

La vigencia de la reticencia como causal de nulidad relativa en el contrato de seguro de vida deudores frente a la constitucionalización del Derecho*

Héctor Darío Herrera Henao**

Resumen

El seguro de vida grupo deudores, protege a un grupo de deudores por parte de quien le apareja un interés asegurable, es decir de un mismo acreedor, y su finalidad es la de garantizar el pago de las obligaciones adquiridas por los asegurados para con el acreedor (tomador), por los eventos cubiertos por la póliza. Además, busca garantizar el pago de una obligación, cuando, como consecuencia de la muerte o de la pérdida total o parcial de la capacidad productiva de un deudor, se presenta el incumplimiento de una obligación crediticia; y ha sido la figura de la reticencia, a lo largo del tiempo, la que ha determinado el pago o no de los riesgos amparados y la reputada posición dominante de las aseguradoras.

Hasta la promulgación de la Constitución de 1991, y en un marco legal estrictamente positivista, la Corte Suprema fue equilibrando la posición dominante de las aseguradoras, al imponerles obligaciones, en la etapa de asegurabilidad, que cada vez hicieron más exigente la demostración de la existencia de la reticencia en el contrato de seguro. A partir de la Constitución de 1991, en el marco de un Estado Social de Derecho y con la llegada de las nuevas doctrinas constitucionales y el surgimiento del post positivismo, la reticencia, y su papel, el otrora cimiento del contrato de seguro de vida sobre la que reposaban la ubérrima buena fe y la confianza de las partes, se ha venido diluyendo, porque lo que hoy prima, no es que el asegurado haya faltado a la verdad en la etapa de la asegurabilidad, sino que exista de por medio, al momento del siniestro y de la reclamación, una posible vulneración de un derecho del que sean titulares el asegurado o sus beneficiarios. Esto ha hecho que la figura de la reticencia haya perdido su vigencia y ha llevado a repensar la eficacia de esta.

* Artículo de posgrado para acceder al título de magister en Derecho Contractual Público y Privado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. “La reticencia como causal de nulidad relativa en el contrato de seguro de vida deudores, una figura jurídica en crisis, como resultado de la constitucionalización del derecho”.

** Abogado de la Universidad La Gran Colombia, Especialista en Gerencia Estratégica de Mercados del Politécnico Grancolombiano, Conciliador en Derecho y profesor de Derecho Comercial y Societario de la Universidad de San Buenaventura sede Bogotá.

Palabras clave: Reticencia; nulidad relativa; positivismo; no positivismo; tesis de conexión, tesis de separación; pretensión de corrección; formalismo jurídico; derechos fundamentales.

Abstract

The debtor group life insurance protects a group of debtors on the part of whom an insurable interest is provided, that is to say, of the same creditor, and its purpose is to guarantee the payment of the obligations acquired by the insured towards the creditor (policyholder), for the events covered by the policy. In addition, it seeks to guarantee the payment of an obligation, when, as a consequence of the death or the total or partial loss of the productive capacity of a debtor, the breach of a credit obligation arises; and it has been the figure of reluctance, over time, that has determined the payment or not of the covered risks and the reputed dominant position of the insurers.

Until the promulgation of the 1991 Constitution, and in a strictly positivist legal framework, the Supreme Court was balancing the dominant position of the insurers, by imposing obligations on them, in the insurability stage, which made the demonstration of reluctance in the insurance contract. Beginning with the 1991 Constitution, within the framework of a Social Rule of Law and with the arrival of the new constitutional doctrines and the emergence of post positivism, reluctance, and its role, the former foundation of the life insurance contract on The one that was based on the extremely good faith and the trust of the parties, has been diluted, because what prevails today is not that the insured person has lacked the truth in the insurability stage, but that there is a way, by At the time of the loss and the claim, a possible violation of a right owned by the insured or their beneficiaries. This has caused the figure of reluctance to lose its validity and has led to rethinking its effectiveness.

Key words: Reluctance; relative nullity; positivism; not positivism; connection thesis, separation thesis; claim to correction; legal formalism; Fundamental rights.

1. Introducción

La reticencia u ocultamiento de información fue siempre el bastión de la seguridad jurídica en el contrato de seguro de vida deudores, visto desde la óptica de las aseguradoras; y visto desde los asegurados, era un obstáculo legal que impedía que se hiciera efectiva la reclamación al momento de presentarse el siniestro. La reticencia es una de las razones por las cuales se predica que, en la relación jurídica derivada del contrato de seguro, la aseguradora, tiene la posición dominante.

Las aseguradoras, atribuyéndose facultades que la ley no les había otorgado, abusaron de su posición y se dieron a la tarea de negarse al pago de siniestros, aduciendo el ocultamiento de información, cuando esta prerrogativa, era exclusiva de los jueces de la República. Fue solamente hasta casi terminado el siglo XX¹, cuando la Corte Suprema comenzó a exigirle a las aseguradoras que tuvieran una posición activa, como parte en el contrato, al indicarles que ellas, como conocedoras del negocio y como expertas en temas de seguros, estaban obligadas, al tenor del conocer o debido conocer del artículo 1058, a asegurarse de que las declaraciones entregadas por el potencial asegurado eran ciertas y que debía valerse de la ciencia para validar que los hechos informados eran ciertos.

Hasta este momento, es cuando comienza a equilibrarse la balanza de la relación contractual del seguro de vida, que desde la creación de la forma de aseguramiento, siempre estuvo inclinada en favor de las aseguradoras. La doctrina², dio un paso más en la búsqueda del equilibrio inter partes al incorporar la noción del “poder conocer” como obligación en cabeza de las aseguradoras, la que les imponía agotar todo atisbo de duda frente a las declaraciones de asegurabilidad, de tal suerte que agotadas todas las exigencias y de llegar a presentarse un hecho de salud desconocido, la única posibilidad que le queda agotar a la aseguradora para negarse al pago del siniestro es la de la mala fe del asegurado.

¹ Sentencia No 139, expediente No 4640, Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Civil.-Santafé de Bogotá, D.C., octubre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cinco (1995). Magistrado Ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta.

² (...) existe diferencia sustancial entre conocer, deber conocer y poder conocer. El inciso 4º del art. 1058 circumscribe la órbita de su aplicación a las dos primeras hipótesis, mas no a la tercera la intención de la ley claramente manifestada. Es que “el poder conocer” encierra un concepto más exigente que “el deber conocer”. Presupone un grado de diligencia más alto, una mayor penetración en el análisis del riesgo, así en su aspecto físico como en su aspecto moral. Con lo cual, dicho sea de paso, se entorpecería onerosa e innecesariamente la celeridad comercial de la actividad aseguradora. (Ossa, 1991, p. 350)

En medio de las teorías del post-positivismo (Atienza, 2013), dice:

El Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica un cierto objetivismo valorativo; por ejemplo, asumir que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral (en una moral universal y crítica, racionalmente fundamentada). (p.29)

Se ha generado entonces una tendencia preferente hacia estas nuevas doctrinas, de parte de algunos magistrados en especial de la Corte Constitucional, y se ve como en numerosas sentencias hay una inclinación de la Corte a amparar los derechos fundamentales, tales como la dignidad humana, la vida digna, el mínimo vital, el debido proceso, la vida, a la familia, a la alimentación, a la salud, la educación, la vivienda digna, la igualdad³, considerando a fondo el cumplimiento o no del contrato de seguro de vida, en su etapa precontractual, sin que lo que importe sea el cumplimiento o no de esta etapa del contrato y lo que prevalezca sea la primacía de los derechos fundamentales.

Las tesis de Alexy comienzan entonces a hacer carrera y a entronarse en las reflexiones jurisprudenciales de los jueces constitucionales, al hacer prevalecer el amparo del derecho vulnerado - teoría de la pretensión de corrección - en una clara muestra que la moral, ahora si dentro del derecho, es un factor preponderante dentro de las decisiones de los jueces, sin considerar si el fallo es intolerablemente injusto, como proponía Radbruch⁴ al decir que la idea de que las normas contrarias a principios básicos de la justicia (las que excluyen radicalmente la igualdad de trato, «tratan a los hombres como subhombres y les niegan

³ Sentencia T-057/95, Sentencia T-1008/99, Sentencia T-1165/01, Sentencia T-1091/05, Sentencia T-152/06, Sentencia T-517/06, Sentencia T-490/09, Sentencia T-832/10 Sentencia T-1018/10, Sentencia T-015/12, Sentencia T-751/12, Sentencia de Tutela T-751/12, Sentencia de Tutela T-342/13, Sentencia T-058/14, Sentencia de Tutela T-240/16, Sentencia T-222/14, Sentencia T-398/14, Sentencia T-571/14, Sentencia T-370/15, Sentencia T-402/15, Sentencia T-670/16, Sentencia T-591/17, Sentencia T-251/17.

⁴ La Fórmula introduce únicamente un límite excepcional en el [concepto de] derecho. Según ella, el derecho positivo sólo pierde su validez (Geltung) cuando, como dice Radbruch: «La contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza una medida de tal modo insoportable, que la ley, en tanto que 'derecho injusto' (unrechttiges Recht), ha de ceder ante la justicia». Tal es el caso cuando se traspasa el umbral del derecho extremadamente injusto. Podemos, por tanto, dar a la Fórmula de Radbruch esta redacción abreviada: El derecho extremadamente injusto no es derecho (Alexy, 2000; Atienza, 2013).

derechos humanos» [p. 40] o establecen penas absolutamente desproporcionadas) no son Derecho válido, sino solamente ejemplos de arbitrariedad (Radbruch, 1962).

Es dable afirmar, que en la aplicación de la justicia constitucional en Colombia, la teoría de la naturaleza dual del derecho de Robert Alexy, se empoderó y llegó para quedarse, al menos por el momento, desplazando el rigor del formalismo positivista, y que la tesis de la conexión fue aceptada y de la mano de ella la tesis según la cual, la moral y el derecho no están separados, si no que forman un todo, en especial en tratándose del amparo de derechos, en especial de derecho fundamentales⁵.

Que las aseguradoras aleguen la reticencia en la declaración de asegurabilidad como fundamento de la respuesta a la negativa de pagar la contraprestación por la concreción de alguno de los riesgos amparados, no tiene la fuerza, ni la credibilidad, ni la contundencia necesarias para sobreponerse a la vulneración de derechos constitucionales como la vida digna, al mínimo vital, al debido proceso, a la información, a la salud, a la dignidad humana, a la vivienda, al debido proceso, al buen nombre, a la salud o la integridad personal.

La reticencia, entonces ha venido convirtiéndose en una figura jurídica intrascendente, entrada en desuso, y casi que inaplicable, incluso, sin importar que la afectación generada, pueda ser gravemente injusta o intolerablemente injusta. Vale la pena entrar a considerar como elemento adicional la relación de causalidad, no entre el siniestro y el derecho vulnerado, y no entre el riesgo amparado y el siniestro.

Se busca además en este escrito y a través de cada uno de sus capítulos, responder a la pregunta ¿la reticencia u ocultamiento de información en el seguro de vida grupo deudores, es una institución jurídica entrada en crisis debido al nivel de ineficacia al que ha llegado, como resultado de las imposiciones trasladadas al asegurador en calidad de experto en la

⁵ La protección de derechos fundamentales podría no darse, por algún tipo de cuantificación más no de calificación de los derechos, que permita darles un trato en el que se vuelva relativo el alcance de su protección, como cuando por ejemplo la viuda en su calidad de beneficiaria de un seguro de vida deudores, demanda a la aseguradora buscando el reconocimiento del siniestro invocando la protección del derecho a una vivienda digna; sin embargo, la vivienda es una vivienda de 3500 millones de pesos, que de ser rematada, el banco podría cobrarse la deuda y quedar un excedente a la viuda/beneficiaria con el que bien podría acceder a una vivienda más modesta aún quedando sin deuda. Este sería el caso de un fallo que podría calificarse de gravemente injusto, porque no ampara el derecho, pero que en todo caso no sería intolerablemente injusto, porque se abre a las alternativas.

relación aseguraticia y si, como consecuencia de ello, el contrato de seguro de vida grupo deudores, estará de cara al replanteamiento de unos nuevos postulados constitutivos de nulidad?

Pregunta respaldada por el siguiente objetivo general : establecer si la figura jurídica de la reticencia o inexactitud frente al contrato de seguro de vida deudores en Colombia, como garantía adicional en el otorgamiento del crédito de vivienda, se encuentra en crisis y, puede incluso encontrarse en vía de extinción, gracias a que se ha privilegiado la protección de los derechos fundamentales sobre el hecho mismo de las declaraciones imprecisas de los asegurados; el cual a su vez se soportó con el objetivo específico de establecer la reticencia, como causal de nulidad relativa, en el contrato de seguro de vida deudores y el hecho de que es una figura jurídica en crisis.

Para el logro de estos objetivos se escogió el enfoque de la investigación cualitativa, con un diseño histórico-descriptivo, a través del método hermenéutico, la recolección se dio a través de la revisión documental de fuentes primarias y secundarias y finalmente como técnica de análisis, se utilizó el análisis de contenido, dado en cuatro momentos para llegar a la teorización: el primero la categorización, la cual inicio con la transcripción de la información protocolar, pasando por el establecimiento de unidades temáticas, para luego codificar; el segundo momento fue la estructuración, donde se presentó una síntesis descriptiva de los hallazgos; el tercer momento es la contrastación, en el que se utilizó la triangulación para comparar los resultados con los estudios paralelos o similares que se presentaron en el marco teórico referencial y finalmente la teorización, en donde se trató de integrar en un todo coherente y lógico los resultados de la investigación.

El objeto del plan metodológico fue aceptar o rechazar la hipótesis de investigación planteada, afirmando que la figura jurídica de la reticencia en el seguro de vida grupo deudores, es de alguna manera la materialización viva de la buena fe en este tipo de contratos; esto en la medida en la que el asegurador espera absoluta sinceridad del asegurado en cuanto a sus condiciones generales y específicas de salud, al momento de tomar el seguro, y en la misma medida el asegurado espera que le sea pagado el riesgo una vez acaecido el siniestro. No obstante con el amparo de ciertos derechos fundamentales aparentemente vulnerados por la negativa del pago del riesgo amparado y en presencia de situaciones de reticencia, esta

figura ha venido resquebrajándose y entrando en una fase de crisis al estar perdiendo su efectividad, toda vez que las aseguradoras igual han debido proceder a pagar los riesgos amparados, so pretexto de estar vulnerando derechos fundamentales de los asegurados, aun en presencia de inexactitud u ocultamiento de información.

