determinar el sentido lógico de los preceptos singulares de todas clases, para ordenarlos en un sistema lógico sin contradicción” (Weber, 2004, p. 701).

Es sorprendente porque encierra un sarcasmo del científico. El derecho es entonces, (i) un mar de normas jurídicas, (ii) no conectadas lógicamente y la tarea del jurista es <<investigar>> como ordenarlos de modo que sea un <<sistema lógico sin contradicción>>.

Ese “investigar” es seguir con juicio las reglas de los actos de habla. Que hace un jurista – de modo esencial un Juez – que al usar los pasos de Searle para que su interpretación sea legítima, válida, eficaz y argumentada, desde su fin que es lo más razonable: (i) predicación, (ii) referencia, (iii) proposición, (iv) reglas, (v) significado.

Se inició con Weber [1864-1920], referente sin discusión, porque este sociólogo alemán expone que las primitivas decisiones judiciales eran dictadas sin que esos jueces comprendieran el concepto de norma jurídica. Las decisiones eran carismáticas. Pero, aún así, había interpretación: en el sistema probatorio primitivo el “objetivismo mágico” le indicaba al juez sobre inocencia o culpa. No sobra recordar que se creía firmemente en que el ser supremo – Dios – llevaría al reo a pasar la prueba de dios, por ejemplo, un camino repleto de piedras candentes.

Weber, en ese capítulo – que es de cientificidad de carácter riguroso – expone lo que sintetizaría en dos enunciados: (i) la garantía para los ciudadanos en la aplicación “correcta” de la “norma con características de obligatoria legalmente” es el uso habitual y (ii) y este uso es <<interpretación>>.

La evolución de la <<interpretación de la ley>> es evidente – por supuesto – y si usamos un término “moderno” para avanzar en los <<métodos de interpretación clásica del derecho en cabeza de la Corte Suprema de Justicia>> y el <<método hermenéutico de la Corte Constitucional>>, entonces, para no hacer historia del derecho romano – pues para ellos la ley no era fuente de derecho y la fuente era la interpretación imperial – serían los franceses quienes con la expedición del código civil francés conocido como “el Código de Napoleón” de 1804, normas jurídicas en un solo cuerpo o código, una sola fuente, obligatoria para todos los territorios – desconcertante para los habitantes y los juristas de ese momento quienes aplicaban sus normas – y origen de lo que es coloquial en estas épocas: *el espíritu del legislador*, como un proceso de interpretar.

Así nació la *escuela de la exégesis*, bajo la codificación, aunque, posiblemente Napoleón estaba seguro que solo con leer estaría la solución. No señor. Napoleón no conocía que independientemente de la época o los personajes, siempre el receptor se preguntaría por (i)

predicación, (ii) referencia, (iii) proposición, (iv) reglas, (v) significado, y él no sería la excepción. Apenas surgió el primer comentario al código, es un clásico su reacción: “Mi código está perdido”. Esta frase la escuché de un profesor de historia del derecho, de quien no dudo de su erudición, pues si recuerdo que citaba autores franceses del derecho civil como, Planiol, Ripert y Géný, en un texto de método de interpretación.

Cuando los alemanes en 1813 expidieron el Código Penal, prohibieron comentarlo o explicarlo. El erudito profesor afirmaba que esta prohibición nació por recuerdo de Justiniano, quien, al expedir sus instituciones, prohibió rotundamente que fuera objeto de interpretaciones. La situación actual, es evidente: las prohibiciones van contra corriente de los actos del habla. *Actos ilocucionarios* – que lo eran sin que los de la época lo supieran – serán ayer, hoy y mañana. Lo que no es de extrañar, es que un nuevo mandatario en cualquier lugar “prohíba interpretar el derecho”. Esto trae a la mente la famosa frase de los jóvenes que protestaban en Francia de 1968: “prohibido prohibir”.

Los exégetas dieron lugar a uno de los métodos vigentes y en uso por los jueces en Colombia: *la interpretación literal o gramatical*: el espíritu del legislador no es otra cosa que las palabras de la ley, y la interpretación consiste en auscultar de cada palabra su sentido. Esto es un ejercicio de filosofía del lenguaje. Y sostengo que lo es, dado que ese <<auscultar>> es parte del método que implica (i) predicación, (ii) referencia, (iii) proposición, (iv) reglas, (v) significado. Searle (2017) diría que el método es <<filosofía lingüística>> parte de la filosofía del lenguaje.

Este método fue y es evidentemente criticado porque usado así, es desconocer el valor y la sustancia de los aportes de los doctrinantes y de los jueces, del peso de las circunstancias sociales, del modo de ver y tratar al ser humano, que en esas épocas poco se mencionaba. Se hablaba de la sacralización, de la sumisión a la ley.

La petrificación llevó a que se preguntara ¿eso es el derecho?, ¿solo los códigos son fuente de derecho? Los pensadores que instaban a seguir el *derecho natural* recordaban a cada momento la tragedia de *Antígona*: las leyes de la polis y Creonte, prohibían terminantemente sepultar a sus muertos si estos habían perdido la vida por traición a la patria. Y no era cualquier

castigo. Era el más horroroso. Condenaba al alma a errar sin descanso eternamente. Pero el intérprete de la ley no era cualquiera, era el Rey Creonte. Y el diálogo trágico, con quien le imploraba, su sobrina. Ante la dura respuesta de que la ley es la ley y se cumple, Antígona le dice:

es que no fue Zeus, ni por asomo, quien dio esta orden, ni tampoco la Justicia aquella que es convecina de los dioses del mundo subterráneo. No, no fijaron ellos entre los hombres estas leyes. Tampoco suponía que esas tus proclamas tuvieran tal fuerza que tú, un simple mortal, pudieras rebasar con ellas las leyes de los dioses anteriores a todo escrito e inmutables. Pues esas leyes divinas no están vigentes, ni por lo más remoto, sólo desde hoy ni desde ayer, sino permanentemente y en toda ocasión, y no hay quien sepa en qué fecha aparecieron. ¡No iba yo, por miedo a la decisión de hombre alguno, a pagar a los dioses el justo castigo por haberlas transgredido! (Sófocles, 2014)

No cabe duda que la sentencia de Creonte fue un acto ilocucionario, que examinado desde la metodología *actos del habla*: (i) predicación, (ii) referencia, (iii) proposición, (iv) reglas, (v) significado. Aunque ni en esa época lo sabían, Antígona y los sabios le recordaron al tirano el derecho natural. Creonte no se ocupó de la predicación y el referente y mucho menos de las reglas del sistema – dado que él era el sistema – y por supuesto el significado atribuido fue equivocado. El final se conoce. Trágico para todos.

