



Universidad La Gran Colombia Armenia

**UNA APROXIMACIÓN HERMENÉUTICA A LOS CONCEPTOS DE MORAL Y
BUENAS COSTUMBRES CONTENIDOS EN CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO**

Christian David Galvis González

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Armenia, Quindío

2020

**UNA APROXIMACIÓN HERMENÉUTICA A LOS CONCEPTOS DE MORAL Y
BUENAS COSTUMBRES CONTENIDOS EN CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO**

Christian David Galvis González

Trabajo para optar por el título de abogado

Director:

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Armenia, Quindío

2020

*Dedicado: A mi esposa que ha
sido la voz de aliento, la esperanza
y la luz incesante en este camino.*

*A mis padres que con su humildad
y abnegación han sido mi motor y
ejemplo de vida*

Agradecimientos

Especial agradecimiento y gratitud al Dr. Sergio Raúl Cardozo y a Carlos Anibal Beltrán Franco con quienes he compartido estas inquietudes académicas y de quienes he recibido juiciosos razonamientos y la inspiración para culminar esta crucial etapa. A la Universidad La Gran Colombia, por haber permitido la realización de esta propuesta investigativa.

Resumen

El Código Civil colombiano de 1873, influido por el Código de Bello y adoptado por la Ley 57 de 1887, en algunos de sus artículos regula las obligaciones civiles, mediante las expresiones metajurídicas “moralmente posible” y “conforme a las buenas costumbres. Tales disposiciones surgen como uno de los pocos límites a la autonomía de la voluntad de obligarse dentro las relaciones jurídicas particulares en el contexto socio cultural del estado liberal decimonónico, donde son incorporadas en la mayoría de codificaciones civiles latinoamericanas de la época. Dada la actualidad del debate teórico acerca de introducción de contenidos morales en las normas jurídicas y la jurisprudencia dentro del paradigma neoconstitucionalista, a través de un estudio histórico hermenéutico y un método integrativo, se analizan diferentes posturas teóricas, y doctrinales, la interpretación en el tiempo de estos conceptos, las consecuencias de su implementación en la resolución los asuntos regulados por estas expresiones y su valoración a la luz de la norma constitucional y las nuevas tendencias de interpretación judicial.

Palabras clave

Moral, buenas costumbres, neoconstitucionalismo, conceptos jurídicos indeterminados, principio de supremacía constitucional

Abstract

The Colombian Civil Code of 1873, influenced by the Code of Bello and adopted by Law 57 of 1887, in some of its articles regulates civil obligations, through the meta-legal expressions “morally possible” and “in accordance with good customs. Such provisions arise as one of the few limits to the autonomy of the will to be bound within the particular legal relationships in the socio-cultural context of the nineteenth-century liberal state, where they are incorporated in most Latin American civil codifications of the time. Given the actuality of the theoretical debate about the introduction of moral content in legal norms and jurisprudence within the neoconstitutional paradigm, through a hermeneutical historical study and an integrative method, we analyze different theoretical and doctrinal positions, their interpretation over time, the consequences of their implementation in the resolution of the matters regulated by these expressions and their assessment in the light of the constitutional norm and the new forms of judicial interpretation.

Keywords

Morals, good customs, neo-constitutionalism, indeterminate legal concepts, principle of constitutional supremacy

Tabla de contenido

Resumen.....	V
Palabras clave.....	V
Tabla de contenido.....	VII
Introducción	1
1. Tratamiento de los conceptos moral y buenas costumbres en el derecho civil	3
1.1. La moral y las buenas costumbres en la doctrina en materia civil.....	3
2. Antecedentes de la moral y las buenas costumbres en derecho romano.....	19
3. Analizar los posibles problemas de interpretación de los conceptos jurídicos Moral y buenas costumbres a partir de las referencias doctrinales identificadas	23
4. Contexto socio cultural en la promulgación del código civil de 1873.....	37
4.1. Antecedentes de la codificación civil colombiana.....	37
4.2. Aproximación a las concepciones morales de la nación en el siglo XIX.	41
5. Analizar los pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en los que se han decidido sobre casos análogos.....	50
5.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.....	50
5.2. Estudio sobre la materia en la Corte Constitucional.....	55
5.2.1. Análisis de la línea.....	0
6. Aspectos de la Constitucionalización del derecho privado.....	6
6.1. Constitucionalización del derecho y del derecho civil en particular.	7
Conclusiones.....	22

Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad desarrollar un estudio sobre cuáles son los aspectos, jurídicos y teóricos que posibilitan la comprensión de los conceptos moral y buenas costumbres contenidos en el Código Civil colombiano. Para lo cual, en un primer capítulo se identificará el tratamiento que la doctrina jurídica en materia civil ha dado a estos conceptos jurídicos indeterminados y sus antecedentes históricos desde el derecho romano. Seguidamente, se analizan los posibles problemas que se derivan de las definiciones e interpretaciones doctrinales estudiadas en el capítulo anterior. Posteriormente, en un tercer capítulo, se hará una descripción del contexto socio cultural del país y sus implicaciones morales, durante el siglo XIX, momento en el cual, surgen las codificaciones civiles de América Latina como vertientes del proyecto emprendido por Bello posteriores a la legislación de Indias. En un cuarto capítulo, que se encuentra dividido en dos secciones, por una parte, se analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en la cual ha resuelto casos concretos bajo el estudio de las expresiones moral y buenas costumbres, con el ánimo de encontrar una definición jurisprudencial para estas dos expresiones indeterminadas cuyo contenido es variable dependiendo de su intérprete. Por otro lado, en la segunda sección del capítulo, se estudia la jurisprudencia de la Corte Constitucional orientada a definir la constitucionalidad de las expresiones moral y buenas costumbres y su definición bajo los parámetros de esta alta corporación. Por último, se analizan las implicaciones de las expresiones mora y buenas costumbres dentro del contexto jurídico del neoconstitucionalismo.

El problema planteado lo abordaremos desde un enfoque integrativo u holístico, ya que, este permite hacer un análisis no solamente normativo, o factico. Antes bien, y así lo define (Gómez Tapia, 2018), citando a Witker, afirmando que el holístico es un enfoque que ha tomado vigencia debido a que permite abordar el objeto (jurídico) de estudio desde tres dimensiones: una dimensión normativa, una fáctica y una axiológica, con lo cual se puede tener una visión global del problema estudiado.

Ya que se trata de un enfoque integrativo, en el cual se llega a la consecución de los objetivos a través de tres niveles de análisis “norma, hecho social, e intereses tutelados” (Gómez Tapia, 2018), es pertinente la concatenación de estos tres segmentos mediante el método hermenéutico con enfoque histórico hermenéutico de los conceptos moral y buenas costumbres del, C.C., así como la jurisprudencia y la doctrina, con el fin de hacer inteligible su sentido formal y positivo. A su vez, en cuanto al segmento de lo factico, se evalúa su validez, su grado de legitimación social, y como lo explica (Gómez Tapia, 2018) “su pertinencia con el ethos vigente; así como la racionalidad y pertinencia de la práctica jurídica” (pág. 15)

El problema de investigación tiene fuertes implicaciones prácticas en el terreno de la interpretación judicial, pues es el juez civil quien en ultimas deberá determinar en qué casos se da o no se da el cumplimiento de los requisitos del objeto, de la causa o la posibilidad de las obligaciones civiles, y como consecuencia de la vigencia de las cláusulas legales que atañen a la moralidad y a las buenas costumbres en los artículos mencionados, deberá el juez hacer un ejercicio hermenéutico que defina la controversia, y dada la gran indeterminación de los conceptos a estudiar, posiblemente varios casos con identidad de supuestos de hecho, no serán decididos de manera uniforme por los juzgadores. Por tanto, las consecuencias de la disparidad

de las decisiones judiciales a casos con analogía iuris, podrían causar un trato desigual hacia los ciudadanos en la resolución del caso.

1. Tratamiento de los conceptos moral y buenas costumbres en el derecho civil

1.1. La moral y las buenas costumbres en la doctrina en materia civil

Dentro del derecho civil, uno de los pilares más importantes, es la autonomía de la voluntad de los destinatarios de la norma (art. 1494 y 1602 del Código Civil), sobre la cual, los sujetos con capacidad de obrar pueden adquirir obligaciones y contratar conforme a sus intereses. Respetando esa facultad, según (Valencia & Ortiz, 2016), el legislador plasma en el ordenamiento normas supletorias o interpretativas, con las cuales, en ausencia de la determinación de los pactantes en ciertos casos, se acude a ellas, en las que ha recogido modelos de negocios y actos jurídicos que han sido comunes en la historia del derecho y los pone a disposición de esas voluntades individuales, para los cuales, estas normas no son vinculantes, pero representan un patrón de la forma que con regularidad se realizan los actos jurídicos.

Las normas de orden público son de una naturaleza distinta a las anteriores, pues, no admiten un comportamiento contrario al que ellas ordenan. En síntesis, son normas imperativas, sobre las cuales la autonomía de la voluntad no prevalece. Así por ejemplo, los contratantes no pueden moldear lo establecido en el artículo 1502 del Código Civil, que dispone cuales son los requisitos para que una obligación generada por un acto o declaración exista; pero si pueden determinar asuntos como el plazo para el pago de una obligación dineraria generada en un contrato de

mutuo, no obstante en ausencia de esta estipulación, adquiere relevancia la norma supletoria que dice que el plazo no podrá ser menor diez días según el artículo 2225 del Código Civil.

Los conceptos moral y buenas costumbres dentro del ordenamiento jurídico, al igual que el concepto de orden público, están contenidos en normas configuradas como imperativas que validan o invalidan los actos jurídicos de naturaleza civil. Para (Valencia & Ortiz, 2016) no se trata de una prohibición de llevar a cabo el acto de voluntad, sino que si este llega a ser contrario a las normas que contienen estos términos metajurídicos, carecerá de los efectos jurídicos que quieren darle las partes. Un ejemplo de estos actos los encontramos , en Castán, citado por (Lacruz, 2011):

algunas de estos actos ilícitos podrían ser “la prestación puede ser ilícita en sí misma (cometer un delito), o en su causa, es decir, en la contraprestación (promesa de una suma de dinero por cometer delito); incluso, lícitas en sí mismas la prestación y la contraprestación, puede ser ilícita su recíproca causalidad (gratificación a un juez para que falle conforme a Derecho). La ilicitud puede provenir también del fin (obligación de realizar un trabajo para que se perjudique la salud del que lo presta). Comprar un tóxico de venta prohibida es ilícito. Comprar uno cuya venta se permite, para administrarlo a los ratones, es lícito, pero no para librarse del vecino excesivamente aficionado al piano. (p.59).