2. Metodología

El acercamiento a los conceptos aquí bosquejados se da desde el paradigma cualitativo de la investigación, propio de las ciencias sociales, el cual prioriza la comprensión por encima de la explicación causal, por ende, evidencia el sentido lógico que tiene la relación de diversos elementos de las figuras jurídicas de reticencia y de nulidad relativa, aplicados a los contratos de seguro de vida de deudores. Desde esta línea, se asume una posición epistemológica, que tiene su punto de partida en la hermenéutica desde la visión de Gadamer (1993), quien plantea que, para llegar a la comprensión, el intérprete debe darle sentido al texto atendiendo a condiciones de contexto e historia, trascendiendo de las condiciones primarias del autor y de su público originario, esto no quiere decir que se deba prescindir de tales aspectos. Dicho en otras palabras: “el sentido está siempre determinado también por la situación histórica del intérprete, y en consecuencia por todo el proceso histórico” (p. 326). De esta manera, desde la reconstrucción progresiva del horizonte propio de interpretación es posible llegar a comprender el mundo del texto entablando un diálogo entre la distancia de ambas dimensiones.

Asumiendo dicho posicionamiento, las fuentes primarias residen en la ley y la jurisprudencia, teniendo como fuentes secundarias las disertaciones de la doctrina que reinterpretan a las primeras, es por ello por lo que el principal objeto de estudio son los conceptos contenidos en textos, en otras palabras:

El texto mismo tiene su contexto, que se ensancha con el paso del tiempo y con las múltiples interpretaciones de que es objeto; por consiguiente, el intérprete debe recibir no sólo el texto en su presencia física, objetiva, sino con los variados comentarios que se han hecho de él. Por consiguiente, puede el intérprete criticar, argumentar, captar en una totalidad las diferentes partes del texto, ubicándolos en el amplio contexto social; utilizar los procedimientos dialécticos que amplíen los significados captados con anterioridad, pues toda interpretación

implica innovación y creatividad en la medida en que la interpretación del texto o de la acción humana enriquezca su descripción o comprensión. (Martínez citado en Arráez, Calles y Moreno de Tovar, 2006)

Por otra parte, y desde el Derecho, entendido como un sistema organizado de manera coherente, que requiere de una comprensión vista como unidad funcional e integral, se privilegia el estudio de la norma como un elemento que forma parte de un todo, es decir, es un sistema jurídico que cuenta con una orientación teórica particular, la cual exige la apropiación de escuelas y métodos de interpretación específicos (López Medina citado en Perilla, 2015). Las orientaciones teóricas de tales sistemas se denominan iusteorías y se definen como “aquellos enfoques jurídicos que están llamados a permear de manera dúctil el sistema jurídico de acuerdo con las características del contexto del cual provienen” (Perilla, 2000, p. 5). Por lo tanto su contexto en ese sistema jurídico y su relación con otras fuentes permite entender que (i) el derecho es de naturaleza abierta, (ii) que no puede ser creado de manera exclusiva por el legislador y (iii) que los operadores jurídicos se deben alejar de las interpretaciones miméticas para aplicar interpretaciones auténticas (Perilla, 2015).

Por último se debe precisar que se trata de una investigación de carácter histórico-descriptivo, toda vez que se realiza el estudio desde la realidad histórica del contrato de seguro de vida deudores, las partes en este tipo de contratos, aseguradores y tomadores de un lado, y del otro, los asegurados, han tenido claras sus posiciones y condiciones al momento de la toma del seguro de vida, en la que la condición sine qua non para el asegurado es ser preciso y conciso con respecto a la situación de su estado de salud, lo que se ha constituido en una variable casi que inmutable en todos los tiempos.

3. La reticencia en el tiempo

Para dar cuenta de la metodología de un diseño histórico descriptivo, se trae a colación, un fragmento de la sentencia del año 1976 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del MP, José María Esguerra Samper, que da cuenta de las obligaciones de las aseguradoras para esas calendas, en cuanto a ahondar en la información suministrada por los asegurados:

"Si bien es cierto que el asegurador tiene la libertad de hacer averiguaciones tendientes a confirmar las declaraciones que suministren el tomador y a comprobar si no ha omitido dar información de alguna circunstancia que pueda influir en el riesgo, también es cierto que la ley no pone específicamente al asegurador la carga de realizar investigaciones para el objeto que se acabó de mencionar. Tal carga se la asigna la ley al tomador en la forma de obligarlo a obrar con extrema buena fe y de ser totalmente sincero en las declaraciones que suministre para lograr el consentimiento del asegurador".

Este extracto de sentencia, nos sirve de base para establecer una referencia en períodos de tiempo, que dan cuenta de qué manera ha cambiado la posición de las aseguradoras en la relación contractual del contrato de seguro.

Primer período: va desde el año 1971, hasta el año 1995. En este período la reticencia en el contrato de seguro reafirma la posición dominante de las aseguradoras, en relación contractual con los tomadores, asegurados y beneficiarios. El ocultamiento de información durante la formación del contrato permitía que las aseguradoras alegaran la nulidad relativa del contrato de seguro con la noticia de ocurrencia del siniestro y la reclamación del pago de la contraprestación debida. Esta condición dejaba en cabeza de tomador y asegurado toda la carga de la prueba y además todas las obligaciones emanadas del iter contractual (Corte Constitucional, 1992; Corte Suprema de Justicia, 1977)⁶.

Segundo período: a partir del año 1995, hasta el año 1999, la Corte Suprema de Justicia⁷ dio un paso importante en pro de establecer un equilibrio en la relación contractual en

⁶ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, julio veintiocho de mil novecientos setenta y seis (19769. MP: José María Esguerra Samper. GJ CLII Parte II No 2393 (1976), ...d) por último, las pruebas que la censura estima preteridas por el Tribunal (salvo que la misma compañía demandante a través de su sucursal de Cali, había negado el mismo seguro de incendio) no demuestran que dicha sociedad hubiera conocido o debido conocer esos hechos callados o deformados por las respuestas del tomador del seguro, sino, algunas de ellas, que hubiera podido conocerlas. Esa extrema diligencia y cuidado, correspondiente a la culpa levisima, no se le impone al asegurador; su responsabilidad en este contrato, a falta de disposición en contrario que la establezca expresamente solo llega hasta la llamada "culpa leve" (art. 83 inc. 3° C.C.). Por consiguiente no es razonable imponer a una sociedad aseguradora el deber de verificar la sinceridad y la exactitud de las declaraciones de un tomador del seguro haciendo indagaciones en todas las demás empresas dedicadas a la misma actividad mercantil...

⁷ Sentencia 4640 de 1995. Corte Suprema de Justicia, ... Y si por la naturaleza del riesgo solicitado para que sea asegurado y por la información conocida y dada por el tomador, la compañía aseguradora, de acuerdo

materia de seguro de vida grupo deudores, al interpretar el inciso final del artículo 1058 del Código de Comercio, y establecer el alcance de la acepción “debió conocer” y proponer que el actuar del asegurador iba más allá de presentar un formulario de aseguramiento o una hoja en blanco para declarar las condiciones de salud del tomador o del asegurado, y esta responsabilidad adicional del asegurador está encaminada a verificar, en caso de presentarse dudas en las declaraciones plasmadas en el formulario, mediante pruebas científicas. Esta situación que le permitiría al asegurador o bien sobre primar al asegurado, o bien abstenerse de otorgar el seguro.

Tercer período: entre los años 1999 y 2005, la Corte Suprema de Justicia quiso volver a las posiciones de la veintena 1975-1995, (Expediente 6146/2001 MP Carlos Ignacio Jaramillo, Expediente 9559/2005 MP Silvio Fernando Trejos Bueno) y devolverle los fueros a las aseguradoras, en una clara y evidente inclinación de la Corte a favor de estas, al decir que la buena fe excelsa del contrato de seguro, se extendía a lo largo de todo el inter contractual, en cuyo caso, de darse una enfermedad sobreviniente, de no ser declarada por el tomador o el asegurado, estaría poniéndolo en condición de ocultamiento de información (Corte Suprema de Justicia, 2001, 2005).

Cuarto período: A partir del año 2006, y sin que expresamente la Corte adopte la expresión acuñada por Ossa (1991) de “poder conocer”, sí hace un acercamiento paralelo a su alcance al exponer que es el asegurador el experto en materia de seguros, es además quien cuenta con los medios científicos, técnicos y económicos para dilucidar si existe o no, información oculta o callada en el formulario de asegurabilidad. Y, si teniendo a mano todos los recursos de los que dispone, no lo hace, pues con el acto del otorgamiento del seguro estaría avalando cualquier eventualidad posterior y de paso estaría saneando

con su experiencia e iniciativa diligente, pudo y debió conocer la situación real de los riesgos y vicios de la declaración, mas sin embargo no alcanza a conocerla por su culpa, lógico es que dicha entidad corra con las consecuencias derivadas de su falta de previsión, de su negligencia para salir de la ignorancia o del error inicialmente padecido.

Sentencia 4923 de 1999. Corte Suprema de Justicia. "Debido conocer" que es término utilizado por el art. 1058, hace referencia a que el actuar de la aseguradora al momento de determinar el estado del riesgo, debe ser diligente, o sea que no es de su arbitrio exigir del tomador una cualquier prueba o declaración, descartando o guardando silencio sobre aspectos relevantes, y mucho menos dejando a su sola voluntad las manifestaciones o pruebas para la determinación del verdadero estado del riesgo, sino que, se repite, debe asumir un comportamiento condigno con su actividad, dado su profesionalismo en tal clase de contratación.

cualquier posible existencia de una nulidad relativa por reticencia (Corte Suprema de Justicia, 2007)⁸.

Quinto período: Este período, que iniciaría en 2006, con la Sentencia T-517 de la Corte Constitucional del MP Marco Gerardo Monroy Cabra, está enmarcado en lo que se conoce como la nueva dogmática jurídica, la constitucionalización del derecho o el post positivismo, sentando un precedente importante en materia de seguros⁹. Para una mejor comprensión de este período (el presente) se hace necesario primero abordar el tema de la interpretación de la ley, toda vez que, es a través de esta, como se logra entender las diferentes posiciones adoptadas por los jueces a lo largo de la historia del contrato de seguro de vida deudores y es en el marco de la ley, a través del cual, los jueces definen el reconocimiento o no del riesgo amparado.

4. De la interpretación de la ley

Dando aplicación a la metodología de investigación cualitativa basada en el diseño histórico-descriptivo, se aborda este capítulo 4, de la interpretación de la ley, desde el Código Civil colombiano, que en su capítulo IV, también *de la interpretación de la ley*, propone en sus artículos 27 a 30, las diferentes formas de interpretación de la misma y su aplicación.

⁸ Sentencia T-832 de 2010, Sentencia T-222 de 2014, Sentencia T-430 de 2015, Sentencia T-830 de 2014.

La sentencia T-832 de 2010 fijaría unas subreglas muy importantes sobre exclusiones y preexistencias. En primer lugar, estableció "(i) que la carga de la prueba en materia de preexistencias radicaba en cabeza de la aseguradora y no del tomador del seguro y, en segundo lugar, (ii) que las aseguradoras no podían alegar preexistencias si, teniendo las posibilidades para hacerlo, no solicitaban exámenes médicos a sus usuarios al momento de celebrar el contrato. Por tanto, en esos eventos, no era posible exigirle un comportamiento diferente a los asegurados". En esa providencia, la Corte tuvo que estudiar un caso en el que una persona de cincuenta y cuatro años había adquirido un crédito con un banco, el cual habría sido amparado por la aseguradora. Ese seguro, nuevamente, operaría por pérdida de capacidad laboral superior al 50% o por muerte. Su ARP le dictaminó una disminución del 77.5%, y al carecer de recursos económicos, solicitó a la aseguradora el pago insoluto de la obligación amparada. No obstante, esa entidad se negó al pedimento de la interesada pues indicó que no había informado su verdadero estado de salud, previo a la celebración del contrato. Es decir, había preexistencias que impedían el pago de la póliza de conformidad con el artículo 1058 del Código de Comercio.

⁹ En tratándose de la actividad aseguradora las Compañías de Seguros tienen la libertad de expedir o no cauciones ordenadas por los jueces. Sin embargo, la negativa debe ser motivada por razones objetivas derivadas del estudio del riesgo y no por consideraciones subjetivas, o que no respondan a criterios de razonabilidad o proporcionalidad. Cuando se produce una tensión entre la libertad de contratación y derechos constitucionales fundamentales como el acceso a la administración de justicia, o el derecho a la reparación de las víctimas de un delito, deben prevalecer estos derechos. Por otra parte, no puede perderse de vista que en actividades de interés público no se puede atender exclusivamente a intereses pecuniarios con desconocimiento de la solidaridad o la necesidad de proteger, a la parte más débil o que se encuentre en estado de indefensión. Sentencia T-517/2006, Corte Constitucional, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

Según Echeverry (2019), nuestro sistema de derecho conocido como el Civil Law, se deriva de herencia romana posterior a la Ley de las 12 tablas, en donde, a partir de un sistema deductivo, la codificación de la ley se constituye en la premisa máxima para la resolución de controversias entre los particulares. En consecuencia, el juez interpretaba y aplicaba dicha ley al caso concreto para impartir justicia (Echeverry, 2019).

El antiguo intérprete, según plantea Martínez (2015) se transforma en un simple exégeta, en principio solo debe explicar las normas del Código y atenerse pasivamente a lo que estas prevén. El Código llega a comprender todo el derecho: “el pasado, recogiendo todo el derecho nacional, el entonces presente, y el futuro, previendo hasta sus propios cambios y posibles lagunas” (Narvaez, 2012, p. 156).

El concepto de Código al decir de Caroni (2013)¹⁰ debe necesariamente asociarse al de plenitud, al reconocerse como completo, sistemático, unívoco y autónomo: esto implica que sus postulados no admiten interpretaciones; y si bien, acepta la existencia de fuentes subsidiarias, estas solo pueden tener cabida en la medida en que no pongan en tela de juicio su supremacía (Martínez, 2015).

De tal suerte que, y sin duda alguna, es esta la base de las enseñanzas recibidas en las facultades de derecho, por quienes, hasta los años 80's y comienzos de los años 90's del siglo pasado, se encontraban cursando estudios de derecho y tenían claro, que la interpretación de la ley, se podía hacer de manera doctrinal, gramatical, exegética y sistemática y que lo establecido en los códigos, era *per se*, los lineamientos a través de los cuales, los jueces debían en estricto sentido, impartir justicia.

4.1.La estructura doctrinaria de la interpretación judicial

El connotado jurista Friedrich Karl von Savigny (1878) propuso una estructura de interpretación compuesta por cuatro elementos, para los cuales daba una explicación aduciendo que:

¹⁰ Creo que es fundamental insistir en este primer aspecto y unirlo al deseo de «plenitud» que siempre había impulsado la idea de la codificación. Bajo este punto de vista, el código era completo, sistemático y unívoco; se colocaba en el centro del ordenamiento jurídico, se consideraba autónomo o autorreferencial (Caroni, 2013).

El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento; es decir, el lenguaje de las leyes.

El elemento lógico, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes.

El histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer.

Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho, en el seno de una vasta unidad (§.5). El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquella ocupa en este sistema (a)¹¹. El estudio de estos cuatro elementos agota el contenido de la ley. Téngase presente que no son estas cuatro clases de interpretación, entre las cuales pueda escogerse (sic) según el gusto o el capricho, sino cuatro operaciones distintas, cuya reunión es indispensable para interpretar la ley (...) (p. 150)

Sin embargo, Savigny (1878), quiso hacer énfasis en lo siguiente:

El buen éxito de la interpretación depende de dos condiciones esenciales, en donde se resumen los caracteres de estos diversos elementos, y son, a saber: primero, debemos reproducir en nosotros mismos la operación intelectual en virtud de la cual se determinó el pensamiento de la ley; segundo, debemos traer a consideración los hechos históricos y el sistema entero del derecho para ponerlos en inmediata relación con el texto que tratamos de interpretar. De esta manera podremos explicarnos por qué encontramos algunas veces en sabios y reputados autores errores de interpretación que parecen increíbles, y en los que acaso no caería un estudiante distinguido, al cual se sometiera el mismo texto; fenómeno que podría hacernos sospechar de la rectitud de nuestros juicios, si no tuviéramos presente el alcance de las condiciones enumeradas. Estos errores se notan frecuentemente, sobre todo, en numerosas materias que constituyen una parte muy considerable é instructiva del Digesto. (p. 151)

¹¹ Dice Savigny al respecto de esta nota literal (a) El elemento sistemático forma también una parte esencial e integrante de la interpretación. Este elemento falta en los numerosos comentarios hechos sobre el derecho justiniano donde debería esperarse encontrarlo. Son, en efecto, en su mayor parte, comentarios dogmáticos y algunas veces históricos en donde el autor, con ocasión del texto, se extiende sobre las materias que con él se relacionan.

En cuanto a la interpretación gramatical, la Corte Constitucional colombiana, en sentencia del año 2016, hizo la siguiente apreciación:

Para la Sala, la interpretación gramatical que atiende la literalidad de un texto legal no resulta incompatible con la Constitución, en la medida que, contrario a lo argumentan los demandantes, la aplicación de dicha modalidad de interpretación en modo alguno puede ser comprendida como una licencia para dejar de aplicar los preceptos constitucionales, a partir del uso exclusivo de la norma de rango legal. Esta imposibilidad se infiere del mandato superior según el cual en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se deben aplicar las disposiciones constitucionales, como lo ordena el artículo 4º de la Carta. Llevando dicho premisa al caso analizado, se encuentra que, en realidad, el cuestionamiento de la validez constitucional que se plantea en la demanda parte de una interpretación equivocada de la disposición legal acusada, que no desconoce uno de los postulados axiales del Estado de Derecho, como lo es, el principio de la supremacía constitucional. (Corte Constitucional, 2016)

Por consiguiente, la labor del juez, al impartir justicia, dice Echeverry (2019), consistía en la adecuación del postulado normativo (de forma directa o a través de la analogía) a la realidad fáctica con la finalidad de decidir de la mejor forma una problemática que llegara a su conocimiento. Por ello, el sistema de análisis era netamente de carácter deductivo en donde la norma se constituía en la premisa mayor, la situación fáctica en la premisa menor y la conclusión (o el fallo) era producto de esta relación.

Es entonces palmario entender, que al momento de interpretar la norma, se debe tener claridad en las razones de su existencia, y lógicamente el alcance y el contexto en la que esta fue promulgada, para lograr una mejor comprensión de esta. Partiendo de este postulado propuesto por Savigny, es más simple entender lo que quiso el legislador, en este caso el legislador de 1971, que para el caso que nos ocupa, que es la normatividad de contenido aseguratorio del país, ver de qué lado estaban sus principales y sus más leales intereses –los del legislador–, era sumamente evidente.

A esta manera de impartir justicia en el marco de las normas y los códigos, ha sido a lo que ha dado en llamarse, “*formalismo jurídico*” y a lo que se hace referencia con este término, al que Atienza (2013) califica de peyorativo, es a una concepción del derecho cuyas formas clásicas habrían sido el formalismo legalista de la escuela de la exégesis, que es

precisamente, al decir del profesor Isaza Ramírez¹² “a lo que Savigny reacciona. Esta reacción es lo que se conoce como la escuela histórica”.

Todas estas teorías del derecho comparten ciertos rasgos, como los siguientes:

Considerar que el derecho es un sistema completo y coherente; que solo los legisladores y no los tribunales¹³, pueden crear Derecho (la interpretación consistiría en descubrir el significado objetivo de un texto o la voluntad de su autor, no en innovar o desarrollar el Derecho); que los cambios jurídicos deberían reducirse al mínimo, puesto que la certeza y la previsibilidad son los máximos valores jurídicos; que el verdadero Derecho consiste en reglas generales y abstractas fijadas en “libros jurídicos”; que los conceptos jurídicos poseen una lógica propia, la cual permite deducir de ellos soluciones sin tomar en consideración elementos extrajurídicos (las consecuencias sociales de las decisiones o los valores morales de las normas); que las decisiones judiciales sólo pueden justificarse deductivamente, esto es, según el esquema del silogismo subsuntivo que requiere, como premisa mayor, una norma de tipo general y abstracto y, como premisa menor, los datos fácticos del caso que se “subsumen” en el supuesto de hecho de la norma para inferir de ahí, como conclusión, la consecuencia jurídica prevista en la norma. (Atienza, 2013, p. 23)

4.2.La interpretación de la Ley y los fallos judiciales

En la sentencia que a continuación se presenta, se da un claro ejemplo de las teorías del conocer, del deber conocer y del poder conocer, como un avance del positivismo normativista¹⁴ de camino a la argumentación jurídica, que bien podría encuadrar en una

¹² ISAZA RAMÍREZ, Esteban. Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes, profesor de Derecho Empresarial y Derecho Comercial.

¹³ “En la polémica sobre la codificación que Savigny y Thibaut sostienen puede encontrar que, para Savigny, ni los legisladores ni los tribunales, por sí solos, tienen la capacidad de crear derecho. La razón de esto es que la fuerza que caracteriza al derecho no reside en el mandato de una autoridad (Legislador o Juez), sino en la correspondencia al espíritu cultural”. Isaza Ramírez Esteban.

¹⁴ Considerar el Derecho como un conjunto de normas creadas o modificadas mediante actos humanos e identificables mediante criterios ajenos a la moral ha sido probablemente la concepción más extendida en la teoría del Derecho del siglo xx. Cabría hablar aquí de dos formas básicas. Una, la más radical, está representada por Kelsen y considera el Derecho como un conjunto de normas coactivas. Otra, más moderada y sofisticada, se identifica con la obra de Hart, para el cual el Derecho ha de verse, fundamentalmente, como una combinación de dos tipos de normas: primarias (las que establecen que los seres humanos hagan u omitan ciertos actos, lo quieran o no) y secundarias (se refieren a las anteriores e indican qué normas pertenecen al sistema —regla de reconocimiento—, cómo se pueden crear y modificar nuevas normas y quién puede hacerlo —normas de cambio—, y qué órganos deben decidir si se ha infringido o no una norma primaria y con qué consecuencias —normas de juicio—). En el mundo hispano-hablante, los principales representantes habrían

especie de post positivismo. Véase cómo en el caso que a continuación se expone, la persona asegurada, en su declaración de asegurabilidad, hace claras manifestaciones de estar padeciendo dolencias en su estado de salud, *a esto es a lo que llamamos el conocer*; la aseguradora en su obligación de ahondar en el real estado de salud de la potencial asegurada, le ordena, por su propia cuenta, la realización de exámenes, *esto es el deber conocer*; y una vez, establecido el nivel de riesgo a asegurar, la aseguradora decide asegurarla y sobre prima el valor del seguro, facultad que le otorga la ley a la aseguradora, es claro que esta, habría podido perfectamente optar también por no asegurar, *a esto a lo que se le llama el poder conocer*.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que este es un caso acaecido en el año de 1986, y tratado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia con expediente No, 4640 de 1995; donde se narra como la tomadora y asegurada con un contrato de seguro de vida de la aseguradora Colpatria, cuya beneficiaria era la hija menor de la tomadora, solicita un seguro de vida en el año de 1986, estimado en quince millones de pesos, no obstante, una vez realizados los exámenes médicos a la peticionaria, el seguro fue fijado en la suma de cinco millones y la prima fue aumentada en un doscientos por ciento.

En los exámenes médicos se determina que el estado de salud de la asegurada se encuentra en precarias condiciones, y haciendo uso de la facultad que le asiste la aseguradora modifica las condiciones de asegurabilidad, bajando el valor asegurable y aumentando la prima del seguro.

La asegurada fallece en el año de 1987 y la aseguradora alega no estar en la obligación de pagar el riesgo porque la declarante:

incurrió en inexactitud y reticencia al contestar el cuestionario que le propuso la aseguradora, como quiera que negó allí que padecía de diabetes, cuando la verdad es que de tiempo atrás le había sido diagnosticada la enfermedad, se le había prescrito dieta especial y venía ingiriendo drogas para su tratamiento y control. (Corte Suprema de Justicia, 1995)

sido Carrió (cuya posición está muy próxima a la de Hart) y Alchourrón y Bulygin (que defendieron tesis que se sitúan, en cierto modo, entre Kelsen y Hart) (Atienza, 2013, pág. 24).

El juzgado le puso fin a la controversia con sentencia del 25 de agosto de 1992, en la que decidió acceder a las pretensiones del demandante en reconvención, esto es, que declaró el contrato de seguro de vida celebrado entre la asegurada y la sociedad "COLPATRIA" como aseguradora, nulo, de nulidad relativa originada en la inexactitud en que incurrió la tomadora al contestar el cuestionario que le propuso la compañía de seguros (Corte Suprema de Justicia, 1992).

En segunda instancia, concluye entonces el ad-quem, que es claro que la sociedad aseguradora al aceptar la celebración del contrato, no lo hizo a sabiendas de que la tomadora padecía de diabetes, ni se le extraprimó por ese concepto (Corte Suprema de Justicia, 1995).

Continúa el tribunal en su dicho:

(...) no es cierto que la compañía aseguradora se haya enterado de todos los males (sic) de la asegurada por la simple circunstancia de haberla hecho examinar con antelación a la expedición de la póliza (...). (Corte Suprema de Justicia, 1995)

Tenemos hasta este punto algunas situaciones particulares y definidas claramente en la ley, así:

- 1- La obligación de la asegurada de facilitar un cuestionario al asegurado o al tomador para que determine en él todas las circunstancias actuales, con respecto a su estado de salud,
- 2- La obligación del asegurado o tomador de declarar todos sus padecimientos,
- 3- La obligación de la aseguradora de realizar los exámenes médicos que sean necesarios para garantizar su situación contractual frente al contrato,
- 4- La posibilidad de modificar las condiciones de contratación y asegurabilidad de encontrar que los riesgos son mayores; véase como todos estos supuestos se dieron en este caso.

Llama la atención como, la posición del Tribunal es la de que la aseguradora no tuvo como enterarse de todos los “males” que padecía la asegurada, sin embargo, es de este argumento del que se hace la Corte para construir su tesis y al tenor de la misma sentencia, manifiesta el alto tribunal:

(...) no obstante, el mismo artículo 1058 en cita, establece las circunstancias que conducen a que la reticencia o la inexactitud no operen. Ellas son: a) Cuando la aseguradora ha **conocido o debido conocer** antes de celebrarse el contrato los hechos o circunstancias que versan sobre los vicios de la declaración, **caso en el cual no puede alegar la nulidad relativa del contrato como tampoco pretender la reducción de su obligación, porque si la aseguradora ha conocido la realidad y acepta asumir el riesgo, no ha sufrido engaño.** Y si por la naturaleza del riesgo solicitado para que sea asegurado y por la información conocida y dada por el tomador, **la compañía aseguradora, de acuerdo con su experiencia e iniciativa diligente, pudo y debió conocer la situación real de los riesgos y vicios de la declaración, mas sin embargo no alcanza a conocerla por su culpa, lógico es que dicha entidad corra con las consecuencias derivadas de su falta de previsión, de su negligencia para salir de la ignorancia o del error inicialmente padecido;** (...). (Corte Suprema de Justicia, 1995) (Negrilla y subraya fuera de texto).

Es claro, que en este caso la aseguradora no solo conoció la situación de salud de la asegurada, además la valoró, y finalmente, como resultado de esta situación reestructuró las condiciones del seguro, lo que no le salió bien, fue que se quedó corta al prever el alcance de los padecimientos de la asegurada, al punto que la sentencia no tiene como, no enrostrárselo:

La censura por su parte sostiene lo contrario, como cuando afirma que "la segunda negociación se inicia con el ofrecimiento de la compañía demandada de un nuevo contrato de seguro en que, ya conociendo la precaria salud de la asegurada (afirmación que se hace con fundamento en la confesión hecha por el representante legal de la parte pasiva...), le ofrece un producto distinto al inicialmente solicitado (...). (Corte Suprema de Justicia, 1995)

Finalmente la Corte sentó su posición en el siguiente sentido:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 18 de noviembre de 1992, en el proceso ordinario adelantado contra la Compañía de Seguros de Vida Patria S.A. "COLPATRIA". (Corte Suprema de Justicia, 1995)

La asegurada, tenía derecho a que se le reconociera el riesgo asegurado y la casación fracasa porque el recurrente quiso volver a probar, en lugar de atacar la inadecuada valoración de las pruebas¹⁵.

Es de observar que, no se tiene en cuenta en ningún momento, los derechos de la beneficiaria del seguro, hija menor de la asegurada, así como cuáles eran las condiciones personales de esta al momento del fallecimiento de su madre.

Esto obedece a que la demandante, atacó el incumplimiento del contrato, cuando muy probablemente hubiera podido salir triunfante en sus pretensiones si lo hubiera hecho vía tutela¹⁶, buscando amparar los derechos fundamentales que se le pudieran estar quebrantando en ese momento, incluido el del debido proceso, como fácilmente se puede colegir del pronunciamiento de la sentencia de casación.

Detengamos el análisis de la posición de la Corte, y tengamos en consideración que los hechos datan del año 1986 y el fallo data del año 1995. Esto para comprender el antes y el después de la constitución política de 1991, y como el hecho de que Colombia hubiera transitado de ser un Estado de derecho a un Estado social de derecho cobró fuertes y grandes implicaciones en el ámbito jurídico, en el que entraron a prevalecer los derechos de las personas y de manera especial los derechos fundamentales.