Naturalmente – el uso del término es a propósito irónico – el derecho natural está vivo. Está vigoroso y autónomo de tendencias religiosas o ideológicas: derechos humanos, que codificados – otra paradoja irónica – llevan a su denominación en primera época en derechos públicos subjetivos – requerían de todos modos que el legislador legislara y derechos fundamentales que no requieren de ley alguna para que el Juez los aplique. De eso se trata la hermenéutica constitucional. Y de derechos fundamentales de aplicación directa a los problemas jurídicos de los seres humanos, están en nuestra constitución política de 1991 y las sentencias de tutela, emitidas por los jueces de cualquier categoría: todos son jueces constitucionales.

Pero retornando al duro bloque de quien Antígona es su inspiración, juristas como Savigny se apartan de la exegesis como interpretación y luego se unen filósofos como Spinoza,

Locke, Voltaire y Rousseau y, como no, Montesquieu con su espíritu de las leyes, quienes consolidaron el iusnaturalismo de la mano de *la razón* contra las leyes tiránicas o el principio girondino de la revolución francesa referido a que el pueblo tiene el derecho natural a modificar las instituciones que los rigen, en esos días, leyes sin principios, sin coherencia, sin tener como fin el ser humano, sin contexto con los modos de vida y legitimadas por vocaciones celestiales cuando más.

Para concretar: en la exégesis, al juez no le era permitido <<interpretar>>: solo aplicación estricta de la ley. Y la única pregunta válida para el juez era “que quiso decir el legislador”. Esas sentencias, entonces, no eran ilocucionarias. Eran perlocucionarios: para convencer al Rey. Convencerlo de su lealtad a la ley.

Este modelo no fue ignorado en Colombia. En la constitución política de 1886, se instauró el respeto por la ley y el juez, su aplicador estricto. Pura exégesis que dominó hasta 1991, eso sí, atemperada por la famosa “tres decisiones iguales sobre el mismo hecho” pueden ser criterio auxiliar para el juez, pero nunca fuente de derecho. Así pasó hasta la Constitución de 1991, cuando la jurisprudencia se convirtió en “subregla” término que aún se usa para distinguir de la “regla” que solo puede nombrar a las que expide el Congreso.

Hoy, nadie duda de como el precedente – ratio decidendi – de los fallos de la Corte Constitucional son fuente de derecho. Y las de la Corte Suprema de Justicia, si bien la Corte cuida el modelo de respeto a las *tres decisiones uniformes* las hace valer y eso indica que ya no son épocas de actos de habla perlocucionarios por los jueces: son ilocucionarios.

Retrocediendo un poco, contra la exégesis fueron juristas como Savigny y Ihering. Pero, quien desató la furia de los exegetas fue un francés: Francois Geny [1861-1959], quien criticó la carencia de realidad, de contacto con el pueblo y sus costumbres, y por sobremanera el rol inicuo de los jueces: no son convidados de piedra. La justicia es algo tan relevante en una nación como para dejarla en manos del legislador, diríamos. Su libro *método de interpretación y fuentes del derecho privado* (1899) que, por supuesto, no es el objeto de esta tesis, sino fuera porque al

desatar el debate, e involucrar a juristas y pensadores de Estados Unidos y de Alemania, y en este nace de la reflexión de Ehrlich la *escuela de jurisprudencia libre y ciencia jurídica libre*.

Y quien no ha oído la proclama de que el derecho debe ser tan libre que no debe ser ciencia: Hermann Kantorowicz. El texto (1906) *La lucha del derecho como ciencia* – título burlón, pues quería tan libre el derecho – incita, provoca a una revolución que, a pesar de la ley, lo conmovedor, que nada de derecho natural o principios *a priori* y solo el juez dirá cuál es la regla para el problema jurídico. El debate lleva décadas.

Al menos repensemos sobre cuál sería la razón para que Kantorowicz, rechazará los principios *a priori*.

Para Kant (1997), si el juicio *es la facultad de pensar lo particular como contenido en lo universal*, en lo que lo universal es lo dado como principio, regla, ley, el juicio que subsume lo particular es *determinante*, si observa el universal, que es *a priori*: se trata de modelos formales que implican que una de las cualidades de la razón es la lógica que genera principios como el todo es mayor que las partes, una cosa es lo que y no otra cosa, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, la línea recta es la distancia más corta entre dos puntos, y en fin, reglas que determinan el juicio particular, agregando que implican la realidad y el modo de hacer juicios sobre ésta.

Juristas y filósofos como Hans Kelsen harán de las reglas *a priori* la base de su teoría, es decir, dirá que las normas jurídicas tienen reglas *a priori*, lo que indicaría que las normas jurídicas tienen como causa la *grundnorm* y de ella de modo lógico se derivan las normas jurídicas, sin intervención de la moral, que sería una postura de la realidad.

Así, el derecho tiene en sus juicios *a priori*, tales como, el ser es libre luego la norma jurídica no puede prescribir enunciados tales como, el ser humano no es libre. O la igualdad que irradia lo procesal judicial: las partes son iguales ante la ley. Este ítem hoy se conoce como la perspectiva axiológica del derecho y si esta es derecho natural, que llevaría incluso a que fuese

también exagerada por los relativistas como Gustav Radbruch. Pero Kantorowicz rechazó esto. Y también rechazó que el origen del derecho sea el otro extremo: el empiricismo o la realidad.

Pero ¿cómo se enfoca todo aquello en la <<interpretación>>? Pues los exégetas trataron la ley como principios *a priori*, o sea inamovibles, y la función del juez bajo los métodos de la lógica solo puede subsumir los hechos bajo esas reglas. Y Kantorowicz diría que era un megalómano quien afirmara que el Juez con ese método tenía suficiente para resolver los problemas jurídicos.

Entre los exégetas y los partidarios del derecho libre, entraron en juego los que propugnaron por la perspectiva sociológica, que pensaron que el derecho era una entelequia, dado que lo que existía eran impresiones sociales sobre, por ejemplo, quien era delincuente. Es famoso el penalista italiano Cesare Lombroso (1835-1909), quien caracterizó los rasgos del hombre delincuente. Sería el origen del positivismo criminal. Y de allí al positivismo como fuente del derecho, no restó nada.

Otros juristas, como Ernst Fuchs (1859-1929), entronizaron como método de interpretación el método sociológico: “el juez debe buscar la sentencia que sea correcta con arreglo al sentimiento jurídico de aquellos conciudadanos que sean honestos, razonables, informados en el asunto, imparciales y justos a la hora de ponderar los intereses en pugna” (García Amado, 1997, p. 810).

Este modo de resumir la función interpretativa es, por demás, ejemplo de lo que se ha venido sosteniendo sobre la compleja tarea del juez.