En el sentido aludido por (Valencia & Ortiz, 2016), no se trataría de una prohibición de celebrar ciertos actos jurídicos (pues como se verá, la redacción de las normas no es prohibitiva,

sino condicionante). En todo caso, la consecuencia para el negocio jurídico que sea contrario a estas normas de validación, es la nulidad, pues como se recoge de las palabras de (Rocha, 2015):

El acto nulo absolutamente reúne las condiciones mencionadas, pero se encuentra privado de efectos por la ley por contrariar principios de orden público, la moral o las buenas costumbres. No produce consecuencias jurídicas y sus efectos no pueden confirmarse ni prescribir. (p. 340)

Pero la moral y las buenas costumbres, son conceptos que pueden interpretarse desde disciplinas auxiliares del derecho, como la filosofía o la sociología y aún desde las mismas concepciones religiosas o cosmogónicas existentes. No obstante, también son expresiones que interesan al derecho civil en particular, pero no solamente a este, sino, al derecho en general, pues los conceptos que son objeto del presente estudio, también fueron utilizados por el legislador colombiano en materia mercantil, de propiedad intelectual y en normas de derecho comunitario, así mismo en derecho disciplinario y en Código de Infancia y Adolescencia (Sentencia C-234, 2019); en tanto que hacen parte de un contenido normativo, siendo normas morales con implicaciones jurídicas.

Destacan como ejemplo de estas normas que se han ocupado de la moral y las buenas costumbres, el numeral 3 artículo 538 del Código de Comercio, el cual prescribe que “No se considera que una invención es contraria al orden público o a las buenas costumbres por el solo hecho de que su explotación esté prohibida a los particulares por una disposición legal”.

En el ámbito del derecho comunitario y la propiedad industrial, la Decisión 486 de 2000, expedida por la Comisión de la Comunidad Andina, y que establece el “régimen común sobre propiedad industrial”, establece la moral y las buenas costumbres a manera de prohibición para

las autoridades encargadas del registro de marcas, patentes o denominaciones de origen. Un ejemplo de estas prohibiciones son:

Artículo 20.- No serán patentables: a) las invenciones cuya explotación comercial en el territorio del País Miembro respectivo deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moral. A estos efectos la explotación comercial de una invención no se considerará contraria al orden público o a la moral solo debido a la existencia de una disposición legal o administrativa que prohíba o que regule dicha explotación.

Artículo 116.- No serán registrables: a) los diseños industriales cuya explotación comercial en el territorio del País Miembro en que se solicita el registro deba impedirse necesariamente para proteger a la moral o al orden público. A estos efectos la explotación comercial de un diseño industrial no se considerará contraria a la moral o al orden público sólo - 28 - por razón de existir una disposición legal o administrativa que prohíba o que regule dicha explotación;

Así mismo, el Artículo 194 de la misma disposición que establece que “No podrá registrarse como nombre comercial un signo que esté comprendido en alguno de los casos siguientes: a) cuando consista, total o parcialmente, en un signo contrario a la moral o al orden público.” Por su parte el artículo 135.- establece que no se podrán registrar signos que sean contrarios a los mismos conceptos moral, orden público y buenas costumbres.

La Decisión 486 de 2000, también emplea el mismo lenguaje para limitación del ejercicio de registro de las denominaciones de origen en el artículo 202 literal c.

En el ámbito del derecho interno, el legislador, a través de la Ley 1705 de 2014, “por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio”, dispuso en el artículo primero, que es una actividad ilícita, no solo la que es contraria al ordenamiento penal,

sino que también lo es aquella “actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley por deteriorar la moral social”. La consecuencia jurídica que esta ley prevé para las actividades que tengan (según el legislador) esta condición, es la descrita en el artículo 15, esto es, la extinción de dominio.

Dentro de este tipo de normativas, se puede incluir el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, según el cual, puede adoptar quien tenga “idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente”

La multiplicidad de criterios interpretativos alrededor de la moral y de las buenas costumbres, no ha sido ajena a la interpretación jurídica. Por tanto, han sido en el pasado la doctrina y los tribunales quienes han determinado lo que puede entenderse por estos términos, con el fin de generar criterios auxiliares de interpretación que orienten las decisiones judiciales.

Desde la doctrina en materia civil, varios teóricos se han referido a los términos moral, buenas costumbres y orden público que se encuentran por ejemplo en artículos como el 16, 1151, 1518, 1524, 1532, 1773 del Código Civil., los cuales pertenecen al conjunto de normas de orden público que tienen una misma finalidad en el ordenamiento: el de ser una regla de validación o invalidación de los actos jurídicos llevados a cabo por particulares, que de llegar a incumplir con estos requisitos y siendo demandadas dichas declaraciones de voluntad, el juez civil, a través de un ejercicio de interpretación puede llegar al convencimiento de la ilicitud del acto jurídico y declarar su anulación., pues como se anotó anteriormente, el ordenamiento no le confiere efectos a los actos que no se ajusten a las pautas de la moral y las buenas costumbres. Como se destacará en el desarrollo este trabajo en los capítulos siguientes, estas dos expresiones, provenientes del lenguaje común, conllevan un cierto grado de indeterminación y su contenido puede variar en el

tiempo, el contexto o según la autoridad que los interprete. Los conceptos indeterminados resultan inevitables en el ordenamiento jurídico, pues para el legislador es imposible la previsión de todas las situaciones a regular, mientras que cierta indeterminación permite al productor de normas superar la existencia de aspectos de las relaciones jurídicas no regulados expresamente por la ley. Por tanto, estas configuraciones normativas podrían responder a la idea de peligrosidad en la ruptura de los valores sociales establecidos, que se gesta en las diferentes comunidades y que procuran mantener el statu quo. Pero también hay quienes piensan que los conceptos jurídicos indeterminados, como la moral y las buenas costumbres, permiten a la autoridad intervenir en un mayor número de situaciones y a su vez tomar decisiones con mayor espectro sobre casos concretos. Según (Buenaga, 2016):

Nuevamente, la presencia de esta indeterminación conceptual es inevitable en las normas, y se refiere casi siempre a expresiones para valorar la actitud o conducta de un sujeto o para describir una situación determinada. En estos casos, la formulación genérica del concepto jurídico es la que posibilita al operador jurídico obtener una mayor flexibilidad o adaptabilidad de la norma al caso concreto. (p.144)

Igualmente, el mismo autor clasifica los conceptos jurídicos indeterminados en tres grupos, en primer lugar se encuentran los principios jurídicos, posteriormente los estándares de conducta y por último, encontramos las que recogen situaciones fácticas, las cuales son tenidas en cuenta por el ordenamiento jurídico, de este grupo hacen parte conceptos como el de moral, las buenas costumbres, el interés público, el orden público y el mercado. De esta última clasificación, (Buenaga, 2016) dice que:

No cabe duda que en estos casos, el legislador introduce unos conceptos jurídicos cuya indeterminación deja en manos del órgano decisor un importante componente valorativo, pues a diferencia, por ejemplo, de los estándares de conducta o los propios principios jurídicos, no existe en muchos casos ningún elemento con una mínima objetividad para afirmar la concurrencia de tales en un caso concreto a resolver (piénsese en la expresión “buenas costumbres” u otras similares). En otros, en cambio sí pueden encontrarse datos objetivos, como puede ser, por ejemplo, el establecimiento de la valoración del precio de mercado de un bien. (p.145)

Por otro lado, conviene precisar que en términos gramaticales y de la literalidad de artículos como el 1518, 1524, 1532 del Código Civil, se puede entender que los conceptos moral y buenas costumbres son sinónimos, mientras que en un sentido general, la moral se refiere a la voluntad o querer realizar el bien (dentro de lo cual, cabrían también las convicciones religiosas), las buenas costumbres apuntan a su exteriorización, como sucede en el texto del Código Civil español, y así lo refiere (Lacruz, 2011):

Conviene puntualizar qué es lo que entiende el Cc. — qué es lo que, en cada caso, debe entender el juez — por moral y por buenas costumbres. Para FERRI, la moral ha de entenderse en sentido subjetivo, como voluntad buena, intención dirigida a lo bueno y justo, mientras que las buenas costumbres tienen un carácter objetivo y externo. «Quien ve la moral en las buenas costumbres adopta una concepción exterior o farisaica de aquélla». Pero en nuestro Derecho positivo no encuentro razones para sostener esa opinión que

parece confundir la moral con la buena fe. Más probablemente y así se deduce de los antecedentes, ambas expresiones son sinónimas: moral, en el art. 1.275 o en el 1.255, equivale a las buenas costumbres en los 792, 1.116 y 1.271. Decir que los pactos, o la causa, no deben ser contrarios a la moral significa que la conducta impuesta en aquéllos no se oponga a la exigible «en la normal convivencia de las personas estimadas honestas», dice DE CASTRO . A su vez MARTY y RAYNAUD hablan de «las exigencias de moralidad de una civilización». (p.446)

De la misma manera, (Kaufmann, 1999) explica que el término moral es comúnmente usado como sinónimo de ética en algunos casos sin reparar mucho en su sentido ontológico; pero suele confundirse también, con la costumbre, mientras que la costumbre se vincula más a reglas de comportamiento, usos o hábitos. Parece que en la redacción de estos conceptos en el Código Civil, al igual que en otros textos legales, se utiliza indistintamente los términos moral y buenas costumbres. Pero también, se pueden definir desde el vocablo americano mores, que como lo define el mismo autor, se trata de “... las formas de proceder que le son comunes a un pueblo o a una tribu y cuyo desconocimiento trae consigo sanciones” (p.387)

En el mismo sentido que expone (Lacruz, 2011), la doctrina nacional, conceptúa sobre las buenas costumbres y sobre la moral indistintamente, tomando ambos términos como equivalentes, pues como las define (Rocha, 2015) entre otros, se trata de normas morales y principios que imperan en la sociedad.