4.3. Génesis de las nuevas teorías de interpretación

Considerando que este trabajo es del tipo de investigación cualitativo, de diseño histórico-hermenéutico con el que se busca evaluar críticamente las evidencias halladas, para determinar su autenticidad y su correspondencia con la época, en la búsqueda de las nuevas teorías de interpretación, obliga a remontar en el tiempo hasta el año de 1923, con Martin Wolff, quien al decir de Pablo Verdu (1989), fue quien por primera vez utilizó la expresión garantías institucionales, al referirse a la garantía institucional de la propiedad privada

¹⁵ Si la asegurada, en lugar de impetrar el recurso de casación, hubiera interpuesto una acción de tutela en contra del fallo, por vulneración al derecho al debido proceso y de haberse hecho de esta manera, y como lo afirma la Corte, seguramente la aseguradora habría tenido reconocer el siniestro por el riesgo asegurado.

¹⁶ Se debe tener presente que la tutela es un instrumento vinculado en el ordenamiento colombiano en la Constitución Política de 1991; y desarrollado por el Decreto 2591 de 1991, lo cual significa que para las calendas de esta sentencia la acción de tutela se encontraba en sus albores; pero véase como el abogado de la parte demandante, estaba en los argumentos válidos, los mismos que valoró y ratificó la Corte, tuvo el infortunio de no haber fallado en lo procedimental.

(artículo 153 de la Const. de Weimar); no obstante, fue Carl Schmitt, manifiesta el mismo Verdu quien la incorporó, definitivamente, al ámbito del Derecho constitucional.

En la primera cincuentena del siglo XX, Carl Schmitt citado por Schwab en su introducción a *Political Theology*, cit., pág. XVIII, señalaba que este consideró que había que interpretar las disposiciones constitucionales para asegurar a los ciudadanos el orden y la estabilidad para que el Estado funcionase normalmente (Verdu, 1989).

Según Schmitt «La distinción entre Constitución y Ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o una norma. En el fondo, de toda normación revive una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica» y según Verdu (1989), de estos presupuestos se infiere, coherentemente, la reforma de aquélla, su intangibilidad, su quebrantamiento, los derechos fundamentales, los conflictos constitucionales, el juramento de la Constitución, el significado de la alta traición, la legitimidad de una Constitución.

Hacia el año de 1988, se estaban gestando en Europa, nuevas vertientes jurídicas, de una lado, Alexy (1988) en Alemania con su obre *concepto y la naturaleza del derecho* y, un poco más tarde Hart (1994) en el Reino Unido, con su teoría sobre *el concepto de derecho*, quienes de alguna manera abrieron una nueva senda a la interpretación, como bien lo manifiesta Martinez (2013), (...) el debate de Hart- Dworkin posibilitó el surgimiento de las primeras herramientas para la comprensión de los cambios en la interpretación y la práctica del derecho (p. 140).

En este sentido, vale la pena partir del estudio introductorio al libro “*El concepto y la naturaleza del derecho*” de Alexy, realizado por Bernal Pulido 2008. Él, propone que:

La filosofía del derecho es una disciplina filosófica similar a la metaética, pero con un objeto distinto. Su objeto de estudio no es la moral, sino el derecho. “Una relación análoga es la que existe entre la dogmática jurídica y la filosofía del derecho. La dogmática jurídica – en sus diferentes áreas: derecho constitucional, civil, penal, mercantil, etc. – se ocupa, esencialmente, del interrogante relativo a qué es lo válido desde el punto de vista jurídico y de preguntas relativas a ello, tales como cuál es la solución que el derecho otorga a cada caso concreto, o cuales, son las acciones jurídicamente permitidas, prohibidas u ordenadas. Por su

parte la filosofía del derecho se ocupa de preguntas cuya respuesta es a veces necesaria para responder los interrogantes que se proponen en el ámbito de la dogmática jurídica. La filosofía del derecho se pregunta, por ejemplo: ¿En qué tipo de entidades consiste el derecho? ¿Qué es aquello que las conecta para hacerlas formar el todo llamado derecho? ¿Cuáles son las propiedades que caracterizan a cada una de estas entidades y al todo que denominamos derecho? Las respuestas a estas preguntas se expresan mediante juicios de segundo orden, es decir, juicios a cerca de los juicios que se expresan en la dogmática jurídica. (p. 13).

Para Alexy (2008), la relación entre el derecho y la moral es el tercer problema principal de la naturaleza del derecho¹⁷. La pregunta más fundamental es si existe alguna clase de conexión necesaria entre el derecho y la moral. Las dos respuestas más elementales y generales son la tesis de la separación y la tesis de la conexión. La tesis de la separación sostiene que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral. Con toda seguridad, la tesis de la separación no agota el positivismo jurídico (Alexy, 2008).

A la luz de la tesis del positivismo del derecho, todos los positivistas al decir de Alexy (2008),

(...) defienden la *tesis de la separación*. En su forma más general, esta tesis sostiene que no existe una conexión necesaria entre el derecho como es y el derecho como debería ser. En una versión más precisa, sostiene que no existe una conexión necesaria entre la validez jurídica y la corrección legal, de un lado, y el mérito y demérito moral o la corrección o incorrección moral, del otro. Por el contrario la tesis de la conexión, defendida por los no positivistas defienden que existe una conexión necesaria entre la validez jurídica o corrección jurídica – de un lado – y los méritos o deméritos morales o la corrección o incorrección moral, del otro. (Alexy, 2008, p. 79)

Es entonces la tesis de la separación, la que le da cabida a otra tesis, formulada también por Alexy (2016), la de la naturaleza dual, que dice que el derecho implica dos

¹⁷ Plantea Alexy (2008) que el derecho como un todo es una entidad única, resulta imposible que los principales problemas relativos a la naturaleza del derecho puedan examinarse en completa separación los unos de los otros. El hecho de que los problemas están conectados no significa, sin embargo, que no puedan distinguirse entre sí. Son tres entonces los problemas que definen la naturaleza del derecho, (i) ¿en qué clases de entidades consiste el derecho? y ¿cómo pueden conectarse esas entidades de tal manera que formen la entidad más comprensiva que llamamos “derecho”?, (ii) el segundo problema es el concerniente a la realidad social del derecho, es decir, la dimensión real o fáctica del derecho, y el tercer problema es (iii) la relación entre el derecho y la moral.

dimensiones: una dimensión real o fáctica y una dimensión ideal o crítica. La dimensión real se expresa en los elementos de la positividad autoritativa y de la eficacia social que están ligados de manera esencial con la decisión y la coerción (Alexy, 2016). La dimensión ideal, por el contrario, se define a través de la corrección de contenido y de procedimiento que, esencialmente, incluye la corrección moral en forma de justicia. Quien asocia el derecho exclusivamente con la dimensión real, afirma Alexy (2016), es un positivista jurídico. Tan pronto como se añade la corrección surge entonces el no positivismo, la presencia de uno y otro, conlleva a la naturaleza dual del derecho (Alexy, 2016).

Una forma más simple de comprender lo que se acaba de proponer, es mediante la formulación de un gráfico, en el cual, se modela la naturaleza dual del derecho, con dos salidas: una dimensión real o fáctica y otra dimensión ideal o crítica y sus correspondientes resultados, el positivismo y la tesis de la separación, y el no positivismo y la tesis de conexión.

Dicho de otra manera, el no positivismo del derecho se expresa, de un lado, por la fórmula de Radbruch¹⁸ (2006), que señala que la justicia extrema no es derecho y, de otro, por el argumento atinente a la corrección, según el cual, la pretensión de corrección del derecho necesariamente incluye una pretensión de corrección moral.

Por su parte, Hart (1962) “mostró su simpatía personal hacia la actitud de Radbruch, pero le pareció equivocada la tesis de que una norma pudiera ser considerada como inválida por ser injusta, pues eso significaría poner en cuestión la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral” (p.77).

La fórmula de Radbruch alcanza su nivel de aplicabilidad no cuando la norma es aparentemente injusta, es solamente cuando se traspasa el umbral de la justicia intorelable cuando las normas, que han sido expedidas de manera apropiada y que son socialmente eficaces, pierden su validez (Alexy, 2008).

¹⁸ El derecho positivo, asegurado por medio de la legislación y el poder, tiene precedencia incluso cuando su contenido es injusto y fracasa en su intento por beneficiar a la gente, a menos que el conflicto entre la ley y la justicia alcance un grado intolerable de tal manera que la ley, en tanto “derecho defectuoso”, tenga que ceder la justicia (Radbruch, 2006). Quizás la propiedad más importante de la fórmula de Radbruch, como expresión de un concepto de derecho no-positivista, al decir de Alexy, sea que no exige ningún tipo de correspondencia perfecta entre el derecho y la moral. De esta manera, las normas que han sido expedidas apropiadamente y que son socialmente eficaces bien pueden ser derecho válido, incluso si se demuestra que son severamente injustas.



Figura 1: La naturaleza dual del derecho

Fuente: elaboración propia

Ahora bien, existe un claro consenso entre positivistas y no positivistas en referencia a la necesidad de los argumentos morales en el razonamiento jurídico y en la argumentación, y tiene que ser de esta manera, y pensémoslo desde el ámbito de la sentencia que ya analizamos; la beneficiaria en el caso en comento, no pudo acceder a reclamar los valores establecidos en el seguro, una vez acaecido el siniestro, por la falta de habilidad en los jueces *ad quo* y *ad quem*, para valorar la real situación que se les puso en su conocimiento, esto, sumado a la incompetencia del abogado en casación, para adelantar el proceso en este nivel. Es precisamente en este punto, donde entra a jugar su papel la moral y surge el debate entre si hace o no hace parte del derecho. El asunto en este punto de análisis es, si el caso sub examine, como muchos otros que se analizarán, encuadran en el escenario de una situación aparentemente injusta o de una situación intolerablemente injusta.

Para darle más asentamiento a lo que se ha planteado por parte de Alexy (2008), se hace necesario tener en cuenta otras opiniones acerca de lo que no es el derecho, y para Atienza (2013), el Derecho no es únicamente argumentación. Pero destacar este aspecto tiene particular importancia para dar cuenta de los fenómenos jurídicos en las sociedades democráticas y para suministrar a quienes operan dentro del Derecho, a los juristas prácticos, elementos que permitan guiar y dar sentido a su actividad.

Desde la óptica del interrogante relativo a qué es lo válido desde el punto de vista jurídico, y de preguntas relativas a ello, tales como cuál es la solución que el derecho otorga a cada caso concreto, hay que ver como para el caso del contrato de seguro de vida deudores y hasta el año de 1991, la columna vertebral de la relación contractual aseguraticia, era *la reticencia u ocultamiento de información – positividad autoritaria -*, que basados en el rigor de la norma, y dentro de un estricto concepto de, *formalismo positivo puro*, obedecía a una respuesta única de una alternativa obvia, ¿existió o no existió ocultamiento de información?, era ese pues, el cuestionamiento, y de allí partía el fallo, y consecuentemente y como resultado de esto – *decisión o coerción* - el reconocimiento o no del siniestro – *eficacia social* -. No existe conexión entre validez jurídica y corrección legal de un lado, y la corrección o incorrección moral del otro. Estamos pues, entonces frente a la tesis de la separación, que ratifica la teoría del positivismo de la que habla Alexy (2008, 2016).

Es claro entonces, que los jueces recurren a las normas mandatorias, para resolver los casos puestos en su conocimiento, pero además, también es cierto, que bajo los argumentos ya dados podrían recurrir a la *tesis de la conexión*, a la *Dimensión Ideal o Crítica*, a la conexión entre validez jurídica y corrección legal de un lado, y la corrección o incorrección moral del otro a la moral, dicho de otra manera, *a la teoría de la corrección*, cuando se trata de resolver asuntos en los cuales, además de intolerable inmoralidad. La inclusión de la moral en el derecho, al decir de Alexy (2016), ayuda a resolver algunos problemas, pero crea también varios inconvenientes que sería posible sortear si se siguiera la tesis positivista de la separación, ya explicada.

Los problemas que la inclusión de la moral puede ayudar a solucionar son, en primer lugar, el problema de las evaluaciones básicas que se encuentran al fundamentar y justificar el derecho; en segundo lugar, el problema de realizar la pretensión de corrección¹⁹ y la

¹⁹ El argumento de la corrección se desarrolla en dos pasos. En un primer paso, se intenta mostrar que el derecho eleva necesariamente una pretensión de corrección. El segundo paso consiste en explicar que esta pretensión implica una conexión necesaria entre el derecho y la moral. (Alexy, 2008). Que el “derecho” eleva una pretensión significa que lo hacen las personas que ejercen una u otra competencia jurídica. Esto es más evidente en el caso de los actos institucionales, tales como los actos de expedición de leyes o los actos judiciales. El núcleo del argumento de la corrección señala que actos institucionales semejantes siempre están conectados con el acto no-institucional – normalmente implícito – de afirmar que el acto jurídico se produce de una manera sustancial y procedimentalmente correcta. (Alexy, 1995)

aplicación del derecho, y en tercer lugar, el problema de los límites del derecho (Alexy, 2008).

Para Vigo (2003) existen tres maneras de vincular a la moral con el derecho:

En primer lugar, la moral puede ser vinculada con el derecho positivo a través de la incorporación de principios y argumentos morales; en segundo lugar, por medio de que la moral delimite el contenido posible del derecho; y en tercer lugar, porque la moral justifique un deber de obediencia al derecho. (p. 207).

Autores como Richars (1989), García (1998) y Vigo (2003), no están convencidos del no-positivismo de Alexy, e incluso el autor español le reconoce un “positivismo latente” y advierte que esa filiación sería expresa de dejarse de lado la “pretensión de corrección”; por otro lado, esas dudas filiatorias se reproducen entre los autores respecto de Kant. Lejos estamos, dice Vigo (2003), de compartir aquella opinión atento a que más allá de reconocer el profesor de Kiel la posibilidad de adoptar distintos marcos conceptuales para definir el derecho, el que adopta Alexy y al que consecuentemente le reconoce mayores posibilidades cognoscitivas, es claramente no-positivista. En efecto, su concepto de derecho reconoce la presencia

(...) calificante de conexiones morales conceptuales y necesarias, y en consecuencia, su ausencia grave o extrema más que hacer hablar de un derecho deficitario implica negar la existencia misma del derecho. Por supuesto que la pretensión de corrección cumple un papel crucial en la ética discursiva presente en el derecho alexyano, pero esa presencia es insoslayable y crucial por lo que de suprimirse resultaría ya irreconocible la teoría alexyana. Es evidente que en todas las teorías se dan esas claves de bóveda (pensemos en el escepticismo axiológico o en la epistemología kelseniana) y está claro que en la visión pragmática alexyana esa centralidad la tiene la pretensión de corrección que acompaña a toda aserción. (Vigo, 2003, p. 209)

Digamos que históricamente las normas en materia de seguro de vida, eran lo suficientemente claras, en el entendido que estas estuvieron diseñadas, preferentemente, para favorecer los intereses de las aseguradoras, no obstante la situación vino a tornarse enrarecida y luego cambiante, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, cuando por primera vez en Colombia, se comenzó a hablar seriamente y con propiedad de derechos, en

especial de derechos fundamentales, y surgió en paralelo, un ente estatal con la capacidad y el encargo constitucional de velar por la materialización de estos derechos, por su defensa y por su cumplimiento²⁰.