Se dirá que se sigue el camino de (i) las reglas de la razón, (ii) las reglas de la lógica, o los *a priori* kantianos, para no pelear con el derecho natural, (iii) la coherencia sistemática, (iv) la precisión deductiva. En este escenario, el método de los actos del habla, es transversal en cualquier sentencia, que es sin duda, un acto ilocucionario.

Desde la *interpretación voluntarista* al estilo kelseniano en la que interpretar es un proceso de etapas de pura deducción normativa, puro silogismo, sin descache, donde x funda a y,

y a z y así sucesivamente, pura lógica formal, a la *interpretación emocional*, que supera el gélido polar por la verdadera vida, del corazón, lo que equivale a afirmar que en Kelsen la hermenéutica no cabe y para los constitucionalistas actuales, Kelsen está pasado de moda, pero tampoco que la hermenéutica se convierta en un juego de dados.

Volvamos a Austin y a su seguidor Searle. Los filósofos del derecho colombianos que escribieron sobre el lenguaje jurídico y la filosofía del lenguaje en Colombia (como, por ejemplo, Marco Llinás Volpe) afirman que su teoría sobre los actos del habla da origen a la *escuela analítica del derecho*, como un árbol de conceptos y que la interpretación es un acto. El texto es interesante pero un poco desordenado, pues, si bien expone el interpretar como un acto, de fondo no estructura el acto ilocucionario como un método:

<<actos del habla: (i) predicación, (ii) referencia, (iii) proposición, (iv) reglas, (v) significado>>.

El punto de este ítem capitular no fue otro que de modo sintético exponer la complejidad que tiene el juez para “elegir” la teoría adecuada para ejercer su función de <<interpretar>>.

La actualidad dirá que el eclecticismo como combinación de reglas ha sido una solución para asumir la interpretación al nivel de la Corte Suprema de Justicia y de todos los Jueces de todos los rangos que componen la rama judicial y que en sede de jueces constitucionales – que lo son todos, también para atender tutelas que buscan el amparo de derechos fundamentales – la hermenéutica es el faro, y que los métodos eclécticos son bien diferentes a la hermenéutica.

Los métodos que el eclecticismo permitió, constituyen reglas que -a la postre y con razón- son inamovibles y generan reglas – jurisprudencia – que se caracterizan por ser criterio auxiliar de los jueces que se deben a la Ley, pero que en el escenario de las sentencias son fundamento fuerte en la trilogía *norma jurídica – jurisprudencia – pruebas*.

Ahora, bien diferente se comporta la hermenéutica en sede de los jueces constitucionales. La fuente es la constitución política y los derechos fundamentales -que irradian todo el sistema de normas jurídicas-, la irradian y la modulan. Es de regla abierta – no al estilo del juez

rabelesiano – pero se auto-regula por las *ratio decidendi* con efectos erga omnes contenidas en las sentencias de la Corte Constitucional.

Pero unos y otros tienen en común un método: siguen – de modo consciente pues los jueces tienen una formación de la judicatura – el método de los actos de habla de Austin y Searle: (i) predicación, (ii) referencia, (iii) proposición, (iv) reglas, (v) significado.

Esta es la hipótesis de nuestra tesis, y el contenido de lo anterior quedó plasmado en el capítulo anterior.

En el capítulo que sigue, se presentará un caso práctico de hermenéutica en un proceso de derecho civil, que supera las reglas de la jurisprudencia para decidir conforme a las herramientas brindadas por la filosofía del lenguaje, en pos de salvaguardar los derechos fundamentales del actor, no sin antes hacer una breve síntesis de los métodos clásicos de interpretación en sede de jueces ordinarios (civiles, penales, administrativos y laborales).

### **3.3.2. Interpretación de la ley en Sede de la Corte Suprema de Justicia [comprende los jueces ordinarios]**

Se dirá que toda sentencia es un ejercicio de abstracción: ley – hechos – pruebas – sentencia. Entonces no es posible confundir la interpretación de la ley con la formación del convencimiento que generan las pruebas. Son dos actos bien diferentes. Pero en interpretación de la ley, o en la valoración de la prueba, siempre es imprescindible aplicar el método de los actos de habla pues en la sentencia – acto ilocucionario – unos y otros conforman la motivación, un ámbito protegido por el derecho fundamental al debido proceso.

Así, la interpretación de la ley, es un ejercicio que tiene por la vía del eclecticismo estos métodos<sup>4</sup>:

- (i) Interpretación gramatical.
  - (ii) Interpretación lógica.
-

- (iii) Interpretación sistemática.
- (iv) Interpretación histórica.

La relación no implica un orden inexorable, pero si puede afirmarse que en el derecho actual, es importante que el Juez organice sus juicios de modo que se pregunte por cada uno de los métodos, al analizar la norma jurídica aplicable y eficaz y eficiente si sus juicios concurren los métodos registrados y no solo es entonces, buscar el sentido de las palabras de la ley, su significado, el contexto lógico, histórico en la jurisprudencia,

Si la labor del juez al <<interpretar>> es fijar de entrada que norma jurídica es aplicable, razonará sobre ellas *el sentido de la ley*, entonces será la <<interpretación gramatical>> donde las reglas conducen de entrada a que si las palabras de la ley son claras no se desatenderá su tenor literal, so pretexto de otros fines. No puede confundirse (i) la claridad gramatical con el sentido de la ley, que es un ejercicio que combina la <<gramatical>> con la <<interpretación lógica>> como las relaciones de los enunciados de esa norma jurídica y las que sea plausible integrar y (ii) que baste la <<interpretación gramatical>>. No. Repetimos que razonar impone el uso de todos los métodos, de agotarlos. Cada uno ampliará las particularidades para construir un predicado, asignar significados y fallar.

Si encuentra oscuridad, la <<interpretación lógica>> le proporcionara el análisis de del concepto que emerge de la norma jurídica que prima facie se tiene como adecuada para resolver el problema jurídico, en relación con otras normas jurídicas que pueden acudir al tema, presente en la estructura del tema civil, penal, administrativo o laboral. El proceso será formal en el sentido de usar la deducción, los principios generales del derecho – los a priori kantianos – la subsunción que implica enrocar los hechos relevantes, fijar antecedentes como lo que son <<premisas>>.

En tanto los alcances y efectos de la norma jurídica que ha sido decantada, acudirá a razonar sobre <<interpretación sistemática>> que impone la correlación. Por ejemplo, el juez laboral aplica este método al remitirse a las reglas del interrogatorio del código general del

proceso, ante el silencio del código procesal laboral en ese tema probatorio. Este método le dará la coherencia y la congruencia que le exige el debido proceso y el deber de motivar.