En esta misma línea, (Valencia & Ortiz, 2016) indica que las buenas costumbres se pueden definir como “una moral jurídica”, término con el cual quiere indicar que se trata de unos

“principios morales practicados por los ciudadanos que obran con lealtad y honradez” (p. 751). Para este jurista, se trata de una moral media en la que tiene interés el derecho. Mientras que para (Hinestrosa, 2007) el concepto de buenas costumbres está estrechamente vinculado al orden público, es decir, que es un decálogo moral que superpone el interés de la sociedad sobre la voluntad individual. Así mismo, citando a Bonnacase, expresa que la noción de buenas costumbres se refiere a una moral practicada por la mayoría de un grupo social, pero además su generalidad radica en que es una moral con puntos de encuentro en los sujetos del grupo social, sin importar sus convicciones religiosas. En suma, sería una moral, pero no religiosa:

la doctrina jurídica reafirma la presencia de una moral media o corriente, la practicada por la generalidad de los miembros sociales, cuya verificación es tarea del juez, quien tampoco puede sustraerse a su renovación constante, a veces acelerada, lo que lleva a pensar, más que en una moral tradicional, en una moral natural, laica, cívica, ecuménica, en la que pueden coincidir creyentes de distintos credos religiosos y no religiosos, agnósticos y no creyentes, ingredientes indispensables y base común del pacto social. ¿Qué se entiende por buenas costumbres? Por doquier se emplea la expresión, y al parecer hay consenso en derredor de la noción, como la moral prevaleciente en la sociedad del presente, que no es una moral ideal, de la mayor exigencia, sino más bien, un nivel suficiente, que signifique un mínimo de corrección exigido por las buenas costumbres en el medio, tal como lo siente y lo reconoce la “gente”, pero sin posibilidad de vincularlas y, menos, asimilarlas a un determinado

credo religioso o a alguna convicción política en particular. (Hinestrosa, 2007, p. 283)

En un sentido contrario al de los autores que acabamos de ver, existen propuestas como la de (Larrea, 2006) que define las buenas costumbres a través de principios (honestidad, legalidad, equidad, buena fe); pero se aparta de los anteriores en que cree la moral y las buenas costumbres no pueden medirse a simple vista con la observación de la opinión general; por el contrario dice que:

Aunque las costumbres corresponden a modos de vivir o actuar, que se forjan en buena parte por la repetición de actos, por el influjo del ambiente, por la educación y diversas presiones sociales, no se debe pensar que sean buenas o malas por su simple generalización o repetición más o menos frecuente.

(Larrea, 2006, p.71)

En este último caso las buenas costumbres, no se estructuran como práctica habitual del conglomerado social, como valores inherentes a la sociedad por su aceptación y exteriorización en el tiempo, sino que, este último autor reniega de esa aceptación y consenso mayoritarios, y parece matricularse dentro de una corriente del iusnaturalismo: “El gran error contemporáneo, que conduce a múltiples abusos y males, consiste en erigir como norma ética a lo que se ha generalizado, se ha hecho costumbre, en una comunidad” (Larrea, 2006, p.71). Es decir que, no se podría acudir a la reiteración de una conducta admitida por la comunidad para determinar lo que son las buenas costumbres, sino que aquellas deben contrastarse con unas normas morales

religiosas, o a principios que se conciben como eternos e inmutables que le sirven de referente en la práctica interpretativa, lo que suscita el debate entre derecho justo y un derecho consensual.¹

Ciertamente la cultura de un pueblo sirve para orientarse en la descripción de lo que son las buenas costumbres; pero la misma cultura debe calificarse de recta o de extraviada, a la luz de los supremos principios del Derecho Natural .

(...)También los principios religiosos dan mucha luz para establecer lo que se ha de entender por buenas costumbres. El gran patrimonio común religioso de hebreos, cristianos y musulmanes, compartido al menos parcialmente por muchos otros grupos religiosos, se compendia en el Decálogo, y esta síntesis religioso-jurídica de más de tres mil años de existencia, ha orientado a innumerables pueblos en la determinación de lo que se debe entender por buenas costumbres (Larrea, 2006, pp. 71,72)

De los planteamientos doctrinales anteriores, se advierte que es el juzgador, quien dentro de las competencias otorgadas por el legislador para el conocimiento de asuntos de naturaleza civil, ha de desarrollar un ejercicio hermenéutico, para determinar en cada caso, si un acto de voluntad, cumple con los cánones de la moral y las buenas costumbres. Para esta tarea, deberá en cada

¹ Dado que, con el presente trabajo, no se plantea reabrir la discusión sobre el antagonismo inveterado entre iusnaturalismo y positivismo, remitimos a las obras de:

- Orrego, Sánchez, Cristóbal. *Analítica del derecho justo la crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2004. ProQuest Ebook Central, <https://ugc.elogim.com:2117/lib/biblioulagrancolsp/detail.action?docID=3190665>.
- Castro, Riera, Carlos. *Temas de filosofía del derecho*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017. ProQuest Ebook Central, <https://ugc.elogim.com:2117/lib/biblioulagrancolsp/detail.action?docID=5486883>.

contexto histórico y social, analizar la denominada moral media, moral social, o reglas sociales, que compartirían todos los sujetos del conjunto social. Pero ¿qué método utilizaría el juez para hacer dicha observación? O ¿Cuál sería el enfoque epistemológico para llegar a una resolución del caso? siendo la moral y las buenas costumbres términos abiertos, conceptos jurídicos indeterminados cuyo contenido puede cambiar en la medida que las sociedades cambian sus referentes éticos o sus costumbres? Durante los siglos XIX y XX, la interpretación judicial, pudo darse desde dos extremos opuestos del pensamiento jurídico: el iusnaturalismo, y el realismo jurídico

Una de las salidas hermenéuticas al planteamiento de un caso de desconocimiento de la moral y las buenas costumbres, se podría abordar desde el realismo jurídico, en relación con Duguit, que daba a entender que se deben examinar los textos legales en el marco del devenir de los hechos sociales:

El Derecho es mucho menos la obra del legislador que el producto constante y espontáneo de los hechos. Las leyes positivas, los códigos, pueden permanecer intactos en sus textos rígidos: poco importa; por la fuerza de las cosas, bajo la impresión de los hechos, de las necesidades prácticas, se forman constantemente instituciones jurídicas nuevas. El texto está siempre allí; pero ha quedado sin fuerza y sin vida; o bien por una exégesis sabia y sutil se le da un sentido y un alcance en los cuales no habría soñado el legislador cuando los redactaba (De la Maza, 1938, p.. 382)

O por el contrario, y como se advirtió de algunas posiciones doctrinales frente a la moral y las buenas costumbres, el juzgador puede acercarse más a un planteamiento desde el iusnaturalismo,

en el cual, entre la moral y el derecho no existe separación, y por tanto aquella, no es un elemento extra jurídico:

De modo paralelo, el iusnaturalismo se caracterizará también por dos tesis: i) la “tesis de las fuentes racionales”, según la cual las fuentes sociales (positivas) de las normas jurídicas pueden ser valoradas racionalmente en cuanto a la validez de sus contenidos; en otras palabras, esta tesis mantiene que al lado de (y en un cierto sentido, sobre) las fuentes sociales del derecho normativo, existe una fuente racional de contenidos normativo-jurídicos; y ii) la “tesis de la relación”, conforme a la cual existe una relación constitutiva entre el derecho y la ética; dicho en palabras de Brian B ix , esa tesis sostiene que “no se puede comprender propiamente o describir el derecho sin una evaluación moral.

(Massini, 2010, p.407,408)

Así pues, no hay una definición legal, una suerte de tarifa establecida por el legislador en la que se determine cuál es el sentido que debe darse a las buenas costumbres, al estilo de algunas leyes cuyo título preliminar dispone qué sentido debe darse a algunos términos. En ese caso, es la interpretación jurisprudencial la que vendría a resolver la ambigüedad e indeterminación de las expresiones moral y buenas costumbres. Pero este ejercicio hermenéutico no debe darse de manera antojadiza por el juez y acudiendo al subjetivismo, sino, siguiendo pautas epistemológicas independientemente de la corriente jurídico filosófica del juzgador. Por este motivo, recuerda (Buenaga, 2016) que:

La utilización por parte del legislador de dichos conceptos es una encomienda al juzgador para que éste disponga de un poder de apreciación de la concurrencia en cada caso concreto de dichas circunstancias. Esta situación es la que determina que sea jurisprudencialmente cómo estos conceptos jurídicos indeterminados se vayan perfilando progresivamente, y, en definitiva, vayan determinándose, provocando, en ocasiones, un retorno hacia el ámbito del legislador y haciendo que éste, finalmente, recoja el concepto jurisprudencial y lo establezca legalmente como concepto jurídico(p.144).

La moral y las buenas costumbres, como elementos metajurídicos que se vierten en las normas jurídicas y entendidos según la doctrina en materia civil estudiada, generan una gran complejidad en el ejercicio hermenéutico para los casos concretos, puesto que no existe un catálogo expreso, tipificado y legislado de conductas que atenten contra la moral o las buenas costumbres, como se evidencia, por ejemplo de una lectura del artículo 1151 del Código Civil, por un lado, son inválidas las disposiciones que contraríen la ley, esto es, una norma jurídica positiva existente en el ordenamiento jurídico, y por otro lado, también estarían viciadas de invalidez (nulidad) las disposiciones contrarias a la moral. Podría pensarse que existen normas que regulan aspectos que constituyen las buenas costumbres, como por ejemplo, la Ley 1801 de 2016, por medio de la cual se crea el Código Nacional de Policía y Convivencia, el cual tiene como objetivo encausar el comportamiento de los ciudadanos, para lograr una convivencia pacífica, por tanto sí se trata de un listado de buenas costumbres, pero es también, una norma jurídica mediante la cual, el legislador espera un comportamiento deseable por parte del ciudadano. Pero hay que hacer distinción entre la norma jurídica que ordena, prohíbe y sanciona;

y las buenas costumbres, como moral social, debido a que la primera carece de interiorización por parte de la colectividad, razón por la cual requiere de la coerción para lograr su objetivo; mientras que la segunda, según los teóricos analizados, tiene su fuerza de un sentir colectivo que no requiere de la sanción legal. Por tanto, mientras que si el convenio es ilegal, sólo hay que buscar la norma a la cual contradice la manifestación de la voluntad, por el contrario, si atenta contra la moralidad o las buenas costumbres, no hay un catálogo de inmoralidades que se puedan fijar a perpetuidad y que se puedan adecuar a las sociedades de todos los tiempos (tampoco, bajo las concepciones de la doctrina civil podría ser un estándar en la óptica de todos los juzgadores, a lo que nos referiremos en el capítulo siguiente). Al respecto (Hinestrosa, Tratado de las obligaciones, 2007), citando la sentencia de casación del 31 de mayo de 1938 XLVI, 570 expresa que ese carácter abstracto de dichas disposiciones metajurídicas debe ser definidas por la máxima autoridad en la jurisdicción civil:

Incumbe a la jurisprudencia, en últimas a la Sala de casación civil de la Corte Suprema de justicia (art. 365 c. de p.c.) determinar el alcance del orden público y de las buenas costumbres e individualizar las pautas correspondientes. Orden público y buenas costumbres se suele decir que son “clausulas generales”, que “están destinadas a propiciar la mayor adecuación posible de la reglamentación jurídica a las exigencias del orden sustancial a la medida que van aflorando en el ámbito del régimen [...] y deben servir para mantener el sistema jurídico a tono – así sea en una medida bastante limitada - con los tiempos, evitando dificultades y no infrecuentemente anacronismos, que una aplicación demasiado rígida y mecánica de la ley lleva consigo inevitablemente.(p. 281)

(Valencia & Ortiz, 2016), propone la valoración de una serie de reglas que el juzgador debe tener en cuenta para validar o invalidar los negocios jurídicos que lleguen a su consideración; destacando la existencia de una prohibición implícita para el operador jurídico llamado a calificar el acto del que se presume ha vulnerado las buenas costumbres o la moralidad. Dice el autor que en el raciocinio judicial para el caso, no se tomará en cuenta ningún ideal religioso, filosófico o político, como tampoco se valorará la opinión de determinadas clases sociales. además, para valorar si alguna manifestación de la voluntad jurídica es contraria a la moral y las buenas costumbres dice el autor citando a Enneccerus, Von Tuhr, Demogue y Senn que:

(...) se ha de tener en cuenta el modo de pensar de toda la nación, es decir el modo de pensar de los ciudadanos que obran con espíritu de equidad y de justicia, los hechos de la opinión común, y la corriente general de las ideas que regulan el nivel moral de un pueblo. (Valencia & Ortiz, 2016, p. 751)

El doctrinante continuando con la lista de exclusiones que no pueden hacer parte de las razones del juez dice que: “al respecto aclara Enneccerus que “no puede emplearse ni el parecer acrisolado del pensador ilustre, ni el modo de pensar y de obrar de hombres de baja condición moral, aunque constituya las costumbres (o más bien el mal uso) de ciertas esferas” (p.751). Y complementa retomando comentario de A. Von Tuhr que en la evaluación del negocio jurídico, resulta inmoral, la conducta que recibe un reproche por parte de la sociedad.

Por ultimo cree que con esta “metodología” podríamos llamar con pretensiones sociológicas, el juez podría emitir un juicio de invalidación (nulidad. Art. 1741 del Código Civil) o conformidad del acto de voluntad, sin incurrir en sesgos morales y “...subjetivismo de los jueces,

quienes no deben preocuparse de su manera personal de juzgar, sino de la manera como obran las gentes de conciencia recta” (Valencia & Ortiz, 2016, p. 751)

Ahora bien, la indeterminación de la moral y las buenas costumbres puede llevar al intérprete judicial a varios escenarios posibles dependiendo de lo que considere como moralmente aceptable y conforme a las buenas costumbres. Un ejemplo de lo anterior, lo encontramos en (Valencia & Ortiz, 2016), el cual plantea que son inmorales los negocios jurídicos sobre casas de prostitución y los relativos a las casas de juego, la obligación condicional de dejar legado siempre y cuando no se contraiga matrimonio; donación entre vivos con la condición de permanecer en viudedad, no adelantar divorcio a cambio de suma de dinero, así como el negocio jurídico para la obtención de pruebas de infidelidad; también atentan contra las buenas costumbres los negocios que limitan la libertad industrial y de comercio.

2. Antecedentes de la moral y las buenas costumbres en derecho romano

La moderna distinción entre moral y derecho, no fue conocida por los romanos de la época arcaica, pues en principio, el comportamiento de los integrantes de la sociedad era determinado por preceptos religiosos (la voluntad de las deidades) interpretados por los *pontífices* encargados de revelar el derecho divino. Así, los pontífices pasaron de interpretar el *fas* (derecho divino) a establecer las pautas de conducta que debían ser guardadas de generación en generación y eran consideradas inmutables. A esta fuente del derecho se le denominó *mores maiorum* o costumbre de los antepasados. (Metro, 2003). Hay vinculación en la práctica e interiorización de las costumbres de los antepasados por el pueblo romano, con las buenas costumbres, puesto que las *boni mores* son el canon de conducta admitido por las *mores maiorum*. Por tanto, las costumbres de los ancestros son la expresión temprana de una norma moral con trascendencia y vigencia en

la cultura romana y a la cual debía adaptarse cualquier relación jurídica (Fernández, 2007). En consecuencia, para observar con rigurosidad las *boni mores* el ciudadano romano mira hacia la norma de conducta reiterada por los ancestros y que primigeniamente era la voz de los dioses. Aunque de lo expuesto por (Blanch, 2018), se destaca que las *mores maiorum* no solo se trataban de ritos religiosos, sino que en ellas se condensaba toda la idiosincrasia romana, aunque, los juristas de la época clásica, no hacían referencia expresa a ellas como fuente de derecho, en algunos casos lo hacían para superarlas por considerarlas anacrónicas al momento de interpretar el derecho.

Un ejemplo de esa regulación de la autonomía privada, dentro del sistema jurídico romanístico, es la nulidad e la inexistencia del acto jurídico por contradicción a la moral vigente:

La inexistencia de la estipulación puede ser por inhabilidad personal (a), por incongruencia (b), o por inmoralidad (c). (...) Por inmoralidad es inexistente la estipulación cuando el acto mismo prometido es inmoral (p. ej., la estipulación de cometer un delito), no cuando resulta ilícito por una consideración contingente (p. ej., aquella cuyo objeto es contrario a prohibiciones de leyes o scc.). (d’Ors, 2016, p.243)

La misma consecuencia jurídica de nulidad de negocio, afecta a todos aquellos actos jurídicos que incurren en causa contraria a la moral, en este caso denominada como *causa turpis*, esto es como dice (Fernández, 2007): “las contrarias a la moral, si bien en este caso no existe tanta claridad, a los efectos de calificación, como con las obligaciones ilícitas” (p.80)

Hay varias referencias en el Corpus Iuris Civiles a los términos que estudiamos como *adversus bonos mores* o *contra bonos mores* cuyo sentido literal sería contra las buenas

costumbres, que eran normas de moral pública a las que debía sujetarse toda persona tanto en las relaciones públicas, como en las relaciones jurídicas. Dentro de las relaciones del primer tipo se puede considerar el comportamiento que se esperaba de ciertas personas. Al respecto (Blanch, 2018) afirma:

Así, por ejemplo, lo que distingue a una mater familias no es su status civil, si está casada o es viuda, si es libre de nacimiento o manumitida, pues lo que la hace digna son las buenas costumbres (Ulpiano 59 ed . D. 50.16.46.1). La expresión no debe ser entendida en sentido subjetivo. A propósito del delito de injurias, donde aparece reflejada en el edicto del Pretor, la Jurisprudencia, al comentarla, la refiere a las buenas costumbres de la ciudad en que el hecho delictivo se produjo (Ulp. 77 ed . D. 47.10.15.6). Este criterio se utiliza para determinar conductas lesivas de la estimación social de una persona, tales como el griterío dirigido a una persona con finalidad de ultraje o escarnio público y otras conductas menospreciativas de la persona. (p.130)

Igualmente, dentro de las relaciones del segundo tipo, las jurídicas, se tiene por ejemplo, los expuestos por (Blanch, 2018) , en los cuales afirma que podía ser considerado como pactos contrarios a las buenas costumbres, si el esposo renuncia a la inmunidad de no ser demandado por su pareja por sobre sus posibilidades económicas, o la promesa de dar cierta cantidad de dinero a quien tiene vocación hereditaria con el fin de no hacerle heredero. O por ejemplo el pacto sobre obligaciones condicionales con cláusulas de no hacer algo a lo que se está obligado tanto moralmente como por prescripción legal; como el caso de recibir algo a cambio de no rescatar al padre de un peligro o dejar de cumplir con obligaciones alimentarias. No obstante los

ejemplos citados, no es posible contar con una definición de las bonos mores directamente de las fuentes latinas, pues como es sabido, la jurisprudencia desarrollando conforme a lo que los juristas iban considerando conforme al ius (lo bueno y lo justo) en cada circunstancia y así lo da a entender (Blanch, 2018) cuando recoge las palabras del jurisconsulto Javoleno que dice: “En derecho civil toda definición es peligrosa, pues, es difícil que no tenga que ser alterada”. Sin embargo, el catedrático de la universidad CEU de San Pablo trae a colación un texto Papiano que pudiera servir a guisa de definición, cuando compara las condiciones que por su naturaleza son físicamente imposibles, con las inmorales: “no se puede pensar que seamos capaces de llevarlas a cabo, dice él, aunque en realidad, por desgracia, sí que son posibles” (Blanch, 2018, p. 131)

Por otro lado, la sentencia “*Neque contra leges neque contra bonos mores pacisci possumus*” (El pacto contrario a las leyes o a las buenas costumbres es nulo), del trabajo jurisprudencial del jurista Paulo, fue tomado por Diocleciano como una medida para mantener la fuerza y vigencia del sistema jurídico romano frente a las practicas jurídicas realizadas en las provincias. Así lo afirma (Adame, 2006), citando a d’Ors. Aquí vemos que las practicas jurídicas de la periferia (las provincias), en oposición a las buenas costumbres, eran por tanto, malas. Es decir que aquellas normas consuetudinarias, en cuanto no coincidieran con la moralidad pública romana, eran contrarias a las buenas costumbres, pero también evidencia el autor que la interpretación de las buenas costumbres dada por Dioclesiano, en la etapa posclasica), dista de la que se daba a esta expresión en etapa clásica en la que, por el contrario estaba mucho más vinculada a una moralidad personal.