Al respecto Echeverry (2019), manifiesta que luego de la creación de la Corte Constitucional y de su desarrollo jurisprudencial, en el ordenamiento jurídico colombiano existe una mixtura de ambos métodos de análisis: “A pesar que partimos de la normatividad como base y fuente de la resolución de los conflictos en la sociedad, el papel de los jueces ha cambiado paulatinamente a creadores del derecho más que interpretadores y aplicadores del mismo” (p. 22).

A su vez y para ponerlo en contexto de mejor comprensión, López (2018), dice que el cambio iusteórico de los años noventa, tiene parecidos y familiaridades con la crisis iusteórica de los años treinta, de la misma forma, el antiformalismo contemporáneo traerá consigo nuevas temáticas puestas de relieve por nuevos trasplantes y contactos teóricos. Como en los treinta, la nueva percepción iusteórica empezó por identificar fallas o carencias en la explicación positivista del derecho dando así comienzo a un nuevo período de hostilidades en las que se trató de resignificar las normas iusteóricas de segundo nivel con las que se manipulan las normas de primer nivel (López, 2018).

Resulta útil a esta altura, menciona López (2018), tratar de confeccionar una lista de las características del positivismo post-kelseniano que fueron especialmente controvertidas en esta nueva crisis de la teoría del derecho: En primer lugar, existía una creciente insatisfacción con la ontología aceptada del derecho: de acuerdo con la ontología positivista

²⁰ Constitución Política de Colombia. Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel, respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

extraída de Kelsen, se sostiene que el derecho está constituido por reglas positivas vigentes y no por principios jurídicos inducidos, deducidos, o presupuestados; esta posición significa que los jueces y abogados debían centrar su habilidad argumentativa en un nivel relativamente bajo de abstracción, fijando su atención en la aplicabilidad y sentido de reglas procesales y sustantivas, “(...) *a la par que ignoraban sistemáticamente los problemas morales o políticos más generales que suscita la decisión judicial.*” (López, 2018, p. 407). En este bajo nivel de abstracción que plantea López Medina, se ajustaba, como hemos visto, a ciertas lecturas de la obra de Kelsen que aconsejaba una estricta separación entre el derecho y la justicia. Más allá de las reglas jurídicas positivas, se desconocían o no se aprovechaban a fondo ni la analogía ni los principios generales del derecho para lograr una forma racional de reconstruir el ideal de justicia o equidad en el derecho.

5. La Corte Constitucional colombiana y la nueva dogmática jurídica

Es menester poner en contexto el criterio que ha desarrollado la Corte Constitucional en lo atinente a las tesis de conexión, de pretensión de corrección, de argumentación, que en últimas le dan plena cabida y acogida a la teoría Dual del Derecho, y por supuesto reta de manera frontal el formalismo positivista kelseniano. En este sentido se hace necesario traer a colación, el importante papel que ha desempeñado en estas teorías la figura jurídica de la acción de tutela²¹, fundamental para lograr el amparo de derechos posiblemente vulnerados, y escenario propicio para el desarrollo de estas nuevas tesis.

Es precisamente en este punto, donde se comienza a presentar un cambio en la dogmática jurídica referente a la figura del ocultamiento de información o reticencia, cuando desde el análisis de la posición dominante, las aseguradoras a través de acciones u omisiones pueden llegar a vulnerar derechos fundamentales de las personas. Ratifica la Corte que los establecimientos bancarios y compañías de seguros, gozan de una posición dominante contractual frente a los usuarios, debido a que estos no tienen la potestad de negociar y de

²¹ La acción de tutela procede tanto por la violación al derecho de petición como por las vulneraciones que puedan emanar de una relación asimétrica como es la que se entabla entre una entidad financiera y los usuarios, al tener los bancos atribuciones que los colocan en una posición de preeminencia desde la cual pueden con sus acciones y omisiones desconocer o amenazar derechos fundamentales de las personas. Independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta los bancos actúan con una autorización del Estado para prestar un servicio público por ello, los usuarios están facultados para utilizar los mecanismos de protección que garanticen sus derechos.

actuar en condiciones de igualdad frente a las referidas sociedades (contratos de adhesión) (Zarante, 2016, p. 237).

Y es desde el linde de la posición dominante de la actividad aseguradora, como la Corte Constitucional en la Sentencia T- 517 de 2006 estudió el caso de una señora que demandó a tres compañías de seguros porque se negaron a venderle una póliza, como caución, dentro de un proceso penal contra otra compañía, constituida como tercero civilmente responsable, argumentando que no sería posible su venta, debido a que no pueden expedir ese tipo de pólizas cuando por el eventual perjuicio tendría que responder otra aseguradora (Sentencia T-517, 2006).

La Sala amparó los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, reiteró el estado de indefensión en el que se encuentran los particulares y precisó que si bien la libertad contractual es un postulado constitucional, esta actividad no puede ejercerse de manera arbitraria (Sentencia T-517, 2006). Uno de los primeros pronunciamientos que hizo la Corte Constitucional, cuando a pesar de ser el contrato de seguro de vida un contrato eminentemente de naturaleza civil y comercial es cuando *“se demuestra que el asunto tiene incidencia en la vigencia de derechos fundamentales”* (Sentencia T-517, 2006).

La Corte Constitucional manifestó su inconformidad con la actuación de las entidades vinculadas. En concreto se dijo:

En tratándose de la actividad aseguradora las Compañías de Seguros tienen la libertad de expedir o no cauciones ordenadas por los jueces. Sin embargo, la negativa debe ser motivada por razones objetivas derivadas del estudio del riesgo y no por consideraciones subjetivas, o que no respondan a criterios de razonabilidad o proporcionalidad. Cuando se produce una tensión entre la libertad de contratación y derechos constitucionales fundamentales como el acceso a la administración de justicia, o el derecho a la reparación de las víctimas de un delito, deben prevalecer estos derechos. Por otra parte, no puede perderse de vista que en actividades de interés público no se puede atender exclusivamente a intereses pecuniarios con

desconocimiento de la solidaridad o la necesidad de proteger, a la parte más débil o que se encuentre en estado de indefensión²² (Sentencia T-517, 2006)..

Un año antes y con respecto a la posición dominante la sentencia T-1091 de 2005, establece:

Para la Sala, este comportamiento de las accionadas como entidades pertenecientes al sistema financiero (...), evidencia una vez más la utilización de la posición dominante, tanto en el contrato de mutuo como en el de seguros cuando, amparadas en la aparente legalidad de la literalidad de las cláusulas de los documentos con que se instrumentaron los contratos de crédito hipotecario y el de seguros respectivamente, actuando en sus condiciones de acreedora sin satisfacción de su crédito por parte de la ejecutante y de no obligada al pago de indemnización por terminación del amparo vida ante la no cancelación de las primas, por parte de la aseguradora, se propicia la terminación formal de la vía ejecutiva, en la que como se dijo, ya no era factible debatir las controversias que podían llevar a que la obligada al pago de la deuda fuera la aseguradora, lo que obviamente liberaba a la accionante de esa carga. Es para la Sala entonces, un comportamiento con el que sin permitir que fuera la justicia la que decidiera el asunto, se causó a la accionante el riesgo inminente de perder su vivienda, que como se ha considerado en esta providencia, para ella hace parte de su mínimo vital. (Sentencia T 1091, 2005)²³.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-1091 de 2005 en la que las entidades financieras involucradas vulneraron derechos fundamentales de la asegurada, representados en el derecho al mínimo vital²⁴; encontró desproporcionada la decisión de la aseguradora al negarse al pago de la prima, y del banco a iniciar el proceso ejecutivo en las circunstancias que se hallaba la tutelante. Si bien el litigio se enmarcaba en relaciones privadas y patrimoniales, esas decisiones ocasionaban la lesión a derechos fundamentales, caso en el cual, adquiriría relevancia constitucional (Sentencia T – 1091, 2005).

²² Sentencia T-517, Corte Constitucional, julio 7 de 2006, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente T-1308125.

²³ Sentencia T-1091, Corte Constitucional, octubre de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente T-1142968.

²⁴ Desde los albores de la Corte Constitucional esta reconoció en sentencia T-426 el derecho al mínimo vital de las personas como “un derecho que se deriva de los principios que orientan a un Estado Social de Derecho como el nuestro, a la dignidad humana y a la solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad, permitiendo su protección en especial respecto de las personas en situación de debilidad manifiesta”.

Los derechos humanos según Alexy (2016), son derechos morales de índole universal, fundamental, abstracta y prioritaria. Como intentos de positivización de los derechos morales, los derechos fundamentales expresan la doble naturaleza del derecho (*ya analizada*) de un modo particularmente significativo. Sin embargo, lo que más llama la atención de la teoría de Alexy (2016), sobre los derechos humanos, es que él considera “*que los derechos humanos pueden imponer exigencias al sistema jurídico solo si existen. Y existen si son válidos. Pues bien, la validez de los derechos humanos como derechos morales depende de su justificabilidad, y de nada más*” (p. 39).

El alcance de lo planteado por Alexy (2016) es que el juez, para fallar al respecto de un derecho humano, lo único que requiere es justificar las razones de su validez, y esto *per se*, es más que suficiente. Se hace necesario detenerse en este momento, para realizar un cuestionamiento que termina en pregunta y que surge de lo expuesto en las sentencias T-517 de 2006 y T-1091 de 2005; es perfectamente comprensible, que de negarse el pago del siniestro, aduciendo que hubo reticencia, el asegurado impetere una acción de tutela por vulneración del derecho fundamental al debido proceso, dado que, declarar la existencia de la reticencia como causal de nulidad relativa, es potestativo del juez, y no se puede declarar de manera directa por la aseguradora. Es decir, hay un nexo causal, entre la negación del pago del siniestro y la violación de un derecho fundamental (debido proceso). Pero, suerte diferente corre, la invocación de la vulneración a los derechos fundamentales del mínimo vital, vivienda digna y buen nombre, porque no hay nexo causal, entre el seguro contratado, el riesgo amparado, el siniestro presentado y el derecho fundamental vulnerado. Véase como para llegar allí, es decir a la vulneración del derecho fundamental, el juez constitucional debió, necesariamente recurrir, a la tesis de la conexión y a la pretensión de corrección²⁵, propuestas por Alexy, y a su argumento de justificabilidad, que evidentemente estaría más que justificado, en tratándose de una mujer de 66 años, enferma por demás, que como viuda del asegurado, era la llamada a cancelar la obligación hipotecaria pendiente y no saldada con el seguro, toda vez que las cuotas del apartamento, incluían las cuotas del seguro y tanto unas

²⁵ En el gráfico de la Naturaleza Dual del Derecho, se ilustra como la Corte Constitucional, toma el camino de la dimensión ideal o crítica, es decir se hace una corrección de contenido y procedimiento, al abordar no el incumplimiento del contrato que sería el camino contrario (tesis de la separación), para abordar el de la vulneración del derecho, o sea el de la corrección moral en forma de justicia (tesis de la conexión), entre validez jurídica y corrección legal de un lado y la corrección moral del otro.

como otras se encontraban impagas. Por esas calendas, año 2005, no se discutió si se ocultó o no información, el punto de discusión, fue la vulneración de los derechos fundamentales a la vivienda digna y al mínimo vital de la señora Blanca Flor Cárdenas viuda de Hernández.

En acción de tutela instaurada en el año 2010, en contra del Banco Agrario de Colombia y Colseguros S. A., la asegurada, aduciendo conculcación a sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al derecho de petición, argumentó que mientras se encontraba trabajando como docente, la aseguradora de riesgos profesionales Fiduprevisora S. A., determinó que presentaba una pérdida del 77.5% de su capacidad laboral, por lo cual el municipio de Villavicencio procedió a retirarla de su labor. Es así como le solicitó al Banco Agrario de Colombia, realizar los trámites necesarios para que “el seguro amparara el monto que restaba de la deuda” contraída por ella. Sin embargo, la entidad financiera guardó silencio, comunicándole el mencionado Banco que Colseguros S. A. “objeto la solicitud de pago”, aduciendo que la disfonía padecida – razón de la pérdida de capacidad laboral - provenía de tiempo anterior a cuando tomó la póliza (ocultamiento de información) (Corte Constitucional, Sentencia T-832, 2010).

La asegurada afirma que la declaración de la invalidez fue cuatro años después de haber tomado la póliza de seguro de vida grupo deudores, además informó que era madre cabeza de familia con una hija de veinte años y una nieta de seis años y que solo dependía de su pensión para “cubrir los gastos de salud, educación superior de su hija y alimentación del grupo familiar” (Sentencia T- 832, 2010).

En consecuencia la actora solicita: *“la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de petición y, en consecuencia, que se ordene a Colseguros S. A. “cancelar conforme la póliza suscrita la obligación que contrajo con la entidad Banco Agrario en 2005”* (Sentencia T-832, 2010).

El juez *a quo*, mediante sentencia de febrero del 2010, resolvió negar el amparo, “por improcedente”, al estimar que la peticionaria contaba con otro mecanismo de defensa judicial, puesto que lo pretendido era el pago de: *“acreencias económicas originadas en un contrato de seguros, por lo tanto la acción de tutela no puede utilizarse para dirimir controversias de carácter contractual”* (Sentencia T-832, 2010).

Mediante sentencia de abril del 2010, el juez *a quem*, confirmó la decisión del a quo, argumentando que:

...la acción de tutela no era el medio idóneo para reclamar el reconocimiento de una prestación económica, “habida cuenta que este mecanismo breve y sumario, no tiene la virtud de reemplazar los procedimientos ordinarios, al no estar concebido como medio alternativo, adicional o complementario de éstos”. (Sentencia T- 832, 2010)

La situación de indefensión del asegurado frente al asegurador, ya planteada anteriormente, se refuerza por el alto tribunal al destacar que:

La situación de indefensión que puede generarse de la relación entre los particulares y, de manera destacada, la existente entre éstos y las entidades del sistema financiero, en la medida en que dichos establecimientos gozan de una posición dominante en el mercado frente a los usuarios, es ya per se una posición reiterada de la jurisprudencia constitucional. (Sentencia T-832, 2010)

De tal suerte que:

Son ellas (*refiriéndose a las entidades del sistema financiero*) quienes fijan los requisitos y condiciones de los créditos, tasas de interés, sistemas de amortización etc. Son ellas las depositarias de la confianza pública por el servicio que prestan, y sus actos gozan de la presunción de veracidad por parte de los clientes. (Corte Constitucional, 2002)

En este sentido, Cardoso (2014), sostiene:

En el contrato de seguro, el asegurado es la parte que en situación de indefensión, inferioridad y subordinación frente a la compañía aseguradora requiere especial protección del Estado, quien a través del juez constitucional y el mecanismo de la acción de tutela, restablece el equilibrio contractual, hace prevalecer el interés general de la actividad aseguradora y protege los derechos fundamentales del asegurado (...). (p. 94)

En el caso sub examine, la póliza que ampara el crédito de la peticionaria es un seguro de vida grupo adquirido por el Banco Agrario de Colombia (tomador-beneficiario) a Colseguros S. A., y en el que todas las personas deudoras del Banco, en cualquier línea de crédito, ostentan el carácter de asegurados.