La <<interpretación histórica>> se apoya en las discusiones en el parlamento, normas jurídicas no vigentes sobre el tema, la doctrina, y someto a debate el punto que es discutido y se trata de integrar en este ítem, la jurisprudencia. Algunos sostienen que como criterio auxiliar, es un elemento aislado y ese criterio nace de una lectura literal y aislada del artículo 230 de la constitución política. La jurisprudencia hace parte del método histórico y a la vez se constituye en fundamento de una motivación que consolida significados.

### **3.3.3. Hermenéutica en Sede Corte Constitucional [comprende los jueces constitucionales]**

La exhaustiva investigación que en el capítulo inicial hicimos, y que deja evidente cómo es posible la hermenéutica y cómo es diferente de los métodos clásicos en sede de la Corte Suprema de Justicia – léase jueces penales, civiles o laborales – nos permite y legitima para afirmar que este método de regla abierta – no está sujeto a gramatical, lógico, sistemático e histórico, pues su finalidad no es la relevancia del sistema jurídico en sí mismo, sino el amparo de los derechos fundamentales, y en ese fin, puede constitucionalmente derrotar la norma jurídica y la jurisprudencia de la CSJ., para resolver un problema jurídico con reglas que pueden llegar a tener efectos erga omnes, en situaciones fácticas similares.

Queda claro que la interpretación de la CSJ – que por supuesto es obligatoria para todos los jueces – consolida el concepto; y la interpretación de la Corte Constitucional, consolida el ser humano y sus derechos fundamentales. Como hemos observado, en ambas Cortes, se presenta la importancia que tienen los Actos de habla en la construcción de sus sentencias.

### 3.4. Capítulo IV. Aplicación de las tesis De la Filosofía del Lenguaje en las sentencias como actos de habla

En este capítulo se abordará un caso práctico en el que se evidencian las tensiones surgidas entre las altas Cortes como resultado de las diferencias en los dos métodos de interpretación aplicados.

Aquí se analiza el fenómeno de la reticencia en el contrato de seguro, materializado en la declaración de asegurabilidad del tomador del contrato, que dé lugar a declarar probada la excepción de “*nulidad relativa del contrato de seguro derivado de reticencia*”, mostrando de qué manera cambia la interpretación de una sola prescripción normativa dependiendo de la interpretación que el juzgador haga de la misma.

Resulta necesario, traer al texto la preceptiva del artículo 1058 del Código de Comercio, que en lo pertinente consagra:

El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160.

Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente.

Para el efecto, se estudiará el manejo teórico del fenómeno de la reticencia, por parte de la Corte Suprema de Justicia -Sala Civil y Agraria- y la Corte Constitucional, a fin de visibilizar la tensión entre los actos de habla en el derecho colombiano.

### **3.4.1. El fenómeno de la reticencia en el contrato de seguro desde la interpretación de la Corte Suprema de Justicia**

Frente al artículo 1058 del Código de Comercio, transcrito en parte antecedente, son innumerables las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y comentarios de doctrinantes que resaltan que lo que quiso el legislador con ella fue arropar la falta de sinceridad del contratante y su obrar contrario a la buena fe, bajo la sanción de la nulidad relativa, con lo cual, en ejercicio de una actividad que le es propia y para la cual se halla facultado, construyó un régimen particular que inclusive alcanza a superar en sus efectos el ordenamiento común de los vicios del consentimiento; y, que debe, por tanto, existir una relación causal entre el vicio de la declaración (llámese inexactitud o reticencia) y el consentimiento del asegurador, cuyo error al celebrar el contrato o al celebrarlo en determinadas condiciones sólo ha podido explicarse por la deformación del estado del riesgo imputable a la infidelidad del tomador. Existen múltiples y extensas sentencias proferidas por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que han interpretado el aludido precepto, algunas de las exigencias que se han mantenido a través del tiempo para el tomador del seguro son la ausencia de intención dolosa, del ánimo de defraudar, vale decir, el actuar de buena fe, la ubérrima bona fides de que se habla.

Ha sostenido inveteradamente la Corte que en lo tocante al Contrato de seguro el concepto de buena fe adquiere mayor severidad porque, tanto en su formación como en su ejecución se supedita a una serie de informaciones de las partes, que muchas veces no implican verificación previa. Dicha información es entregada por el tomador o asegurado al momento de solicitar el seguro, y la exigencia de nuestro máximo tribunal de la justicia ordinaria es que se haga con pulcritud, que sean verídicas y que no haya callado ni ocultado circunstancias que de conocerlas el asegurador, no habría consentido en el contrato, o habría consentido en él bajo condiciones diferentes.

Las exigencias legales sobre la obligación de declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para apreciar exactamente el riesgo que se va a cubrir, además de ser requisito del objeto, constituyen la motivación para contratar, para que el asegurador pueda conocer en toda su extensión el riesgo que va a asumir.

Dichas exigencias, a la luz de la jurisprudencia edificada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, deben cumplirse cualesquiera que sean las circunstancias en que se produzca, en últimas, lo primordial, es que las declaraciones que el tomador del seguro haga, sean sinceras, exactas y sin reticencias, y si no tienen dichas características, producen la nulidad relativa del contrato de seguro o la modificación de las condiciones.

Y es que el actual artículo 1058 del Código de Comercio correspondía al artículo 881 del proyecto de código mercantil del año 1958, norma respecto de la cual destacaron los redactores de aquella época que *“protege o resguarda la integridad de los principios que dicen relación a la declaración acerca del estado del riesgo. Somos absolutamente conservadores a este respecto. Más que conservadores, reaccionarios... El tomador está obligado a declarar con absoluta objetividad el estado del riesgo (...) Al tomador hay que exigirle el máximo de celo para asegurar el desenvolvimiento natural de los negocios de seguros”*.

Una de las características más importante de la jurisprudencia edificada por la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, tiene que ver con la consideración según la cual la sanción de nulidad relativa del contrato de seguro, emerge con el solo hecho de la falta de sinceridad del tomador, sin que sean relevantes las circunstancias que dieron lugar a dicho comportamiento. Ha enseñado el órgano de cierre de la justicia ordinaria que: ***No importan, por tanto, los motivos que hayan movido al adquirente para comportarse sin fidelidad a la verdad, incurriendo con ello en grave deslealtad que a su vez propicia el desequilibrio económico en relación con la prestación que se pretende de la aseguradora, cuando se le ha inquirido para que dé informaciones objetivas y de suficiente entidad que le permitan a ésta medir el verdadero estado del riesgo; sea cual haya sido la razón de su proceder, con intención o con culpa; lo cierto es que la consecuencia de su actuar afecta la formación del contrato de seguro, por lo que la ley impone la posibilidad de invalidarlo desde su misma raíz.***

Resulta de importancia para esta investigación evidenciar cómo el tratamiento dado por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia al fenómeno de la reticencia ha posibilitado que se haya consolidado una línea jurisprudencial en sede de este alto tribunal, en la que se da prevalencia a los conceptos edificados sobre la figura en estudio, sin importar consideraciones de orden subjetivo que podrían morigerar los efectos de la nulidad relativa que se aplica de manera consecucional.