3. Analizar los posibles problemas de interpretación de los conceptos jurídicos Moral y buenas costumbres a partir de las referencias doctrinales identificadas

Del análisis anterior, se pueden destacar algunos elementos comunes entre los autores. En primero lugar, puede afirmarse que existe consenso entre los civilistas para definir los conceptos metajurídicos moral y las buenas costumbres a través de valores o principios morales, como la lealtad, la honradez, el respeto a la ley (legalidad), la equidad, o la buena fe; lo cual no correspondería propiamente a una definición del objeto de estudio, sino a una ejemplificación, a una imagen del elemento de conocimiento. Esto implicaría un primer problema en la doctrina jurídica, por cuanto no aporta mucha claridad al respecto, pues no podría afirmarse que las buenas costumbres son la legalidad en sí, o la buena fe como tal, o cualquiera de los principios morales usados para definirlo. Por tanto, no puede definirse algo mencionando solo uno de sus elementos constitutivos. De otro lado, también hay cierta similitud entre los autores al definir estos conceptos jurídicos indeterminados como una moral mayoritaria. Recordando a (Rocha, 2015) que define las buenas costumbres como normas morales y principios que imperan en la sociedad, o como lo dijo (Valencia & Ortiz, 2016), refiriéndose a la univocidad de pensamiento en una nación o la opinión común. Cabe destacar que hoy día no se puede hablar de sociedades homogéneas dentro de un estado como unidad territorial y jurídica. Es decir, la existencia de múltiples culturas y formas de pensar dentro del territorio nacional haría imposible hablar de principios imperantes en términos absolutos, lo contrario, sería incurrir en el llamado fenómeno del etnocentrismo, término con el que se designa el hecho de considerar los propios valores y comportamientos, o los de la sociedad particular en la que se vive, como los mejores, en

contraste con otras culturas. (Suardía, 2001). Además, la homogeneización cultural de algunas sociedades anteriores a la nuestra, se dio generalmente mediante procesos violentos de aculturación en una relación unidireccional de una cultura dominante que prescribe los valores y formas de comportamiento dentro de la sociedad, a una subcultura.

La aculturación es un proceso que ocurre en toda sociedad como consecuencia de un largo contacto con otra cultura. Las conquistas, la expansión de la colonización y el crecimiento de la mayoría de las grandes naciones, han sido las causas de este proceso experimentado por muchas sociedades. Los efectos de la aculturación son la desaparición o la asimilación de sociedades pequeñas y, con ellas, su cultura autóctona. La antropología cultural se interesa por conocer los procesos en virtud de los cuales se produce la aculturación de esas pequeñas sociedades. Máxime si se tiene en cuenta que este proceso se sigue produciendo en la actualidad, y en casi todo el mundo. Un ejemplo lo constituyen las sociedades basadas en una cultura agrícola tradicional y que son receptoras de los aportes tecnológicos procedentes de sociedades altamente industrializadas. (Suardía, 2001, p.118).

Lo anterior, no sugiere que las sociedades modernas ya no exista el fenómeno de la aculturación, sino que el influjo cultural se impone de manera más sutil a través de medios de masa, el capital económico, el poder institucional o la industria, entre otros. Además, la aculturación violenta de las sociedades del pasado, que vivió por ejemplo América Latina, durante el proceso colonizador y conquista está hoy proscrita por el respeto a la diversidad cultural que se recoge en las diversas normas sobre derechos humanos.

Volviendo al ejercicio de interpretación judicial, si se acude la búsqueda de cuál sería la opinión común, o el pensamiento generalizado, el juez se encontraría en una disyuntiva, si por ejemplo se llegase a demandar la nulidad absoluta del contrato de compraventa cuyo objeto es la venta de un lote de toros de lidia con el fin de ser sacrificados en una corrida de toros. Petición de nulidad que se da porque esta causa contractual, que además se expresa en el contrato, es decir, se exterioriza, posiblemente sea contraria a las buenas costumbres, para el demandante, que se basa en el artículo 1524 del Código Civil según el cual, la causa es ilícita si es contraria a la ley, o a las buenas costumbres y al orden público.

Cabe hacer algunas precisiones sobre la teoría de la causa que sustentan el ejemplo anterior. En primer lugar, se pueden referir dos de las posturas antagónicas de mayor relevancia que son expuestas por (Cubides, 2018). La primera es la teoría clásica, la cual, distingue la causa de los contratos sinalagmáticos o bilaterales, de los unilaterales. Sobre los bilaterales, la causa sería el cumplimiento de la obligación, mientras que en los unilaterales, la causa es la entrega de la prestación o la mera liberalidad, según se trate de onerosos o gratuitos. De otro lado se encuentra la teoría de los móviles determinantes, la cual expresa que la causa es el móvil o motivo que lleva a la parte a realizar determinado acto jurídico. Entonces, mientras en la teoría clásica la causa es genérica, en la de los móviles, varía dependiendo el contrato y los contratantes. Esta teoría permitió sacar la causa de la abstracción en que la tenía la doctrina clásica, para poder determinarla y como consecuencia llevarla a un análisis de validez y así saber si la causa llegaba a ser contraria al orden jurídico o a las buenas costumbres. No obstante la subjetividad de los motivos en este aspecto, pues es el fuero interno lo que mueve al pactante en la realización del acto jurídico. Esta teoría afirma que la causa es conocida de ambos contratantes (Cubides, 2018)

Para decidir el asunto, el juez, siguiendo la doctrina ya estudiada, tendría que acudir a los principios morales de quienes actúan leal y honradamente; excluir la opinión de ciertas clases sociales o partidos políticos, y por el contrario, interpretar el modo de pensar la nación entera. Lo que no significa que sea un consenso absoluto en cuanto principios morales, sino que no se toma en cuenta "...el modo de pensar y de obrar de hombres de baja condición moral, aunque constituya las costumbres (o más bien el mal uso) de ciertas esferas" (Valencia & Ortiz, 2016 p. 751).

Del ejercicio hipotético planteado, resulta imposible aplicar con rigor el método hermenéutico sugerido por los doctrinantes, en primer lugar por la imposibilidad de encontrar un criterio absolutamente unánime en cuanto a ciertos aspectos morales que tendrían incidencia en el caso, pues, al día de hoy, lo que sí resulta verificable es que existen personas que encuentran en la actividad taurina un espectáculo grotesco e inmoral, pues piensan que disfrutar del dolor de un ser vivo con fines de entretenimiento, va contra las buenas costumbres. Por otro lado se encuentran los partidarios del espectáculo taurino que avocan por la preservación de la costumbre (como factor cultural), por lo tanto no sería para ellos, la causa contractual de la que hablamos contraria a las buenas costumbres. En segundo lugar, que es consecuencial de lo anterior, es que cuando el juzgador advierte lo limitado del ejercicio de la razón para llegar a la verdad que escudriña y cuando encuentra que la solución correcta al caso es esquivar a su razonamiento, no hay más que pueda hacer que echar mano de sus convicciones morales.

Recordando lo expresado por Valencia Zea, cuando se refiere a que las buenas costumbres son principios morales practicados por las personas que obran con lealtad y honradez, podríamos interpretar que es cierto que es fundamental que en toda relación jurídica se obre con

lealtad y honradez. Pues, dentro de la reciprocidad de los negocios jurídicos, lo que espera cada parte de esa relación es que el contrario honre su obligación, actuando con transparencia, con lealtad y buena fe. Nadie celebra un contrato esperando ser defraudado. No obstante, la definición resulta insuficiente si se relaciona con el contenido de lo artículo 1518 del Código Civil, pues es “moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”. La razón es que lo que daría lugar a anular el negocio jurídico y dejarlo sin efectos, no es la conducta de los contratantes o los obligados, sino el objeto del contrato celebrado. En efecto, los contratantes pueden estar celebrando un negocio y dentro de su íntima convicción está el actuar honradamente, no hacer incurrir al otro en error, ni defraudar al otro de ninguna forma; sin embargo, puede darse el caso en que el acuerdo celebrado entre los dos sea demandado por el Ministerio Público o por todo el que tenga interés en ello, porque el objeto contratado va en contra de las buenas costumbres, por tanto, deviene en inmoral.

Igual pasaría con el artículo 1524 CC, en cuanto a las causas de las obligaciones. Así la causa ilícita, es decir la contraria a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, torna la obligación en inexistente. El mismo artículo pone como ejemplo que la promesa de recompensar un crimen tiene una causa ilícita, así como la promesa de beneficiar a alguien por un “hecho inmoral”. Es claro que no puede ser exigible la obligación de cumplir un pago de esa naturaleza, máxime cuando quien promete tal es sujeto de persecución penal y se adecua a las características típicas del determinador (artículo 30, Ley 599 de 2000). En tanto que el hecho inmoral, cualquiera que fuese, es la causa (motivo) para que una parte prometiera el pago. De nuevo, como se advirtió de la lectura del art. 1518, se presume la buena fe de los contratantes en la celebración del negocio, pero alguien presupone que lo que motiva el contrato, esto es su causa,

lesiona normas morales de una sociedad en particular. Por tanto la definición las buenas costumbres como normas morales de las personas que actúan con lealtad y honradez, es insuficiente, en síntesis porque los pactantes actúan conforme a los principios definidos, pero su negocio se considera inválido.

A esto, se suma la crítica que hace (Cubides, 2018), el artículo 1524 del Código Civil, acoge la teoría de los móviles determinantes, en cuanto expresa que la causa es la motivación que lleva a la realización del acto. No obstante, siendo los motivos de cada contratante, algo personal y correspondiente a su fuero interno, la teoría presume la publicidad de la causa por lo menos para el otro contratante, y en cuanto la causa sea conocable, también anulable si se considera contraria al orden moral general:

Si aceptamos en gracia de discusión que la causa o motivo determinante es un elemento para la eficacia del acto, y además puede no ser conocido, fatalmente llegaríamos a aceptar que el orden jurídico puede regular el fuero interno de la persona, lo que no solamente repugna como violación del más elemental de los derechos del ser humano, cual es su propia libertad de pensamiento o conciencia, sino además frente a la realidad práctica. Dígase, si no sería contraveniente pretender señalar ilegalidad o ilicitud a un acto porque el motivo que indujo al agente a celebrarlo - según la conjetura pues no es conocido- pudo llegar a chocar contra el orden jurídico o el orden ético.

(Cubides, 2018, p. 240)

Ahora bien, cuando (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2016) advierte que para determinar sobre la lesividad del negocio a las buenas costumbres, queda proscrito que se dilucide y se

defina al respecto con base en un ideal religioso, filosófico o político; piensa que ese deber del juez elimina por si solo el riesgo de la subjetividad en la definición del caso. No obstante, el riesgo de que el juzgador incurra en subjetivismos existe, ya que las disposiciones analizadas no tienen un contenido objetivo, del cual el juzgador solamente tenga que hacer un ejercicio de subsunción y sobre las que hay siempre la tendencia de ser interpretadas en su sentido natural, como quedó establecido en el artículo 28 del Código Civil.

Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.”

Sobre este último punto, el mismo el Código Civil da la pauta de interpretación entre los artículos 27, 28, y 30. (No es momento aún de referirnos a la interpretación que la Corte Constitucional ha dado a estos términos, lo cual será objeto de los capítulos siguientes).

Otro de los puntos para analizar sobre la doctrina que en la materia se ha presentado es que propone una interpretación que libre de sesgos al juzgador. En efecto, piensa que en el proceso declaración de la nulidad o conformidad contra las obligaciones y contratos por faltar a la moral y a las buenas costumbres, no debe el juez hacerlo basado en su propia opinión de lo moral e inmoral. Pero el doctrinante, precisamente presenta su propio sesgo, pues dice que no puede servir como referente para determinar que son las buenas costumbres, el comportamiento (aunque sea costumbre) de personas una “baja condición moral”. Sobre este punto se pueden hacer dos precisiones de lo que entre líneas se le escapa al jurista: la primera es que, aunque en la

doctrina se argumenta que se ha de tomar como referente ético social una suerte de moral común que en nada tiene que ver con lo religioso, como por ejemplo en Enneccerus, Von Tuhr, Demogue Y Senn, citados por (Valencia & Ortiz, 2016), o lo dicho por (Hinestrosa, Tratado de las obligaciones, 2007), sí existe el riesgo de un reproche a las manifestaciones morales individuales por parte de la autoridad. Es decir, bajo esta óptica, el juez no acude a los valores morales comunes a la sociedad (como se expresó más líneas más arriba), puesto que en la actualidad no hay consenso en relación a los principios morales, sino que tiene potestad para definir qué personas o colectivo de personas tienen una baja condición moral, en oposición a una alta condición moral. Como lo dijo Enneccerus citado por (Valencia & Ortiz, 2016). Lo anterior quiere decir que en la evaluación del entorno moral el juez, no solo no busca el modo de pensar de una nación, sino que podría anular las que considera “de baja condición moral” aunque sean costumbre, por tanto, construye un consenso ficto alrededor de las buenas costumbres a partir de la exclusión de otras respuestas posibles a través de otras opciones morales. En esa ponderación, siempre subjetiva, el juez previamente califica de moral o inmoral cierta opinión de un grupo o sector, como resultado, lo excluye o lo integra, si ocurre lo segundo, será parte del sustrato moral con el que se toma la decisión. Se concluye por tanto, que, con el método doctrinario propuesto, la pretendida eliminación del sesgo del juez por motivos de religiosos o políticos, no se colige directamente de la interpretación de la moral y las buenas costumbres, como resultante de la moral social.

Por lo cual, es factible que el juez para la resolución del caso, se fie más en sus propias convicciones morales que en las costumbres sociales, si las considera de baja condición. También es posible que el juez no advierta los cambios sociales y la paulatina modificación de

valores morales dentro de una comunidad no estática, lo que conlleva a que el juez quede apegado a un anacronismo con el que no se puede hacer lectura de los nuevos tiempos, siendo precisamente, lo que los conceptos indeterminados tienden a evitar.

Otro de los problemas que se suscitan en el planteamiento de estos postulados, es la cuestión relativa las herramientas de que se valdría el juez para determinar lo que son las buenas costumbres en cada caso. Con relación a este último punto, la doctrina estudiada por un lado que se trata de la forma de pensar de la mayoría sobre un determinado punto de debate ético, el sentir de la mayor parte de la sociedad. El juez tendría la difícil tarea de determinar lo que es la moral mayoritaria ¿Cómo lo hace? ¿Cuál es el ejercicio racional de que se vale para averiguar lo que serían la moral y las buenas costumbres para subsumir ante esas reglas metajurídicas, el caso que llega a sus manos? Existe el riesgo de que el juez no pueda consultar lo que es esa moral mayoritaria, sino que con pretexto de conocer esa norma no escrita, se basa en su propia perspectiva de lo que para él es moral, que es a lo que se refiere (Hinestrosa, 2007), cuando deja en criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la definición de las buenas costumbres: “sin que pueda dejarse de pensar no solo en un derecho de jueces, sino también en una moral de jueces”. (p.283)

Desde este punto de mira, podemos proponer el siguiente ejemplo que dará cuenta de la perspectiva judicial frente al criterio de moral social y decisionismo del juez: se realiza un contrato de compraventa entre una clínica de naturaleza privada, a través de su representante legal y una empresa cuya actividad comercial es la venta de equipos médicos de alta tecnología. El objeto del contrato es la compraventa de unas herramientas tecnológicas para la realización de abortos dentro de las tres causales de despenalización establecidas por la Corte Constitucional. El

contrato se perfecciona con la entrega material. El Ministerio Público siendo entidad encargada de salvaguardar la moralidad social y la ley, demanda la nulidad del contrato, conforme a lo que establece el artículo 1742 del Código Civil, por considerar que el móvil de ese acuerdo es contrario a la moral y las buenas costumbres, ya que el motivo del contrato de compraventa es la interrupción de la vida en etapa de gestación. El juez que conozca del asunto, según la doctrina planteada debe consultar la moral media, o moral social, la opinión generalizada para así definir si el contrato es acorde a las buenas costumbres, pero en realidad es más factible que el juez civil ya tenga una preconcepción (ya sea filosófica, política o religiosa) sobre la despenalización del aborto, y aunque el debate al interior del proceso no verse directamente sobre tan polémico tema, la causa contractual (el móvil o el motivo del contrato si están vinculados). Por lo tanto en últimas, cabe la posibilidad de que el juez, defina bajo sus propios parámetros morales, lo que la moral y las buenas costumbres significan, y el caso se resolverá bajo esta subjetividad.

Ocurre igual en el caso hipotético planteado por (Valencia & Ortiz, 2016), según el cual, la celebración de un contrato de compraventa de un inmueble, en el cual se cumplen todos los requisitos para la formación del negocio, será destinada por el comprador para el establecimiento de una casa de lenocinio. Se plantean dos escenarios, en el primero, la causa final, es decir, el motivo por el cual la adquiere el comprador, no aparece materializada en el acto mismo del negocio jurídico, es decir, pertenece al fuero interno del adquirente, mientras que el vendedor desconoce la causa que mueve a la otra parte. En este primer supuesto, para el doctrinante, el negocio no adolece de anulabilidad, puesto que la norma, no puede regular el fuero interno del sujeto, su *ethos* en la formulación del negocio. Mientras que en un segundo supuesto, el mismo negocio jurídico es celebrado, pero en este caso, la causa final, esto es el móvil del negocio, es

conocido por ambos contratantes. Recordando, la teoría de los móviles determinantes y las precisiones que hace el artículo 1524 del Código Civil sobre la causa ilícita, para el autor, este contrato de compraventa adolece de nulidad absoluta, puede ser declarada de oficio o por petición del Ministerio Público. Cabe aquí resaltar, en primer lugar, la imposibilidad de encontrar la regla que mandan las buenas costumbres, desde la perspectiva de la moral mayoritaria, es evidente que no puede consultarse el modo de pensar de todo el conglomerado social, para la resolución de este asunto, puesto que nos encontramos una vez más con argumentos a favor y en contra. Incluso puede hablarse de una aceptación social y legal de este tipo de establecimientos, dado que se ha empezado a hacer una regulación de estas actividades, como por ejemplo en planes de ordenamiento territorial, distribuyendo las zonas donde es permitido operar, o la reglamentación de las normas de policía, por poner algunos ejemplos. En segundo lugar, se puede afirmar que la inexistencia hoy día de una homogeneidad moral para la resolución de ciertos casos como los que se plantearon, revela la poca utilidad de las definiciones doctrinarias analizadas, cuando se han venido suscitando diversas formas de pensamiento que desembocan en una fragmentación de los discursos moralizantes a nivel universal. Negocios jurídicos como los analizados, se debaten entre dos respuestas posibles, la nulidad o la eficacia del negocio, resultantes de al menos, dos planteamientos morales en tensión por el dilema jurídico de que se trate.

(Kaufmann, 1999) afirma que moral y derecho no pueden ser lo mismo, puesto que el derecho se dirige hacia un valor moral que en ocasiones puede entrar en conflicto con otros valores morales, la justicia. Ahora bien, también expone que aunque el derecho tenga un contenido moral, no necesariamente deba concebir toda la moral jurídicamente. Respecto de lo anterior,

explica que debe dirigir la exigencia de sus normas a todos los destinatarios de ella en la sociedad. Por tanto, en cuanto a la relación moral y derecho piensa que no puede hablarse ni de una autonomía absoluta del hombre en la autodeterminación de las normas morales, ni tampoco de una absoluta heteronomía, pues citando a Kant explica que el destinatario de las normas concurre con su voluntad a las normas a las que ha de someterse. Así pues, el hombre admite como deber moral, el respeto a la norma jurídica.

Así, el autor dice que es posible que entre la moral y el derecho (las normas jurídicas) haya coincidencia, esto es, que existan deberes morales que a su vez sean deberes jurídicos. no obstante, aquello no indica que todo ordenamiento moral deba estar totalmente positivizado, puesto que como explica el filósofo, es posible que los valores morales entren en conflicto, con el supremo valor inherente al derecho: la justicia. En consecuencia, propone que:

El derecho que ha de dirigir sus exigencias a todos, incluso a quienes no están en capacidad de ejecuciones morales demasiado exigentes, puede establecer únicamente, exigencias promedio frente a hombres promedio, esto significa que el derecho puede concernir a tales relaciones en las que todos los hombres, con la mayor aproximación se pueda exigir lo mismo (Kaufmann, 1999, pp.392,393).

Kaufmann es partidario de que esa esfera de la "moralidad sencilla", sea exigible como regla a todos con el fin de preservar el orden social, por lo cual considera que es un criterio orientador de la ley.