El objeto del seguro de vida grupo deudores es “*amparar contra el riesgo de muerte, y contra el de Incapacidad Total y Permanente por enfermedad o accidente si se hubiere contratado, hasta por el saldo insoluto de la deuda a los deudores de un mismo acreedor (Tomador)*” (Corte Constitucional, Sentencia T- 1085, 2002)

En el caso objeto de estudio, la Sala de Revisión encontró que Colseguros S. A. fue negligente al omitir realizar los respectivos exámenes médicos o exigir la entrega de unos recientes, para así determinar el estado de salud de la peticionaria. Por ese motivo, no es posible, dice la Corte, que ante la ocurrencia del riesgo asegurado, alegue que la enfermedad que lo ocasionó es anterior al ingreso de la asegurada a la póliza de vida grupo deudores.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-398 de 2014, sentó un precedente en cuanto a la reticencia al manifestar que:

(...) quienes deben probar la preexistencia son las aseguradoras y que actúan negligentemente si no realizan exámenes médicos o exigen la entrega de unos recientes para así verificar el verdadero estado de salud del asegurado. Así, esta Sentencia evidencia que para la Corte existen algunos casos donde, a pesar de existir enfermedades previas a la celebración del contrato, de ello no se sigue reticencia pues el deber de buena fe estaría en cabeza, más intensamente, de la compañía de seguros. Por tales motivos, concedió el amparo. (Corte Constitucional, Sentencia T-398, 2014)

La Corte Constitucional en la Sentencia T- 398 de 2014 concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vivienda digna, al mínimo vital y al debido proceso, de una señora que se desempeñaba como directiva del SENA; en el año 2011, se le presentó un *aneurisma cerebral*, y posteriormente se le diagnosticó que tenía dos aneurismas más, en el 2012 se le informó que padecía de “*meningitis bacteriana y disfunción del sistema de derivación ventriculoperitoneal retirado*”, en noviembre del mismo año 2012, fue nuevamente hospitalizada por “*tumefacción, masa o prominencia localizada en sitios múltiples*”, por lo que tuvieron que intervenirle la médula

Todos estos padecimientos llevaron a la incapacidad laboral y a que dejara de percibir ingresos desde el 9 de diciembre de 2012, por lo que no pudo cumplir con el pago de las cuotas de un crédito hipotecario, que había contraído con el Banco BBVA por valor de

\$120'000.000, el cual fue amparado con un seguro de vida de la compañía BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.

El 4 de enero de 2013, solicitó a la compañía BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., que asumiera el saldo del crédito hipotecario, quien a través de comunicación del 23 de enero de 2013 le indicó:

(...) que después del análisis de la reclamación presentada el pasado 04 de enero de 2013, afectando el amparo de incapacidad total temporal; por Meningitis Bacteria, hecho ocurrido el pasado 13 de junio de 2012, encontramos que la señora Edith Olivera Martínez tenía antecedentes de Hipertensión Arterial desde el año 2003, de acuerdo con la historia médica de la Clínica Universitaria de Colombia. (Ocultamiento de información). (Sentencia T-398, 2014)

También se pronunció la Corte en la sentencia mencionada en este apartado, en cuanto al alcance del crédito hipotecario frente al contrato de seguro de vida, diciendo:

Además, el hecho de que el crédito adquirido con el Banco BBVA sea hipotecario, aumenta las posibilidades de ver afectado su derecho al mínimo vital, vivienda y vida digna. Si bien es cierto que con otro tipo de créditos igual existe el riesgo de perder la vivienda y como tal afectarse el mínimo vital, no es menos cierto que las garantías reales (especialmente la hipoteca que garantiza derechos reales sobre inmuebles), tienen la virtualidad de dejar en una situación penosa al dueño de la vivienda que, como en este caso, es una persona en situación de invalidez y sin condiciones económicas para pagar las cuotas del crédito bancario. (Sentencia T-398, 2014)

La Sala de Revisión concluyó:

(...) que si bien la no declaración de una condición de salud (pre-existencia) puede dar lugar a la configuración de reticencia, para que esta se configure la aseguradora debe probar la mala fe del tomador. En tal sentido indicó: “la reticencia significa la inexactitud en la información entregada por el tomador del seguro a la hora de celebrar el contrato. Esta figura es castigada con la nulidad relativa. En otros términos, sanciona la mala fe en el comportamiento del declarante. Ello implica que, (i) no necesariamente los casos de preexistencias son sinónimo de reticencia. El primer evento es objetivo mientras que el segundo es subjetivo. Por tal motivo, (ii) es deber de la aseguradora probar la mala fe en los casos de preexistencias, pues solo ella es la única que sabe si ese hecho la haría desistir de la celebración del contrato o

hacerlo más oneroso. En todo caso (iii), no será sancionada si el asegurador conocía o podía conocer los hechos que dan lugar a la supuesta reticencia. (Sentencia T-398, 2014)

En sentencia T-316 del año 2015²⁶, en la que la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional hace la revisión de varios fallos proferidos por juzgados de primera y segunda instancia de diferentes ciudades, sobre temas de renuencia de las aseguradoras a pagar los riesgos amparados en contratos de seguros de vida, se encuentra que los accionantes en todos los casos buscaron el amparo de derechos fundamentales conculcados como consecuencia del no pago de los mismos, así:

En expediente **T-4698859**, la accionante una señora de 62 años, busca proteger sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la información, el mínimo vital, el derecho de petición y el debido proceso. En expediente **T-4712587**, los accionantes un señor de 79 años, y su cónyuge de 77 años consideraron que se les estaban vulnerando sus derechos fundamentales a la vida, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. En expediente **T-4707706**, la accionante obrando como agente oficiosa de su cónyuge buscó que se protegieran sus derechos fundamentales a la vida, el mínimo vital, la familia, la alimentación, la salud y la dignidad humana, y en el expediente **T-4708930**, la accionante actuando por medio de apoderado, consideró vulnerados sus derechos fundamentales de petición, el mínimo vital y a la vida digna (Sentencia T-316, 2015).

En todos los casos, las aseguradoras se negaron a pagar los riesgos amparados aduciendo reticencia, bien sea por negarse la presencia de enfermedades existentes, por omitir declarar el padecimiento de enfermedades terminales, o que la enfermedad generadora de la incapacidad total y permanente no estaba cubierta e incluso porque la prima no había sido cancelada.

Dice la Corte Constitucional al respecto del análisis conjunto de estas sentencias:

En los distintos casos cuya revisión se acumula en esta providencia, se exponen situaciones de personas que tomaron o se encontraban aseguradas por pólizas de seguros de vida e incapacidad total y permanente. Al materializarse el siniestro (muerte o incapacidad total y permanente), las compañías de seguros objetaron las reclamaciones presentadas por los

²⁶ La Sentencia 316 de 2015, de la

beneficiarios, bajo el argumento de que los tomadores/asegurados habían incurrido en reticencia al momento de llenar las declaraciones de asegurabilidad, pues omitieron declarar el padecimiento de pre-existencias cuando celebraron los respectivos contratos de seguros. Adicionalmente, en uno de los casos, la aseguradora indicó que la póliza de seguros –grupo docentes– cuya cancelación se reclamaba, no había sido expedida, toda vez que el pago de la primera prima, que debía realizar por medio de un descuento por nómina, no se llevó a cabo en el mes pactado sino en el siguiente, debido a una situación no imputable a la tomadora y desconocida por aquella. (Sentencia T-316, 2015)²⁷

Para llegar a su decisión la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, realizó el análisis de once sentencias, que arrojaron las siguientes conclusiones respecto a la figura de la reticencia y al principio de la buena fe, en el marco de los contratos de los seguros de vida, así:

(i) la falta de declaración de cualquier pre-existencia médica no constituye en sí misma reticencia, puesto que para que pueda hablarse de esta última es necesario probar la mala fe del tomador; (ii) debido a la necesidad de preservar el interés público, representado en el equilibrio de las partes contractuales, las aseguradoras tienen un conjunto de cargas o deberes que deben cumplir para impedir que con su actuar lesionen derechos fundamentales de sus usuarios, entre ellas, (iii) deben proveer información tan completa como sea posible a los tomadores de seguros en relación con los alcances, exclusiones y cualquier otra circunstancia relativa al contrato de seguro; asimismo, (iv) han de abstenerse de utilizar cláusulas genéricas y ambiguas en sus contratos de seguros para objetar la cancelación de la póliza, bajo el argumento de que el tomador/asegurado incurrió en reticencia; (v) las aseguradoras no pueden alegar en su defensa que el tomador/asegurado incurrió en reticencia si conocían o podían conocer los hechos que dieron lugar a dicha reticencia, como en aquellos eventos en los que se abstuvieron de comprobar el estado de salud del asegurado al momento de tomar el seguro, por medio de la práctica de exámenes médicos o la exigencia de unos recientes. (Sentencia T-316, 2015)

El fallo de la Corte en las sentencias bajo examen es: 1- Sentencia **T-4698859**:

²⁷ Sentencias analizadas en la Sentencia T-316 de 2015: T-057 de 1995, T-1165 de 2001, T-517 de 2006, T-306 de 2007, T-832 de 2010, T-1018 de 2010, T-751 de 2012, T-086 de 2012, T-342 de 2013, T-662 de 2013 y T-222 de 2014.

(...) se observa que la compañía aseguradora no cumplió con la carga de comprobación, en el sentido de verificar lo señalado por la tomadora/asegurada al momento de adquirir la póliza de seguros. Recuerda la Sala que a través de las sentencias T-751 de 2012 y T-342 de 2013, se precisó que corresponde a las aseguradoras corroborar la condición médica del tomador o asegurado, ya sea a través de la realización de exámenes médicos o la solicitud de entrega de unos recientes, y que esta obligación no se suple con la inclusión de cláusulas dirigidas a eximirse de responsabilidad, pues dada la naturaleza de adhesión de este tipo de contratos, es la aseguradora quien tiene el deber de verificar el estado de salud de quien solicita la expedición de la póliza. (Corte Constitucional, 2015) (Subrayas fuera de texto)

De tal suerte que la Sala de Revisión estima que la aseguradora Seguros de Vida Colpatria S. A., vulneró los derechos fundamentales de la accionante al mínimo vital y al debido proceso al no querer pagar el siniestro cuando este se presentó, alegando reticencia.

En cuanto a la Sentencia **T-4712587**: A juicio de la Sala, la situación de la señora Rosa Tulia Cáceres se encontraba amparada por el principio de la buena fe contractual, que a su vez tiene asidero en la Carta Política. La tomadora del seguro, al no tener conocimiento de los hechos alegados por Interseg Intermediarios, tenía la convicción de estar protegida en relación con los riesgos que luego configuraron el siniestro, y no tenía motivo alguno para desconfiar de dicho respaldo. Teniendo en cuenta que la fallecida obraba bajo la creencia de estar protegida por la mencionada póliza, a la sombra del principio de la buena fe, resulta contrario a los mandatos constitucionales avalar la posición de la compañía de seguros, pues no solo omitió su deber de informar a la señora Rosa Tulia acerca de la no expedición de la póliza, sino que ahora pretende utilizar como excusa la falta de descuento de la prima del mes de diciembre de dos mil doce (2012), situación que no es imputable a la tomadora, para negarse a cancelar la póliza de seguros ante la materialización del siniestro.

Sin embargo, debe también considerarse la otra objeción planteada por la compañía de seguros, correspondiente a que la tomadora incurrió en reticencia, al no declarar que padecía cáncer al momento de llenar la declaración de asegurabilidad y celebrar el contrato de seguro. En cuanto a esta situación, la Sala da por probado que la declaración suscrita por la fallecida incluye una pregunta de acuerdo con la cual “Tiene(n), ha(n) tenido o le(s) han diagnosticado: [...] _ Cáncer...”, frente a lo cual la tomadora guardó silencio, por lo que resulta cierto que se indagó específicamente por la condición de salud de la accionante al

momento de suscribir el contrato de seguro. Sin embargo, ello por sí solo no permite afirmar que la tomadora incurrió en reticencia. Debe tenerse en consideración que reticencia no equivale a pre-existencia, puesto que para que pueda hablarse de la primera se hace necesario probar la mala fe del tomador (Sentencia T-316, 2015).

Para la Sentencia **T-4707706**: A juicio de la Sala, si bien es cierto que en este caso se puede acudir ante la jurisdicción ordinaria para buscar allí protección judicial, este mecanismo de defensa no resulta idóneo ni eficaz al considerar las circunstancias específicas que rodean la situación del señor Pinto Romero y su familia. Se trata de una persona que ha sido declarada legalmente inválida, cuyo único sustento proviene del pago de la pensión de invalidez en un monto de un (1) salario mínimo legal mensual vigente. En este sentido, el mismo es merecedor de especial protección por parte del Estado y, específicamente, del juez constitucional (Sentencia T-316, 2015).

Ahora bien, el hecho de la invalidez hace del accionante un sujeto de especial protección; no obstante esta situación en particular al decir de la Corte no es la que hace que la acción de tutela se torne procedente, en realidad lo que la hace procedente, es:

(...) la concurrencia de factores como la invalidez, la situación económica y la dependencia del grupo familiar de los ingresos del accionante, hacen que en este caso deba procederse al estudio de fondo del amparo, pues exigirle al actor que acceda a la administración de justicia por vías ordinarias no resulta proporcionado ni razonable, toda vez que ello equivaldría a exponerlo a un proceso largo, tedioso y costoso que, debido a sus circunstancias, el agenciado no está en la facultad de afrontar. Por considerarse que los medios de defensa ante la jurisdicción ordinaria no resultan idóneos para el accionante, se ha de declarar procedente la acción de tutela. (Sentencia T-316, 2015)

6. La reticencia: figura en crisis

La pregunta que abordara este trabajo sobre si, *¿la reticencia u ocultamiento de información en el seguro de vida grupo deudores, es una institución jurídica entrada en crisis debido al nivel de efectividad al que ha llegado?*, comienza a tener respuesta a lo largo de las varias sentencias analizadas, que permiten ver cómo, cada vez es más imperativo el amparo de los derechos, que la declaración de una nulidad relativa por ocultamiento o inexactitud en la información suministrada por el asegurado.