En últimas, se evidencia que el uso del lenguaje por parte de la Corte Suprema de Justicia, que ha marcado criterios sólidos desde su postura en la que prevalece <<el concepto>> en la aplicación de la prescripción normativa analizada, con los contundentes efectos en la relación contractual asegurador-tomador.

### **3.4.2. La reticencia desde la hermenéutica empleada por la Corte Constitucional**

Vemos como la constitucionalización del derecho no ha sido ajena al derecho comercial, y dentro de este al área de los seguros, es así como en la sentencia T-282/ 2016 se refirió al tema que ocupa nuestra atención, indicando que se deben tener en cuenta principios y criterios para determinar la vulneración de los derechos fundamentales del tomador, cuando la aseguradora alega reticencia. Y para el efecto atribuye a las aseguradoras una serie de obligaciones, para que se considere procedente el impago del seguro con fundamento en el fenómeno de la reticencia, entre las cargas que deben cumplir las aseguradoras, están: i) en virtud del principio de buena fe, tienen la obligación de redactar precisa y taxativamente todas las exclusiones posibles; ii) tienen la obligación de realizar exámenes médicos con anterioridad a la suscripción del contrato, con el objetivo de determinar de forma real y objetiva la situación de salud del tomador; iii) en caso de que no se practiquen los exámenes médicos, la aseguradora tiene la obligación de probar la mala fe del tomador, iv) si el asegurador conocía, podía conocer o no demuestra los hechos que dan lugar a la supuesta reticencia, no podrá eximirse de la obligación del pago del seguro, y v) probar el nexo de causalidad entre la preexistencia alegada y la ocurrencia del siniestro.

Ha indicado la Corte que las cargas impuestas a las aseguradoras tienen como finalidad: *proteger los derechos fundamentales de los tomadores, quienes, en su mayoría, son usuarios del sistema financiero que se ven compelidos a garantizar un crédito a través de la suscripción de un contrato de seguro de vida, el cual es un negocio jurídico adicional al contrato principal del usuario con el banco.*

En síntesis, ha señalado la Corte, que un incorrecto ejercicio de las facultades otorgadas a las entidades del sistema financiero, como es el caso de los bancos y de las aseguradoras, puede dar lugar a un abuso de la posición dominante de dichas entidades, y a la consecuente vulneración de derechos fundamentales de los usuarios, para el efecto ha atribuido la Corte a las entidades mencionadas, la responsabilidad de valoración de las pruebas aportadas, que se traduce en la obligación jurídica de evaluar de forma adecuada y razonable la causa que origina los incumplimientos contractuales o los siniestros, previamente a determinar si es procedente el adelantamiento de un proceso ejecutivo por razón de un presunto incumplimiento contractual, o la objeción al pago de la indemnización por razón del fenómeno de la reticencia.

Se concluye que la inversión de la carga de la prueba de la relación de causalidad entre la preexistencia alegada y la ocurrencia del siniestro (desde la jurisprudencia constitucional recae en la aseguradora y no en el tomador) previene que los usuarios reciban objeciones por razón de preexistencias que en nada inciden con la ocurrencia del siniestro.

Se tiene que la aseguradora tiene una doble carga: i) probar el nexo de causalidad entre la preexistencia alegada y la ocurrencia del siniestro, y ii) demostrar que el tomador actuó de mala fe, y que voluntariamente omitió la comunicación de la información que se echa de menos.

Por manera que, al momento del juez analizar un caso concreto y siguiendo la jurisprudencia edificada por la Corte Constitucional sobre la materia, la aseguradora debe cumplir con la carga de traer al proceso el elemento objetivo de la reticencia, esto es, una preexistencia cuya relación con la ocurrencia del siniestro esté debidamente probada, asimismo, tiene el deber de demostrar la existencia del elemento subjetivo, a saber, la mala fe del asegurado

al momento de diligenciar la declaración de asegurabilidad. Con el objeto que pueda predicarse la procedencia de la objeción al pago de la indemnización por parte de la Compañía aseguradora.

### **3.5. Caso concreto del cual surgió la Investigación: Experiencia personal**

Proceso verbal de responsabilidad civil contractual adelantado por el señor Arturo Buendía Cañas - ABC (se advierte que los nombres y datos sensibles han sido cambiados para proteger la identidad de los intervinientes) frente a BBVA seguros de vida Colombia S.A y el Banco BBVA Colombia S.A. Tramitado en el **Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales**.

**La Demanda:** A través de la acción el demandante pretendió: (i) que se declare responsable contractualmente a BBVA Seguros de vida Colombia S.A. “COMPañÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A.” y a la entidad bancaria BBVA Colombia S.A. (ii) Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a los demandados a cancelar los siguientes rubros: a) Reintegrar las sumas que le fueron debitadas de su cuenta corriente durante los meses abril 01 de 2015 hasta abril 28 de 2016, relación que se anexa a la presente demanda del Crédito No. 638-9600130310, los cuales suman: \$20.891.200,8 b) Reintegrar las sumas que le fueron debitadas de su cuenta corriente durante los meses marzo 16 de 2015 hasta abril 15 de 2016, relación que se anexa a la presente demanda del Crédito No. 158-9601271790, los cuales suman: \$27.547.027,88. Para un total de (\$48.438.228,68) c) Cancelar los intereses generados sobre los valores debitados así como la indexación y corrección monetaria. (iii) Que se condene a BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. “Compañía de Seguros de Vida S.A.” a cancelar a la Entidad Bancaria por saldo insoluto de las siguientes obligaciones: crédito #638-9600130310, saldo: \$122.888.356,21; crédito # 158-9601271790, saldo: \$33.590.977,20. Más los intereses que se hayan generado sobre las sumas citadas. iv) Se condene a los demandados a pagar las siguientes sumas de dinero por concepto de perjuicios patrimoniales –DAÑO EMERGENTE: a) Condenar a las demandadas a pagar a favor del señor JOSE ISLEN RAMÍREZ TORO suma equivalente a las cuotas debitadas y abonadas al crédito No. 638-9600130310 desde el 01 de abril de 2015 hasta 28 de abril de 2016 y del crédito No. 158-9601271790 desde el 16 de marzo de 2015 hasta abril 15 de 2016, capital que se vio obligado a conseguir para la cancelación de las cuotas,

viéndose obligado a vender sus pocos bienes y a realizar préstamos extrabancarios, ya que no ha podido ni podrá volver a laborar. v) Que se condene a los demandados a pagar dichas sumas de dinero en forma indexada y actualizada al momento de realizar el pago efectivo. vi) Oficiar al Banco BBVA con el fin de que dé cumplimiento a la orden impartida en fallo de tutela del Juzgado Quinto Civil del Circuito. vii) Que se condene a los demandados al pago de costas y demás gastos que ocasione el presente proceso.