Este concepto de moralidad parece similar al expresado Valencia Zea y Fernando Hinestroza, pero a diferencia de aquellos, el que nos muestra Kaufman es el de una moral heterónoma, integrada en el orden jurídico o que por lo menos debe estarlo, debido a la interiorización que la sociedad tiene de ciertas normas éticas; mientras que la moral media a la que hacen referencia los civilistas es una moral, que aunque, también es heterónoma, no proviene de los mandatos de la ley, sino, de las normas morales de la sociedad, es decir, conceptos metajurídicos, no positivos son los que definirían la situación litigiosa. Se puede colegir, que en el primer caso, la sociedad expresa tanto valores morales, haciéndolos positivos, a través del legislador con una finalidad de auto conservación o de protección de los valores que definen su moral social. Ejemplo de aquellas son la institucionalización de la religión católica como credo oficial de la nación, enunciada en el artículo 38 de la Constitución de 1886, la institución del matrimonio heterosexual, o la ilegitimidad de los hijos habidos fuera del matrimonio, por citar solo algunos. Y por otro lado, también establece normas cuyo contenido es precondition para la vida en sociedad: La paz, la prohibición de la tortura, la igualdad jurídica, la libertad, entre otros, son normas que cumplen perfectamente con las características de la moralidad sencilla que no implica grandes sacrificios ascéticos y que por el contrario, son exigibles a todos los miembros de la sociedad, sin distinción, pues posibilitan la supervivencia como sociedad. A su vez el lector, puede identificar estos contenidos de la moralidad sencilla vislumbrado por Kaufmann, con los derecho humanos y derechos fundamentales recogidos en la Constitución.

Otro de los detalles que hay que destacar de las buenas costumbres definidas como moral media o moral social, es que el juez (igualmente el juez colegiado), para establecer cuál es el *ethos* vigente, no acude a la norma positiva (lo que distancia el concepto de la moralidad

sencilla), por el contrario, la norma positiva le obliga a acudir a factores extrajurídicos. De ahí la distinción entre lo contrario a la ley (*contra legem*) y lo contrario a la moral y a las buenas costumbres (*contra bonos mores*); la una determinada en el ordenamiento positivo y la otra sin una determinación clara. Corresponde entonces al juez, según la propuesta teórica de los civilistas estudiados en el capítulo anterior, hacer una lectura de la sociedad por distintos medios, diferentes a la ley, entre ellos, como lo propone (González, 1998):

El arte, y en especial la literatura, constituye la expresión más cercana a la realidad de la forma como un pueblo se comprende a sí mismo (...) Pero hace falta que analicemos la estructura social de la justicia, la verdad y el amor en nuestro pueblo, tomemos los datos fríos y objetivos el aumento del costo de la vida”, la distribución del ingreso, la mortalidad infantil, el número de abortos, el porcentaje de matrimonios disueltos, el índice de desempleo, el promedio de calorías en a alimentación, las ganancias obtenidas por los grandes capitales, tanto nacionales como extranjeros, la inversión en armamento, la concentración de capital, la relación entre el salario mínimo y la canasta familiar...la interpretación crítica de estos datos constituye uno de los indicadores más claros y objetivos de la moralidad de nuestro pueblo. (pp.15, 16)

A su vez, (González, 1998) expone que se puede observar los acontecimientos dentro de la actualidad política, económica o religiosa, lo que permitirá al sujeto cognoscente hacerse a una imagen de lo que es esa moral social. Igualmente serviría en ese propósito hacer análisis del lenguaje, lo cual es válido para todo aquel que quiera tener una aproximación intelectual a los valores morales de un pueblo o comunidad, no obstante, este ejercicio de investigación

sociológica o filosófica que en principio corresponde a cualquier persona que quiera encontrar razones para seguir o debatir determinada norma moral o patrón social, no debe extenderse al juez, en tanto que autoridad que interpreta el derecho, hacer un ejercicio hermenéutico más allá de lo jurídico, hacia los elementos metajurídicos, hace que se invierta el rol de la autoridad judicial, de juez en derecho, a juez de la moral, pues hay que recordar que, la sanción del acto jurídico se genera por contrariar tanto la ley determinada, como la moral y las buenas costumbres, así las cosas, la ley es determinada, pero la moral y las buenas costumbres, las determina el juez.

4. Contexto socio cultural en la promulgación del código civil de 1873.

4.1. Antecedentes de la codificación civil colombiana

Un hecho relevante en la historia de nuestra codificación civil, es que los recién creados estados de la República de la Nueva Granada, después de su independencia en el año de 1819, no contaron con una legislación propia para la regulación de los asuntos civiles, hasta mediados del siglo XIX, cuando en 1857, el estado de Cundinamarca toma el Código de Bello, lo adapta, para expedirlo dos años después, le siguen los estados de Santander (1858), Cauca (1859), Panamá (1860), Bolívar (1862), Boyacá (1863), que adopta el código de Cundinamarca, seguido de Antioquia (1864) y Magdalena (1867). Posteriormente, el Código de Chile fue adoptado como Código De La Unión en el año de 1873, mediante Ley 84. Luego, cuando el país hace tránsito de Estados Unidos de Colombia a República unitaria, se adopta el mismo código de 1873 (Hinestroza, 2006). Lo anterior muestra que transcurrieron treinta y siete años hasta la codificación del Estado de Santander y cincuenta y cuatro años hasta el Código Civil de la Unión. Durante ese

periodo de tiempo rigieron en el territorio las Siete Partidas, la Nueva Recopilación de Castilla, La Novísima Recopilación y la Recopilación de Indias.

Según (Valencia Zea, 1987) Después de la conquista, no fue posible implantar el régimen jurídico español a estos territorios, debido a la diferencia cultural y a la inexistencia de una unidad política nacional en la región ibérica, pues, las colonias conquistadas se incorporaron al Reino de Castilla y no a España. En ese sentido, este autor expresa que en las colonias las normas que rigieron se fueron decretando desde 1503, según la necesidad de cada momento y para regular aspectos específicos de determinada colonia. Luego, las disposiciones llegaron a ser tantas que después de varios intentos se tuvo que realizar una recopilación en 1680 con el nombre de “Recopilación de las leyes de los reinos de Indias”, la cual rigió hasta 1810.

En 1825, mediante la ley del 13 de mayo, se dispone como deben observarse las fuentes jurídicas de la nueva república, estando en primer lugar, las que dictara el órgano legislativo, en segundo lugar “las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observancia bajo el mismo gobierno en el territorio que forma parte de la República” (Valencia Zea, 1987, p.30). En tercer lugar, las leyes de la Recopilación de Indias, luego las de la Nueva Recopilación de Castilla; y por último, las Siete Partidas.

El reconocido expositor del derecho civil nacional (Valencia Zea, 1987), recuerda que el Código de Bello no solo resulta de la inspiración en la tradición romanista francesa, sino que fue influido por múltiples tradiciones jurídicas, por tanto, refiere que resulta erróneo pensar que Bello no hizo más que copiar el código napoleónico, pues contrario a la tesis de la inspiración

francesa, (Valencia Zea, 1987), apoyado en Arminjon, Boris Nolde y Wolf, Pothier y Savigny, afirma que el humanista caraqueño consultó, tanto el derecho romano, como el derecho canónico, la tradición española, el derecho germánico, el derecho consuetudinario inglés y algunos códigos, como el prusiano y el napoleónico

Como aspectos relevantes de la condensación de todas estas tradiciones en el código chileno, hay que decir que en el libro de las sucesiones “el Código de Prusia, el de Austria, las instituciones romanas y las antiguas leyes españolas prestan a Bello la ideas esenciales de este libro” (Valencia Zea, 1987, p.36). Mientras que en el libro cuarto, de las obligaciones, según este jurista, a diferencia de los otros libros, la corriente francesa es más marcada, pero también se evidencia el influjo de la corrientes germana y romana. Lo anterior significa que en el código civil adoptado primero por Chile y posteriormente por los estados colombianos, como se apuntó de forma precedente, conviven, no siempre de manera armónica y dando lugar en algunos pasajes a complicaciones en la interpretación:

Pero el problema es más grave cuando pretendemos estudiar el Código en su conjunto. Bello no era un científico del derecho; por tal motivo, al servirse de varias fuentes – las doctrinas de los romanos, la de los franceses, la legislación española y las doctrinas de los pandectistas- tomó indistintamente soluciones de unas y otras, sin reparar en las graves contradicciones que se establecían.

(Valencia Zea, 1987, p. 41)

El mismo tratadista identifica distintas interpretaciones de la causa dentro de la codificación civil que rige hoy en Colombia. Por un lado se basa en las raíces pandectismo germano para los artículos como el 740, 745 y 761 (teoría del título y el modo); y por el otro, se fundamenta en el

causalismo francés, como por ejemplo en los artículos 1502 o el 1524. Lo anterior quiere decir que para determinar el significado de una causa ilícita o contraria a las buenas costumbres en el artículo 1524, se debe acudir a la tradición francesa. (Valencia Zea, 1987).

Como ocurre con la teoría de la causa, el título y el modo, también ocurre con el la expresión buenas costumbres, que es a la que hacemos una aproximación hermenéutica. Pues como apuntamos en el capítulo anterior, esta noción fue acuñada por los romanos y según su tradición jurídica se utilizó en la resolución de casos, pero el sentido que se le daba, dependía del jurista. Ahora bien, El concepto de buenas costumbres, fue absorbido por las diferentes tradiciones jurídicas europeas, en la medida que todas fueron influenciadas por los romanos, pero todas tuvieron un desarrollo distinto. Así, la noción de buenas costumbres del Código alemán de 1900, se aproxima a un cierto intervencionismo del estado con una clara limitación a la tendencia individualista de las codificaciones de la época, con el fin de evitar posibles abusos de los poderes económicos o de cualquier otro orden, hacia las personas que por el contrario, asumía la posición más débil. Para acentuar más el sentido de protección contra el abuso o la explotación, el legislador germano introdujo una fórmula clara en artículo 138 de esa disposición:

Es nulo el negocio jurídico contrario a las buenas costumbres. Especialmente, es nulo el negocio jurídico mediante el cual una persona, aprovechando la situación apurada, la escasez de facultades o la inexperiencia de otra, hace que esta prometa o dé a la primera o a un tercero a cambio de determinada prestación, ventajas patrimoniales que excedan de tal manera el valor de esa prestación, que en relación con las circunstancias, estén en enorme desproporción con ella. (Valencia Zea, 1987) p.78.

Es claro que la diversidad teórica que la doctrina ha dado a este concepto, es consecuencia también de las distintas tradiciones que fueron condensadas por Bello en la elaboración del Código en la primera mitad del siglo XIX, pues parece que la noción de buenas costumbres que toma el erudito venezolano viene del Código Napoleónico y no de la codificación alemana que vino a despejar su indeterminación años más tarde.