La vulneración de derechos fundamentales, dice la Corte Constitucional “...hacen que en este caso²⁸ deba procederse al estudio de fondo del amparo, pues exigirle al actor que acceda a la administración de justicia por vías ordinarias no resulta proporcionado ni razonable...” (Sentencia T-316, 2015).

La Corte Constitucional decide que para este caso debe: “procederse al estudio de fondo del amparo” y no recurrir ante la justicia ordinaria, porque es claro que el juez de tutela lo que protegió, fueron los derechos vulnerados como resultado del desconocimiento del siniestro por parte de la aseguradora y no, la base misma de la relación contractual, frente al incumplimiento de una de las partes, es decir, el juez aplicó la tesis de conexión y pretensión de corrección, y mediante el papel de la lógica formal hizo que la solución fuera solidaria con las premisas, tal y como lo afirma Perelman (1979):

(...) el papel de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas. Esa aceptabilidad resulta de la confrontación de los medios de prueba y de los argumentos y de los valores que se contraponen en el litigio. El juez debe efectuar el arbitraje de unos y otros para tomar una decisión y motivarla... la lógica jurídica especialmente la de las Cortes de Casación, se presenta, en conclusión, no como una lógica formal sino como una argumentación, que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad. (p. 11)

En todo caso, vale la pena considerar que existen al decir de Atienza (2013), tres grupos de teorías, lógicas, retóricas y éticas, las lógicas, son aquellas que la justificación solo puede ser de naturaleza lógico-deductiva; las retóricas que afirman que los juristas utilizan argumentos retóricos y no lógicos para justificar las interpretaciones; y las éticas que afirman que una justificación completa de cualquier decisión, y específicamente de una decisión jurídica y, por tanto, también de una decisión interpretativa, es necesariamente una justificación (político-) moral. (p. 132)

Sobre esto, Kennedy (1998) sostiene que hay jueces que actúan de manera estratégica y pueden ser insensibles a las implicaciones ideológicas específicas o trabajar duro para desterrarlas de su conciencia, así: “A judge who habitually behaves strategically vis-à-vis the

²⁸ Sentencia T-316 Corte Constitucional, 22 de mayo de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

materials may be insensitive to specifically ideological implications or work hard to banish them from her consciousness” (p. 181).

La distinción entre lógica y argumentación jurídicas, al decir de Gómez (2017), es de gran importancia para comprender las bases conceptuales de la actual teoría estándar de la argumentación jurídica. En consecuencia, dice Gómez, la teoría de la argumentación jurídica, en la medida en que entiende los argumentos jurídicos como algo que trasciende a la pura lógica jurídica deductiva, tiene un objeto de estudio y de reflexión más amplio que la lógica jurídica, aunque no pueda prescindir de esta al constituir un elemento fundamental en la elaboración y desarrollo de los argumentos jurídicos.

Ahora bien, en el marco de la pretensión de corrección, la corrección de una interpretación al entender de Alexy (1995), “solo puede demostrarse cuando se aducen razones en su favor y en su contra. Por tanto es válida la frase: interpretación es argumentación” (p. 45).

He aquí el punto en el que convergen dos caminos a través de los cuales jurídicamente puede trasegar el asegurado o el tomador del seguro, para lograr el reconocimiento del riesgo amparado; de manera especial el que emerge del seguro de vida; uno de ellos, el de la justicia ordinaria (*formalismo positivo*) – tesis de la separación –, que por lo ya demostrado, no es precisamente el camino más expedito, toda vez que es claro que cualquier viso de ocultamiento de información, de desconocimiento del estado real de la salud del contratante asegurado, es de por sí motivo suficiente para que la aseguradora, se niegue a reconocer el pago del riesgo asegurado; resultando en consecuencia un fallo de nulidad por ocultamiento de información y en consecuencia, liberando a la aseguradora de su obligación de pagar el riesgo asegurado, o en su defecto, el asegurado deberá someterse a un largo y costoso proceso ante la justicia ordinaria, alegando que le demuestren que actuó de mala fe. Por el contrario, si en cambio resulta que el asegurado o sus beneficiarios, se encuentran en unas condiciones particulares en las que más allá del fallecimiento del asegurado o de su estado de salud, se conjuguen además “la concurrencia de factores como la invalidez, la situación económica y la dependencia del grupo familiar de los ingresos del accionante (...)” (Sentencia T-316, 2015) como es el caso de los asegurados con pólizas de seguro de vida deudores mencionados en las sentencias a las que se ha hecho mención en este escrito, por el hecho de haber accedido

a un crédito hipotecario, como en otros casos, el camino jurídico más viable será entonces el del amparo de sus derechos fundamentales vía acción de tutela (*argumentación jurídica*), tesis de la conexión, tesis de la corrección.

En el caso específico de los hechos antecedentes de la Sentencia **T-4708930**, la aseguradora aduce reticencia por parte de la asegurada y en consonancia con las declaraciones de asegurabilidad que ella realiza previas a la suscripción del contrato de seguro de vida, “*Mi estado de salud es normal, no padezco ninguna enfermedad crónica ni me encuentro en estudio médico por afecciones de mi estado de salud.*”, “*No sufro actualmente dolencias tales como: enfermedades neurológicas, psiquiátricas (...)*”, “*En la actualidad no sufro síntomas, enfermedades crónicas o adicciones que puedan incidir sobre mi estado de salud*”, y “*No tengo limitación ni mental alguna*” (Sentencia T-316, 2015).

La Sala estima que Seguros Bolívar S.A. no obró de conformidad con sus deberes. Por un lado, no se aporta constancia de que al momento de suscribir el contrato de seguro a la accionante se le haya pedido aportar exámenes de salud recientes ni que se le hubieran practicado algunos, a fin de indagar por su estado de salud (deber conocer)²⁹. Por otro lado, la parte accionada se abstuvo de consultar la historia médica de la accionante (poder conocer)³⁰, y solo lo hizo hasta el momento en que se reportó el siniestro, lo anterior pese a que en la declaración de asegurabilidad se lee: “*(...) [d]e conformidad con lo estipulado en el Artículo 34 de la Ley 23 de 1981, autorizo expresamente a la Compañía de Seguros Bolívar S. A. para tener acceso a mi historia clínica y a todos aquellos datos que en ella se registren o lleguen a ser registrados (...)*” (Corte Constitucional, 2018). Así las cosas, la Sala observa que la compañía aseguradora, pese a tener la posibilidad de conocer el estado de salud de la tutelante de forma oportuna, decidió esperar, y solo hasta que le fue conveniente procedió a verificar las condiciones vitales de la actora, lo cual constituye una vulneración de la carga de confirmación.

²⁹ Deber de la aseguradora de ir más allá en la declaración de asegurabilidad, cuando de esta se desprendan indicios de la posibilidad de un estado de salud más deteriorado que realmente declarado.

³⁰ Deber de la aseguradora de ir más allá en sus investigaciones, cuando de esta se desprendan indicios de la posibilidad de un estado de salud más deteriorado, cuando como resultado de los exámenes practicados y de las valoraciones realizadas por los profesionales de la salud, se determine la existencia de otras enfermedades o el potencial surgimiento de la mismas, con posterioridad al aseguramiento.

La Corte al respecto manifiesta:

Al cotejar dicha información con la que reposa en la “Declaración de asegurabilidad unificada seguro de vida grupo” suscrita por la accionante el veintiocho (28) de octubre de dos mil diez (2010), se tiene que dichas manifestaciones en efecto reposan en el documento. Sin embargo, dicha circunstancia, por sí sola, no implica que la asegurada haya incurrido en reticencia conforme a lo regulado en el artículo 1058 del Código de Comercio, pues como fue explicado previamente, para que una pre-existencia sea considerada como reticencia se hace necesario que se compruebe la mala fe del tomador. (Sentencia T-316, 2015)

Además la Corte hace precisión en cuanto a que no obstante haber podido, la aseguradora, conocer el real estado de salud de la asegurada, como la ley se lo concede, no lo hizo, y decidió esperar hasta que al decir de la Corte “le fuera conveniente” lo cual manifiesta el fallo “constituye una vulneración de la carga de confirmación”.

Es muy importante en este punto de este trabajo de investigación, exponer la posición que al respecto del análisis de las sentencias presentadas tomó el honorable magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien hiciera salvamento de voto en la presente sentencia al no estar de acuerdo con el análisis que se hizo al principio de subsidiariedad, quien adujo:

(...) discrepo del correspondiente análisis del principio de subsidiariedad que se realizó frente a los casos concretos de los expedientes T-4.698.859, T-4.712.587 y T-4.708.930, por cuanto si bien tuvieron en cuenta coyunturas particulares tales como la pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, la muerte misma del tomador del seguro o la carencia de recursos de los beneficiarios de la póliza para efectos de admitir la procedibilidad de los recursos de amparo promovidos, se descartaron de plano otros elementos fácticos y jurídicos que permitían colegir que las compañías aseguradoras objetaron fundadamente las reclamaciones ante ellas elevadas por no haberse declarado con exactitud las diferentes circunstancias que determinaban el estado de los riesgos asegurados. (Sentencia T- 316, 2015)

De tal tendencia es esta posición y esta línea judicial de demanda de protección vía tutela³¹ que, no queda opción otra, en este caso, que refutar el salvamento de voto del

³¹ “No cabe duda de que la acción de tutela no es la vía idónea para pronunciarse sobre el fenómeno de la reticencia, cuando se brindan elementos de juicio que advierten sobre la existencia de una discusión respecto de la veracidad de las declaraciones realizadas sobre el estado del riesgo y que implican entrar a determinar si se infringieron o no los mandatos de la buena fe. En efecto, en la medida en que en este tipo de casos el asunto adquiere un alcance controversial y litigioso, que desborda el carácter sumario e informal del amparo

honorable magistrado Guerrero, no porque no se hubieran como él dice, dado razones de peso para demostrar, por parte de la aseguradora, que en efecto hubo reticencia, sino porque la aseguradora lo hizo extemporáneamente, es decir en la etapa procesal y como accionado, y no en el momento oportuno que es el de la etapa del iter contractual, que denominamos, etapa precontractual, y que se da durante toda la etapa de la declaración de asegurabilidad y hasta la firma del contrato de seguro. En esta fase, donde se desarrollan el conocer, el deber conocer y el poder conocer – ampliamente esbozados en este escrito - la aseguradora – cumplidas sus obligaciones contractuales en calidad de experto – tenía la opción de (i) abstenerse de asegurar y (ii) de sobre primar al tomador del seguro, en este caso, en virtud de que de haber descubierto el verdadero estado de salud de la asegurada - el riesgo sería ostensiblemente mayor - al de cualquier otro asegurado. Este momento lo dejó pasar y en consecuencia, al otorgar el aseguramiento, lo que hizo fue renunciar a alegar con posterioridad la existencia de cualquier ocultamiento de información. Qué le queda entonces al accionado en este caso, alegar la mala fe de la asegurada; es lo que debió realmente hacer y no enfocarse en alegar la existencia de la reticencia.

Otra sentencia que consolida bajo análisis común varios fallos de tutela, es la Sentencia 071 de 2017, de la Corte Constitucional, del MP. Aquiles Arrieta Gómez³².

constitucional, el cual exige un nivel mínimo de certeza o de convencimiento respecto del derecho reclamado, es claro que el amparo constitucional resulta improcedente. Por ello, tal como se reseñó en la Sentencia T-523 de 1998 y se reiteró en la Sentencia T-683 de 2000, es innegable el juez de tutela no puede disponer el reconocimiento u ordenar el pago de “un derecho incierto y discutible, pues aquello escapa de la órbita constitucional para radicarse en una discusión de rango legal que debe resolverse en la jurisdicción competente”.

Tan sólo por vía de excepción es posible que el juez de tutela asuma el conocimiento de este tipo de casos, para ello además de advertir la existencia de una discusión de relevancia constitucional, como ha ocurrido hasta el momento, es preciso que se observe con suficiencia, claridad y de manera inequívoca que, en el asunto bajo examen, concurren los supuestos del derecho solicitados y que, en el fondo, lo que se encuentra es un abuso de la aseguradora en abstenerse de reconocer y pagar un derecho indiscutible, como consecuencia de la ventaja que le otorga su posición contractual privilegiada. Así ha procedido esta Corporación, por ejemplo, (i) cuando no se observa una relación cierta de conexidad entre las patologías no declaradas y la posterior invalidez o muerte del asegurado, o (ii) cuando la aseguradora no brinda ningún elemento de juicio para considerar que las preexistencias fueron conocidas antes de celebrar el contrato de seguro.” (Corte Constitucional, 2016).

³² Acciones de tutela instauradas por: (i) Yesid José Jabba Peláez contra el Juzgado Tercero Civil Municipal de Barranquilla y el Juzgado Once Civil del Circuito de Barranquilla (Exp. T-5.491.771); (ii) Stwe Yesid Maldonado Maldonado contra el Banco BBVA Colombia S.A. y BBVA Seguros de Vida S.A. (Exp. T-5.492.897); (iii) Jeyson Smith Noriega Suárez contra Suramericana Seguros de Vida (Exp. T-5.494.329); (iv) Maryly Rodríguez Tellez contra BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. y el Banco BBVA Sucursal Calle Grande de Valledupar, Cesar, (Exp.

Esta Sentencia, hace a su vez unas aclaraciones de suma importancia, que imponen unos cuidados adicionales a las aseguradoras a efecto de no ser sorprendidas por asegurados que quieran aprovecharse de sus estados de salud precarios.³³

Una proliferación de fallos en este sentido, a favor de personas que aun conociendo su estado de salud deciden omitir información a la aseguradora para acceder al contrato de seguro, haciendo parecer que ingresan a la póliza como un riesgo normal dice Zarante (2016), desequilibra el contrato, desconoce sus elementos esenciales, vulnera otros derechos fundamentales, afecta el principio de solidaridad y desconoce la función del mismo, independientemente de que se trate de un sujeto de protección especial por su condición de invalidez o discapacidad, debido a que dicho sujeto pretende acceder a una cobertura, sin haber cumplido con los requisitos mínimos de obrar de buena fe, pagar una prima acorde a su riesgo y tener derecho a la indemnización que reclama (Zarante, 2016). Comulgo perfectamente con esta posición de Zarante (2016), al tiempo que en las conclusiones de escrito, formulo unas posiciones que tanto a jueces como a abogados, a asegurados y

T- 5.496.591); (v) Gloria del Carmen Marín de Vásquez contra Positiva Compañía de Seguros S.A. y el Banco Corpbanca Colombia S.A. (Exp. T-5.536.394); (vi) Lola Parra de Cusba contra Equidad Seguros de Vida O.C. (Exp. T-5.675.008); (vii) Diego Luis Peña Ríos contra el Banco BBVA Colombia S.A. y BBVA Seguros de Vida S.A. (T-5.720.487); y (viii) Cristóbal González Amaya contra la Compañía Financiera Comultrasan y la aseguradora Equidad Seguros de Vida O.C. (Exp. T-5.722.448).