**Los hechos en los que sustentó sus peticiones se pueden sintetizar así:**

Que el señor ABC, adquirió dos créditos con el Banco BBVA S.A. en oficinas de esta ciudad, uno por valor de \$80.000.000, con fecha 18 de enero de 2013 que se y otro por valor de \$130.000.000 de fecha 20 de febrero de 2014.

Que comenzó a sufrir síntomas de la enfermedad que lo incapacitó en el mes de Marzo de 2015, cuyo diagnóstico fue debidamente confirmado durante ese mismo año.

La enfermedad diagnosticada no le permitió seguir con su vida normal y lo incapacitó totalmente. Fue calificado por la Junta Regional de Invalidez con pérdida de la capacidad laboral y ocupacional, con un porcentaje de 53.8% con fecha de estructuración de invalidez el 09 de Septiembre de 2015.

Con posterioridad no pudo seguir cumpliendo con el pago de las cuotas pactadas con el Banco demandado y al solicitar que el pago fuera realizado por parte de la aseguradora demandada ésta alegó reticencia, pues en su historia clínica aparecían algunos padecimientos que no fueron informados al momento de diligenciar la declaración de asegurabilidad, aunque los mismos no guardaban relación con el diagnóstico que dio lugar a la pérdida de capacidad laboral.

Notificado BBVA Colombia S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la parte actora y propuso las excepciones de mérito que denominó: (i) falta de legitimación en la causa por pasiva del Banco BBVA Colombia S.A. y (ii) La consagrada en el artículo 306 del C.G.P.

Notificado BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos y propuso las excepciones de mérito

que denominó: (i) nulidad relativa del contrato de seguro derivado de reticencia. (ii) límite de las sumas aseguradas. (iii) prescripción, y (iv) la genérica o innominada.

El problema jurídico principal a solucionar en primera instancia consistió en: verificar, si quedó probada la reticencia por parte del demandante en la declaración de asegurabilidad que dió lugar a declarar probada la excepción de *“Nulidad relativa del contrato de seguro derivado de reticencia”*.

**Dentro de las consideraciones del fallo de primera instancia emitido el 9 de agosto de 2017, se argumentó:** Al momento de formular la excepción de nulidad relativa del contrato de seguro derivado de reticencia, indicó la aseguradora demandada: *“...Es de anotar que tratándose de reticencia, el nexo causal entre la enfermedad y la causa del fallecimiento o la invalidez no tiene importancia alguna, ya que la ley estipula la obligación del asegurado, de declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinen su estado del riesgo...”*

Sin embargo, los pronunciamientos de La Corte a los que se ha venido haciendo alusión imponen a la aseguradora demandada el deber de probar el nexo de causalidad entre la ocurrencia del siniestro (la enfermedad diagnosticada en 2015) y las condiciones médicas preexistentes del señor ABC, a saber, cervicalgia, artrosis, síndrome metabólico, lumbalgia, narcolepsia y artrosis bilateral de caderas. Ya que, en palabras del máximo tribunal constitucional esta obligación, es una garantía esencial del derecho fundamental al debido proceso de los tomadores de seguros de vida. Dentro de las pruebas que trajo la parte demandante al proceso, obra constancia expedida por el médico tratante del señor ABC, en la que de manera contundente dictamina: *“Como médico tratante del señor ABC considero que no hay relación de causalidad directa entre las patologías tratadas previamente y el diagnóstico del 2015”*

Y dentro de las consideraciones del despacho de primera instancia se adujo que el concepto médico ofrecía la mayor credibilidad, aunado al hecho de que cualquier persona, utilizando el sentido común, logra deducir que efectivamente las patologías que obran en la historia clínica del señor ABC con anterioridad a la suscripción de las declaraciones de asegurabilidad no guardan

ninguna relación con los diagnósticos que dieron lugar a que fuera declarada la pérdida del 53,8 de su capacidad laboral.

En conclusión, encontró el Despacho que en el presente caso no se cumplió por parte de la entidad aseguradora con la carga de traer al proceso el elemento objetivo de la reticencia, esto es, una preexistencia cuya relación con la ocurrencia del siniestro esté debidamente probada, asimismo, incumplió con su deber de demostrar la existencia del elemento subjetivo, a saber, la mala fe del asegurado al momento de diligenciar la declaración de asegurabilidad. Indicando que la objeción al pago de la indemnización no resultaba procedente y por tanto, declaró contractualmente responsables a las entidades demandadas.

**Sentencia Civil de Segunda Instancia calendada el 9 de agosto de 2018 proferida por el H. Tribunal Superior de Manizales – Sala Civil Familia**

En la sentencia de segunda instancia el Tribunal revocó la decisión de primera instancia con fundamento en la jurisprudencia edificada por la Corte Suprema de Justicia sobre el fenómeno de la reticencia y declaró probada la excepción de nulidad relativa del contrato de seguro derivada de la reticencia propuesta por la entidad aseguradora demandada.

Como fundamento de lo anterior, indicó que sí se presentó reticencia, aduciendo que por el solo hecho que el señor ABC *“hubiera omitido declarar su verdadero estado de salud”* conlleva a la declaración de nulidad relativa del contrato de seguro en virtud de lo estipulado en el artículo 1058 del C. Comercio; agregando que la falladora de primera instancia erró al considerar necesario revisar si existía nexo causal entre la enfermedad que llevó a la muerte al asegurado y las patologías preexistentes y no declaradas, concluyendo que no era dable premiar al tomador de la póliza con la exoneración de responsabilidad, cobijándolo con buena fe, cuando no fue sincero.

**Acción de tutela de primera instancia tramitada por la Sala Civil, Familia y Agraria de la Corte Suprema de Justicia.**

La sucesora procesal del señor ABC (q.e.p.d.) interpusieron Acción de tutela en contra de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Manizales con la pretensión que se revocara la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Manizales el 9 de agosto de 2018.

Mediante sentencia del 13 de diciembre de 2018, fueron denegadas las pretensiones expuestas en la acción de tutela, argumentando que la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior no incurrió en la anomalía enrostrada, toda vez que la decisión estaba sustentada en una postura respetable, asentada en ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales que le corresponden.