³³ El nuevo ítem de análisis propuesto por la Corte Constitucional es el siguiente: “Por lo tanto, incluso quienes son sujetos de especial protección constitucional pueden perder el derecho a la aplicación de la protección constitucional consistente en la orden a las entidades aseguradoras de acoger y pagar el siniestro, cuando se demuestre que, realizada adecuadamente la labor de diligencia calificada que se le impone a la aseguradora, el asegurado ocultó a sabiendas su estado de salud con el fin de acceder a la cobertura. En este orden de ideas, la materialización de ese principio incluye obligaciones como: (1) Elaborar formularios donde claramente se explique cuáles son: (i) los efectos de la reticencia y de las preexistencias; y (ii) donde se mencionen claramente las patologías, usando además de nombres científicos, nombres comunes de identificación. Además, la compañía de seguros debe verificar, por lo menos, que el afiliado sepa leer y escribir. (2) Establecer un estándar de responsabilidad de los empleadores basado en la culpa in eligendo y la culpa in vigilando. En este sentido, los funcionarios de las compañías de seguros que participan en el proceso de recolección de datos del asegurado. No es lo mismo un asegurado que tiene plena apariencia de estar sano, que aquél que se atiende en una cama de hospital. En el primer caso, el estándar de vigilancia se disminuye notoriamente. (3) No existe “obligación” de hacer exámenes médicos para acreditar la asegurabilidad de los pacientes, pero la decisión de no hacerlo debe ir acompañada de una averiguación lo suficientemente robusta como para que reemplace las conclusiones llevando a la compañía de seguros a un estándar suficientemente alto que permita establecer, a simple vista, que si aparece una preexistencia, se deriva de la mala fe del paciente”. Sentencia 071 de 2017, Corte Constitucional. MP. Aquiles Arrieta Gómez.

aseguradoras, les pueden ser de utilidad al momento de incursionar en estos avatares del aseguramiento, en especial, el del seguro de vida deudores.

7. Conclusiones

De acuerdo con el proceso de categorización de la información y posteriormente la estructuración y contrastación de la misma, se pudo obtener la siguiente fundamentación teórica de la investigación, desde la perspectiva del formalismo positivo, se pudo establecer que para quienes como, jueces, abogados, aseguradoras, tomadores y asegurados, quieran demostrar el mejor derecho, en el escenario de las teorías puras del *formalismo positivo*, se debe tener en cuenta:

Que en la etapa precontractual del seguro, es donde se debe controlar que no se presente ocultamiento de información por parte del asegurado. Si puesto de presente el formulario de asegurabilidad, el asegurado manifiesta no tener dolencia o deficiencia alguna en su estado de salud (*el conocer*), la posición diligente de la aseguradora deberá ser la de ordenar exámenes para ratificar esta condición (*el deber conocer*), y de resultar algún indicador sospechoso de posible condición de salud deficitaria, se deberán ordenar exámenes de profundización - a costo de la aseguradora - que permitan tener certeza de las condiciones de salud reales del tomador (*el poder conocer*).

Además, al no resultar ninguna situación nueva, se procedería al aseguramiento. En todo caso, de llegar a presentarse el siniestro, por situaciones de salud desconocidas por el asegurador, y habiendo sido estas imposibles de detectar, aun teniendo las previsiones que exigen, incluso, el poder conocer, la aseguradora, deberá demostrar: (i) que cumplió con todos sus deberes de conocer, deber conocer y poder conocer, (ii) que la dolencia de salud disparadora del siniestro, existía con anterioridad a la declaración de asegurabilidad y a la toma de la póliza; sin embargo, en este punto, (iii) lo que compete demostrar, no es, solamente, la preexistencia de la enfermedad, sino la mala fe que pudo existir, por parte del asegurado.

Al presentarse algún resultado de estado de salud deficiente, la aseguradora deberá aplicar lo dispuesto en el artículo 1058 del Código de Comercio y en consecuencia podrá retraerse de celebrar el contrato o estipular condiciones más onerosas, para el aseguramiento.

Si se llegare a estipular condiciones más onerosas - y presentarse el siniestro - no tendrá el asegurador otra opción que reconocer el siniestro presentado. Esto no significa, que de presentarse el siniestro por situaciones diferentes no lo vaya a reconocer, la Corte Constitucional ha sido clara en este sentido; solo que en estos casos no se requiere un nexo de causalidad entre el hecho respecto del cual se predica la reticencia o inexactitud y el "siniestro". Nuevamente lo que habrá que demostrarse es la mala fe, del asegurado.

Por otra parte, desde el punto de vista del no positivismo, se tiene que como la carga de la prueba de la mala fe, está en cabeza de la aseguradora, en calidad de experta en el contrato de seguro; el asegurado o el tomador, lo que deberá alegar es que la aseguradora incumplió con sus deberes de *conocer, deber conocer, y poder conocer* y en consecuencia, deberá – la aseguradora - demostrar que hubo ocultamiento de información, pero no objetivo sino subjetivo, es decir, el que resulta de la mala fe del asegurado.

Sin embargo, si el asegurado *es consciente de su reticencia*, deberá entrar en zona de litigio, buscando amparar los derechos fundamentales que se le pudieren estar vulnerando, como consecuencia del no pago del siniestro ocurrido, derechos como: *el mínimo vital, la salud, la dignidad humana, la vida digna, la vivienda, el debido proceso, el buen nombre, la salud o la integridad personal*. Esto en la medida, que la Corte Constitucional, por encima del incumplimiento a la obligación de obrar de buena fe, por parte del asegurado, se inclinaría, seguramente como ya hemos visto, a proteger los derechos posiblemente vulnerados del mismo asegurado o de terceros de buena fe, que puedan resultar afectados.

Por lo tanto, es evidente la inclinación de la Corte Constitucional hacia las doctrinas del no positivismo, como claros partidarios de la teoría dual del derecho, y de la dimensión ideal o crítica, que predica la corrección de contenido y de procedimiento. Que en efecto, existe conexión necesaria entre el derecho como es y cómo debe ser, y por lo mismo, existe conexión entre validez jurídica y corrección legal de un lado, y corrección o incorrección moral del otro; es decir, que la tesis de conexión, es la tesis prevalente en las decisiones de la Corte Constitucional, y que se hacen validas tanto la teoría de la corrección, como la de la argumentación.

Desde la perspectiva personal del autor de este artículo, se encuentra que la Corte Constitucional, en su afán de corregir años y años de ignorar sistemáticamente los problemas

morales o políticos más generales que suscitaban la decisiones judiciales, decidió amparar los derechos de los ciudadanos, de manera general, y de los asegurados, de manera particular, acogiendo las teorías propuestas por Alexy, en cuanto a la pretensión de corrección, a la teoría de la argumentación, y al hecho mismo que el juez, para fallar al respecto de un derecho humano, lo único que requería era justificar las razones de su validez.

No obstante, no es posible evidenciar si se tuvo o no en consideración por parte de los jueces constitucionales, lo establecido por la fórmula de Radbruch, toda vez que no se respetaron unos parámetros de máximos y mínimos, en el entendido que al decir de la fórmula planteada por el autor, que señala que la justicia extrema no es derecho y, de otro, que el argumento atinente a la corrección, según el cual, la pretensión de corrección del derecho necesariamente incluye una pretensión de corrección moral. En consecuencia, la pretensión de corrección solamente debería ser aplicable, cuando se *traspasa el umbral de la justicia intolerable*, es decir, cuando las normas que han sido expedidas de manera apropiada no son socialmente eficaces y pierden su validez.

Desde un proceso de crítica constructiva, adicional a la del umbral de la justicia intolerable, radica en el amparo de derechos fundamentales, que obligan el pago de siniestros, en los que no existe un nexo de causalidad entre el derecho vulnerado y el siniestro acaecido. Téngase presente que no se hace referencia a la relación entre el riesgo asegurado y el siniestro presentado; se propone, por lo menos, que debería existir al menos un nexo causal, entre el derecho vulnerado amparable y el siniestro presentado, como el caso de la docente que por la pérdida de su voz, reclama el reconocimiento del siniestro por parte de la aseguradora, para la cancelación de su deuda hipotecaria, en el entendido que su voz es su herramienta de trabajo y por consiguiente, su fuente de ingresos.

En este caso, por ejemplo, bastaría con demostrar ese nexo causal y no sería necesario demostrar el umbral de justicia intolerable. O como cuando la aseguradora, se niega a pagar el riesgo asegurado, alegando reticencia, cuando esto es únicamente potestativo del juez, se está violando el derecho al debido proceso. Caso contrario, por ejemplo, sería el de las cuotas impagas del crédito hipotecario, y las de la prima, en el que se desconoce el incumplimiento del contrato y se protegen los derechos fundamentales a la vivienda digna y al mínimo vital. Muy lamentable si es la situación de la viuda, pero no existe un nexo causal entre el siniestro,

por inexistencia de la obligación de la aseguradora, resultado del incumplimiento del contrato, y el derecho amparado. La otra salida sería, más aceptable y más fácilmente justificable, que se traspasó el umbral de justicia intolerable.

Finalmente, a lo largo de este artículo, y a partir de la tesis de la naturaleza dual del derecho, propuesta por Alexy, se ha demostrado: *primero*.- que los jueces vienen aplicando las teorías de la dimensión ideal o crítica, de la corrección de contenido y de procedimiento (*pretensión de corrección*), de la teoría de la argumentación jurídica (*corrección moral en forma de justicia*); *segundo*.- se ha demostrado igualmente, que si existe conexión necesaria entre el derecho como es y como debe ser, (*Tesis de la Conexión*), y por ende, si existe conexión entre validez jurídica y corrección legal de un lado, y la corrección o incorrección moral del otro y *tercero*.- *la reticencia*, como causal de nulidad relativa en el contrato de seguro de vida, en efecto, ha perdido su fuerza de coerción, y se está tornando en una figura jurídica en crisis como resultado de la constitucionalización del derecho.

Referencias

- Alexy, R. (1995). Teoría del discurso y derechos humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2008). El concepto y la naturaleza del derecho. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons.
- Alexy, R. (2016). La doble naturaleza del derecho. Madrid: Trotta.
- Arráez, M., Calles, J., y Moreno de Tovar, L. (2006). La Hermenéutica: una actividad interpretativa. Sapiens. Revista Universitaria de Investigación, 7(2),171-181.[fecha de Consulta 12 de Febrero de 2020]. ISSN: 1317-5815. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=410/41070212>
- Atienza, M. (2013). Curso de Argumentación Jurídica. Madrid: Trotta.
- Bernal, C. (2008). Estudio Introductorio. En R. Alexy, El concepto y la naturaleza del derecho (págs. 12-13). Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons.

- Cardoso, C. (2014). La limitación de la autonomía privada de las compañías aseguradoras como mecanismo de protección del asegurado. *Revista CES DERECHO Volumen 5 No.1*, 94.
- Caroní, P. (2013). *Lecciones de historia de la codificación*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. (pág. 30-31). Editorial Dykinson.
- Echeverry, D. (2019). *Sistema Financiero y Bursátil*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Gadamer, H. G. (1993). *La historicidad de la comprensión como principio hermenéutico. Verdad y método*, 1.
- García, A. (1998). *Principios y Positivismo Jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gómez, J. (2017). *La Argumentación Jurídica Teoría y Práctica*. Madrid: Dykinson.
- Hart, H. (1994). *El concepto de derecho*. Reino Unido: Clarendon Press.
- Kennedy, D. (1998). *A Critique of Adjudication (Fin De Siècle)*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- López Medina, D. (2018). *La Teoría Impura del Derecho*. Bogotá: LeDgis.
- Martínez, J. (2013). Positivismo, vigencia y eficacia en el pensamiento de H. L. A. Hart - Ensayo Doctoral. *Memorando de Derecho*, 139-140.
- Martínez, J. (2015). Codificación del derecho, interpretación de la ley y discrecionalidad judicial. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 17-30.
- Narváez, J. R. (2012). *El Código Civil en México: entre la forma y la tradición*. México: <https://www.researchgate.net/publication/287942627> .
- Ossa, J. E. (1991). *Teoría General del Seguro*. Bogotá: Temis.
- Perelman, C. (1979). *Lógica jurídica y nueva retórica*. Madrid: Civitas.

- Radbruch, G. (1946). Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. En: Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26. Recuperado de: <https://academic.oup.com/ojls/article-abstract/26/1/1/1505665?redirectedFrom=fulltext>
- Richards, D. A. (1989). Robert Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification. Ratio Iuris, vol. 2, n.3 .
- Rodríguez, C. (1997). La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Savigny, F. (1878). Sistema del derecho romano actual. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores.
- Verdu, P. (1989). Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 64. Abril-Junio 1989
- Vigo, R. (2003). Balance de la Teoría Discursiva de Robert Alexy. En F. d. Aires, La injusticia extrema no es derecho de G. Radbruch a R. Alexy (pág. 207). Buenos Aires: Universidad Nacional de Buenos Aires.
- Zarante, G. (2016). Constitucionalización y protección de derechos fundamentales en el contrato de seguro: Análisis jurisprudencial-Corte Constitucional de Colombia. Rev. Ibero-Latinoam.Seguros, Bogotá (Colombia), vol. 45 (25), 237.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional. (17 de julio de 1992). T-469. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (23 de septiembre de 1998). T-523. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. (12 de junio de 2000). T-883. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. (26 de junio de 2001). T-661. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. (5 de diciembre de 2002). T-1085. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional. (26 de octubre de 2005). T-1091. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (1 de julio de 2006). T-517. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. (23 de julio de 2009). T-490. M.P. Luis Ernesto Varga Silva.

Corte Constitucional. (21 de octubre de 2010). T-832. M.P. Nilson Pinilla.

Corte Constitucional. (2 de abril de 2014). T-222. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. (30 de junio de 2014). T-398. M.P. Jorge Iván Palacio.

Corte Constitucional. (22 de mayo de 2015). T-316. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. (10 de febrero de 2016). C-054. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. (12 de febrero de 2016). T-058. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional. (6 de febrero de 2017). T-071. M.P. Aquiles Arrieta Gómez

Corte Constitucional. (3 de mayo de 2018). T-164. M.P. Cristina Pardo Schlesinger

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (julio de 1977). Expediente XXXXXX.
M.P: José María Esguerra Samper.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (octubre de 1995). Expediente 4640. M.P.
Pedro Lafont Pianetta

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (mayo de 1999). Expediente. 4923. M.P.
Jorge Arango Mejía.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (agosto de 2001). Expediente 6146. M.P.
Carlos Ignacio Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (octubre de 2005). Expediente 9559. M.P.
Silvio Fernando Trejos Bueno.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (abril de 2007). Expediente 11001-31-03-
022-1997-04528-01. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (diciembre de 2016). SC18563-2016.
M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.