Lo anterior en virtud a que el tomador del “seguro de vida grupo deudores”, contestó el formulario alusivo al padecimiento de enfermedades de manera negativa, a pesar de comprobarse que desde tiempo atrás a la data en que suscribió la póliza que contrató, venía padeciendo dolencias de salud, desplegando mala fe en su actuar, lo que desencadenó la configuración de la “reticencia”.

En tal sentido plasmó sendos extractos jurisprudenciales, indicando que los Jueces de tutela, no pueden revisar nuevamente la decisión de los jueces ordinarios que conocieron del trámite y los recursos, como si la acción Constitucional estuviese concebida como un medio de impugnación paralelo.

**Impugnación fallo de tutela proferido el 13 de diciembre de 2018. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral. Sentencia del 27 de febrero de 2019.**

Revocó el fallo impugnado, concediendo el amparo reclamado por la sucesora procesal del señor ABC, disponiendo dejar sin efectos la sentencia proferida el 9 de agosto de 2018, dictada por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Manizales. En tal sentido, ordenó proferir una nueva decisión atendiendo las consideraciones expuestas en el citado fallo de tutela en segunda instancia.

Como fundamento de dicha decisión, consideró esa H. Corporación, que la accionada no realizó un análisis probatorio con apoyo del precedente constitucional al determinar si hubo

reticencia por parte del tomador del seguro, lo cierto de caso, es que, para alegar la nulidad del contrato, se debe verificar si los hechos omitidos “*preexistencias*” guardan relación con el siniestro, formula equivalente al estudio del nexo causal en los casos que la aseguradora alega “reticencia”.

Para tal efecto citó, diferentes precedentes jurisprudenciales condesados en la sentencia T 658 de 2017, concluyendo que la obligación de demostrar el nexo causal entre las enfermedades que padecía el señor ABC al momento de suscribir los contratos de seguro, así como la mala fe del causante en la celebración de los mismos, recaía en BBVA Seguros Colombia S.A.

*“el diagnostico (X) que le ocasionó la muerte, le fue detectado en fecha posterior a aquellas y su estructuración se dio por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas, el 9 de septiembre de 2015, hecho que quedó suficientemente probado en el proceso, además que no fue objeto de recurso por parte de la aseguradora”*

Significando con ello, que la omisión del tomador de informar su estado de salud al momento de suscribir el contrato, resultó irrelevante, ya que para ese momento no tenía conocimiento de la patología que ocasionó el siniestro, descartando así, un actuar de mala fe. Resaltando por demás, que la aseguradora no fue diligente en verificar la situación de salud del actor, a pesar de ostentar la autorización para consultar su historia clínica.

Dentro de sus consideraciones expuso: *“de lo anterior queda demostrado, que se equivocó el Tribunal Superior de Manizales Sala Civil Familia cuando revocó la sentencia de primera instancia, sin detenerse a analizar en su conjunto todos los supuestos, las pruebas y los antecedentes que sobre el asunto han fijado los órganos de cierre de la Jurisdicción constitucional, en su tarea de equilibrar las cargas en los negocios jurídicos celebrados con las entidades del sector financiero...”*.

**Sentencia 30 de abril de 2019** emitida por la Sala Civil-Familia del H Tribunal Superior de **Manizales**, acatando las consideraciones expuestas mediante fallo de tutela de segunda instancia proferido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral del 27 de febrero de 2019.

Luego de referirse al contenido de la Sentencia emitida por la H. Corte Suprema de Justicia y efectuar nuevamente al análisis probatorio, hizo una diferenciación entre las figuras de reticencia y preexistencia.

Aludió a que las cargas que debía cumplir la demandada (aseguradora) cuando existe reticencia, además de probar el elemento objetivo “*nexo de causalidad condición médica preexistente y el siniestro*” implica la obligación de probar el elemento subjetivo, esto es la mala fe del tomador, y el deber de realizar el examen médico o solicitar la historia clínica del tomador antes de suscribirse el contrato de seguro.

Refirió que la junta regional de invalidez de Caldas determinó que el demandante tenía una PCL del 53.8% con fecha de estructuración 9 de septiembre de 2015, que la aseguradora incumplió sus deberes, que no comprobó la mala fe del demandante ni se comprobó el nexo de causalidad, no relacionó la preexistencia con las enfermedades que dieron lugar al siniestro. Tampoco se aportaron pruebas técnicas que determinaran que en efecto dichas enfermedades fuesen el nexo que condujeran al diagnóstico que finalmente generó el siniestro.

Argumento asimismo que, no se demostró que el demandante obrara con la intención de ocultar su situación particular, lo cierto es que las patologías previas deben conjugarse con un obrar malintencionado por el tomador, resaltando que la reticencia exige la existencia de mala fe.

Así las cosas, confirmó la sentencia emitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales el 9 de agosto de 2017 en cuanto a la no configuración de la reticencia alegada.

La solución del caso expuesto, nos muestra como los diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional en sede de tutela, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los tomadores de seguros -sobre todo el debido proceso- han significado un cambio en el tratamiento del fenómeno que concita nuestra atención, ya que en observancia de la prevalencia de la norma constitucional, establecida en el artículo 4 de su texto, la interpretación adoptada por la Corte en aplicación de la hermenéutica constitucional, ha dado lugar a que los jueces ordinarios, en la jurisdicción civil, adopten dicha interpretación -desde lo fáctico-

apartándose de la interpretación -conceptual- que había asumido inveteradamente la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, cualquier inexactitud en la declaración de asegurabilidad daba lugar a la nulidad relativa del contrato de seguro.

Ha quedado pues, evidenciado que la Corte Constitucional al proferir sus sentencias usa herramientas de la filosofía del lenguaje en el análisis del lenguaje jurídico, siendo la teoría de John L. Austin de Hacer cosas con palabras y los Actos de habla de Searle, el procedimiento que hace plausible que la tensión entre una y otra Corte ceda de modo que una conserve su aparato conceptual mediado por la ratio decidendi de la Corte Constitucional, y a su vez, la Corte Constitucional parta del concepto para resolver un problema interpartes sobre derechos fundamentales, dejando incólume el objetivo que tienen las dos altas Cortes, cual es, la pretensión de corrección del derecho. Sin desconocer, que todos los jueces de nuestro país hacemos parte de la jurisdicción constitucional, y en dicho sentido, aun cuando resolvemos problemas jurídicos del derecho privado, debemos armonizar la aplicación de la ley con la salvaguarda de los derechos fundamentales. Por tanto, también debemos usar las valiosas herramientas que nos brinda la filosofía del lenguaje a la hora de proferir nuestros actos de habla ilocucionarios.

Por otra parte, la aplicación anterior también se puede extender al derecho Penal como lo mostró Miguel Polaina en su libro: *Cometer delitos con palabras*.

Sin lugar a equivocación, la filosofía del lenguaje y concretamente la teoría de los Actos de habla nos permite afirmar que es de gran importancia en el derecho en general. Y por ello, podríamos decir que es fundamental para la construcción de las sentencias, de los derechos, de las transacciones, de las relaciones humanas, en general.

## Conclusiones

Se mostró como la entronización de la constitución política de 1991 y los derechos fundamentales, las sentencias de tutela o de control de constitucionalidad de la ley, como registramos de modo exhaustivo en el texto de esta tesis, emergió un lenguaje constitucional bajo el método hermenéutico que por supuesto, de regla abierta, se contraponen a las reglas de la Corte Suprema y su jurisprudencia, y permite al Juez constitucional, expedir *ratios decidendis* o sub-reglas *erga omnes* que emitidas se comportan como reglas constitutivas.

Sin duda, en el ámbito que nos concita – la filosofía del lenguaje – y es significativo en esta tesis, es que logra sostener que (i) las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de sus jueces a todo nivel, son actos ilocucionarios con reglas constitutivas propias, (ii) las sentencias de la Corte Constitucional y los jueces constitucionales, son actos ilocucionarios con reglas propias – diferentes a las de la CSJ – y (iii) que en ambos escenarios, son transversales y se usan, las teorías de los actos de habla de Austin enriquecida por Searle.

Y lo relevante, que la investigación para la tesis emergió una hipótesis que logramos defender: en ambos escenarios de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, en extensión general los Jueces y todos los que participan en el sistema jurídico – de modo consciente o inconsciente, pero por espejo – aplican lo que se ha denominado método Searle: entendido como el procedimiento integral por etapas consecutivas e inexorables para generar el acto ilocucionario sentencia judicial: (a) predicación, (b) referencia, (c) proposición, (d) reglas propias del sistema, (e) significado.

Y este es el momento cumbre de un acto de habla ilocucionario en el sistema jurídico colombiano, la sentencia y que prueba que el método Searle existe y está vigente (el artículo 280 del Código General del Proceso, regula el contenido de la sentencia): “administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley”.

Asimismo, se ha hecho latente que a raíz de la creación de la Corte Constitucional en 1991, y la emisión de sentencias que pretenden resolver problemas jurídicos relacionados con la

vulneración de derechos fundamentales en la aplicación de la figura de la nulidad relativa del contrato de seguro, con fundamento en la reticencia o inexactitud del tomador del seguro a la hora de diligenciar la declaración de asegurabilidad por parte de las aseguradoras, como fundamento para negar el pago de seguros, la doctrina inveterada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha debido ceder ante consideraciones hermenéuticas de raigambre eminentemente constitucional.

Indudablemente dicho cambio en la concepción de la reticencia generó en su momento un choque entre las Cortes de cierre, en el que finalmente ha logrado abrirse paso la hermenéutica como método de interpretación; aunque en la actualidad no pueda hablarse de “armonía” en cuanto al manejo del concepto objeto de análisis, si se ha presenciado el tránsito de una interpretación eminentemente positivista a una constitucionalista en la que los jueces no pueden aplicar la figura de la reticencia a rajatabla.

En la interpretación arraigada hace décadas en la Corte Suprema de Justicia, al analizar el concepto de buena fe en el contrato de seguros, siempre se ha exigido al tomador que su actuación esté en el marco de la uberrima bona fides (de máxima buena fe). Y el fundamento de dicha exigencia estriba en las características particulares del contrato de seguro, que implican que la información previa recogida en la etapa pre-contractual del negocio de seguros, incidan, tanto en la formación como en la ejecución del contrato.

Mientras que, con la constitucionalización del derecho, de la mano de la Corte Constitucional, las aseguradoras deben probar la mala fe del tomador del seguro. De donde se sigue que no todas las inexactitudes vertidas en la declaración de asegurabilidad se muestran suficientes para pregonar la nulidad relativa del contrato de seguros, pues solo en aquellos eventos en que el punto no declarado tenga relación directa con la ocurrencia del siniestro pactado, puede alegarse por parte de la aseguradora la reticencia como excepción para negarse al pago de la póliza contratada.

## Referencias

- Austin, J.L. (2009). *Como hacer cosas con palabras*. Barcelona, España: Planeta.
- Botero, D. (2004). *Martín Heidegger: la filosofía del regreso a casa*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Candamil, J.G. (2013). *De la grundnorm a la metanorma constitucional*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.
- Carrió, G. (1990). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo- Perrot.
- Doxiadis, A., Papadimitriou, C.H. y Papadatos, A. (2017). *Logicómix: una búsqueda épica de la verdad*. Barcelona, España: Salamandra.
- Esser, J. (1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona, España: Editorial Bosch.
- Fo, J., Tomat, S. y Malucelli, L. (2006). *El libro prohibido del cristianismo*. Ciudad de México, México: Editorial Lectorum.
- Gadamer, H.-G. (2004). *Hermenéutica de la modernidad: conversaciones con Silvio Vietta*. Madrid, Colombia: Trotta.
- García Amado, J.A. (1997). Ernst Fuchs y la doctrina del derecho libre. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 803-825.
- Kant, I. (1997). *Critica del juicio*. Madrid, Colombia: Colección Austral.
- Llinás, M. (2002). *Lenguaje jurídico. Filosofía del lenguaje*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- MacCormick, N. and Summers, R. (1991). *Interpreting statutes. A comparative study*. London, England: Routledge.
- Nino, C.S. (1999). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona, España: Ariel.
- Olivercrona, K (2013). *Lenguaje jurídico y realidad*. Ciudad de México, México: Universidad Autónoma de México.
- Patiño, A (2015). *Como hacer el derecho con palabras*. Revista Jurídicas, 12 (1), 59-77
- Polaino N, M y Polaino-O, M. (2005). *Cometer delitos con palabras*. Madrid, España: Dykinson.
- Ross, A. (1951). Tû-Tû. Harvard Law Review, 70(5), 812-825.
- Searle, J. (2017). *Actos de habla*. Madrid, España: Catedra.
- Searle, J. (2005). *Libertad y neurobiología: Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*. Madrid, España: Paidós.
- Sófocles. (2014). *Antígona*. Recuperado de <https://dramaticas.una.edu.ar/assets/files/file/artes-dramaticas/2014/2014-ad-una-cpu-2015-texto-antigona-sofocles.pdf>.
- Steiner, G. (2001). *Heidegger*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Weber, M. (2014). *Economía y sociedad*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Zuleta, E. (1996). *Lecciones de filosofía*. Bogotá, Colombia: Universidad del Valle.