Es preciso afirmar para poner en el contexto sociocultural colombiano, nuestra disposición civil tuvo una vigencia que se puede establecer en tres etapas. La primera etapa que inicia en 1858 cuando lo acogió el estado de Santanderⁱ, hasta 1886, año en el cual se adoptó para toda la nación. Este es un periodo en el que el enfoque es el conocer las disposiciones del Código. La segunda etapa va desde 1886 hasta el año de 1932; periodo en el cual el Código es complementado por algunas leyes pero perviven sus instituciones fundamentales. Se sigue la tercera etapa, a partir de 1932. Ya en este periodo surgen importantes modificaciones en la legislación que interpretaban nuevos tiempos para los cuales el Código Civil se quedaba rezagado. De este periodo es la Ley 28 de 1932, en la cual se establece la plena capacidad legal de la mujer y la libre administración de los bienes por parte de aquella. También surge una importante jurisprudencia que como la doctrina del enriquecimiento sin causa, la apariencia de los derechos, simulación de los negocios jurídicos, la buena fe, entre otros. (Valencia Zea, 1987)

4.2. Aproximación a las concepciones morales de la nación en el siglo XIX.

No es la intención de este capítulo una mera exposición histórica, dado que no es la esencia de este trabajo, sin embargo, dada la transversalidad del método holístico integrativo, el apoyo en la antropología social e histórica, permite tener una comprensión de las normas en su contexto y cómo las sociedades también se definen a través de su producción normativa. Como lo señala

(Hensel Riveros, 2006) recordando a (Burke, 1987) "...la antropología histórica, por el contrario, intenta algo que de acuerdo a Clifford Geertz (1973) se denomina "descripción densa". Esto es, "una interpretación de la interacción social en una sociedad dada, en términos de sus propias normas y categorías". (p.30). En ese sentido, un somero estudio de los discursos, de las normas jurídicas de las opiniones en medios escritos, permitirá comprender cuál era el sentido otorgado por la sociedad del siglo XIX a las buenas costumbres, pues como apuntamos antes hay una idea generalizada de identificar las buenas costumbres con estas reglas de la sociedad, sin que se pudiera dar un contenido exacto sobre las mismas.

Los años previos a la expedición de la primera codificación civil en el país, hubo una confluencia de diferentes factores culturales, sociales que permiten identificar una transición política, pero acompañados de concepciones e ideas que no iban en la misma dirección los cambios políticos. Los criollos ilustrados una vez se consolida la independencia frente España, buscan implantar las ideas de la modernidad, el republicanismo y un nuevo modelo económico que fuera la piedra angular del progreso. A su vez, el pueblo regular, no conocía estas ideas del liberalismo europeo que inspiraron a los criollos educados ellas. Por el contrario era un pueblo en su mayoría rural sin instrucción y con un fuerte influjo del catolicismo, que por años fue brazo de la corona española.

Los objetivos urgentes de consolidación de la República, tienen un fundamento moral, que será el soporte del el andamiaje proyectado por los fundadores de la nueva nación. La virtud, el trabajo, el sacrificio individual para la búsqueda del bien colectivo, son elementos morales que la elite gobernante tratará de imponer a lo largo del siglo XIX.

Es por eso que el sistema republicano exige un pueblo virtuoso, industrioso y capaz, a través de su espíritu patriota y del uso de sus facultades deliberativas, de generar riqueza y de llegar a objetivos comunes. Como bien señala Pocock la república ha estado asociada “a una estructura de virtud en la que la disposición de cada ciudadano a anteponer el bien común al suyo propio era la condición previa de todo lo demás. (Ortega, 2015, p. 339)

Pero para estos neogranadinos ilustrados, el proyecto republicano se veía truncado por la realidad social: un pueblo que para ellos estaba sumido en la ignorancia y el vicio. La inversión de los valores que caracterizaban la República ideal campeaban en las bases de la organización social de principios del siglo XIX:

El diagnóstico era repetido y coincidía en que varios eran los factores que habían contribuido al decidido embrutecimiento del pueblo: el régimen colonial español que lo envileció al cerrarle las puertas a la industria y acostumbrarlo a sus cadenas; la falta de oportunidades y la inexperiencia en cuestiones políticas; la escasez de la población diseminada sobre un amplio territorio; la proliferación de clases diversas, la heterogeneidad de intereses y el origen salvaje de buena parte de su población. (Ortega, 2015, p. 339)

Y es que la transición de la colonia a una nación soberana, se dio políticamente, pero no socialmente. La modernidad solo alcanzaba a ser concebida por las altas esferas de la sociedad pero no en la población campesina y de base. Para Arosemena, en *Apuntamientos Históricos 181-1840*, citado por (Ortega, 2015, p. 341)

La colonial estaba hecha de “hábitos engendrados, como la lidia de toros, las carreras de caballos, las peleas de gallos, y el ocio perpetuo. Para esos pasatiempos y holganza se tenían más de cien días festivos al año” lo cual había conducido a los habitantes de la colonia al “abatimiento y degradación” El afán de estos críticos por inculcar una nueva ética del trabajo, sujeta a ritmos industriales, al cálculo financiero, el disciplinamiento obrero, coincide con múltiples esfuerzos a lo largo y ancho del territorio neogranadino. (P.341)

Para lograr que la población se enfocara en torno los principios del Estado, la élite neogranadina, buscó con vehemencia la transformación cultural de la población, mediante normas coercitivas de policía que instaban al trabajo, a suprimir el ocio y sancionar las ocupaciones deshonrosas o contrarias a la moral social, a la vez que se hacía un reforzamiento a través de la difusión de las virtudes en medios impresos, autores y la intervención de la Iglesia. En palabras de (Hensel Riveros, 2006):

El interés de la República en afianzar una comunidad de hombres virtuosos: aquellos que gobiernan y aquellos que son objeto de gobierno. Así, me interesa mostrar cómo, para los protagonistas de aquella época (1821-1852), el afianzamiento de la figura política republicana pasaba ineludiblemente por una preocupación de carácter moral. (p.17)

Una vez son resueltas las luchas internas y se define la forma de gobierno, es en el año de 1821, cuando empieza a adquirir centralidad la moralización de los miembros de la república, con el fin de infundir respeto a las leyes y las autoridades, pero también alcanzar los objetivos

propuestos por la clase dirigente, con la Constitución de Villa del Rosario, en Cúcuta. Tras la Guerra de los Supremos, el tema de la educación moral vuelve a ser punto de referencia, como instrumento para prevenir agitaciones y apasionamientos. (Hensel Riveros, 2006)

En aquel periodo proliferan autores y publicaciones que dedican sus páginas al fomento de la virtud. Adquieren gran importancia los autores clásicos griegos y romanos, debido a la identificación de la recién consolidada nación con los valores de la democracia y la república que inspiraban aquella cultura cuya sabiduría era evocada en tanto en documentos administrativos, como en cartas personales y periódicos; lo cual no opaca la preponderancia de la religión, que como dice (Hensel Riveros, 2006), rememorando a José Manuel Restrepo, como secretario de Estado en 1821:

Es un deber de toda República bien ordenada, proporcionar los medios más eficaces para que los ministros de la religión tengan las virtudes e instrucciones que pide su sagrado ministerio, pues que son los inspectores e instaladores morales que deben combatir los vicios, origen funesto de los crímenes. (p.xxvi).

Uno de los frentes de batalla en el cual se dio con mayor intensidad el discurso moral, fue en la educación pública, la cual tenía como fin la formación de buenos ciudadanos que enarbolaran las banderas del patriotismo, el trabajo y la familia. Así, “El hombre religioso sin ostentación, el obediente al gobierno, el amigo del orden, ese es un verdadero colombiano, ese tiene libertad (Huerfanito, 1826, 1: 2)” (Hensel Riveros, 2006, p.24). Pero también tuvieron gran importancia en la educación moral, no solo las aulas, sino también los textos. (Hensel Riveros, 2006 p.24). Señala que uno de los medios más usados para formación moral eran los catecismos. Este

método de escritura, estructurado con preguntas y respuestas, y de larga data en la tradición católica, sirvió de fundamento para la elaboración de catecismos políticos, en los cuales el autor exponía de manera sencilla la estructura política, derechos y deberes del ciudadano, entre otras cuestiones afines. También se mantienen vigentes los catecismos clásicos para la enseñanza de la doctrina católica.

El otro frente de moralización de la población fue el de las normas. Durante el siglo XIX, se promulgaron varias normas que instaban al comportamiento virtuoso, y que eran expresión del canon axiológico de los modernos ilustrados y gobernantes. Es decir las normas jurídicas eran la expresión del programa revolucionario que buscaba por un lado la modernización e industrialización, y por el otro, la permanencia de la recién creada estructura política republicana, por lo cual, también se consideró importante la supresión de cualquier ánimo de sublevación. Todo ello se lograba a través de la sanción.

Los valores morales de los legisladores se hicieron corpóreos mediante normas policivas que castigaban conductas que distorsionaban la idea de virtud que querían para la sociedad, pero que para ellos, el pueblo estaba lejos de adquirir. Lo que no se lograría con la educación, se lograría por medio de la sanción. Por este motivo surgen las leyes para restringir la libertad absoluta de la población y acomodar su comportamiento a los ideales republicanos. De esta manera, conductas como la vagancia, la prostitución y la mendicidad se convirtieron en comportamientos que acarrearán una sanción ya fuera privativa de la libertad, trabajos forzados o el exilio a lugares despoblados del país con el fines de colonización. (BOTERO, 2012)

la vagancia como tipo normativo, aglomeraba no una sola conducta, sino, una variada gama de comportamientos que representaban una mala forma de vida a la sociedad. Como bien lo señala (BOTERO, 2012):

La Ley 3 de mayo de 1826 definió en su artículo 29 como vagos a los que no tenían oficio ni beneficio, hacienda o renta; a los que, teniendo algún medio de subsistencia, se dedicaran a las casas de juego, las compañías mal opinadas, tabernas, casas de prostitutas o que no demostraran un destino y una ocupación útil; a los que pidieran limosna sin tener alguna lesión suficiente que le impida trabajar o fueran muchachos huérfanos o descuidados por sus padres; a los hijos de familias mal inclinados, con malas costumbres e irrespetuosos con sus padres; a quien se entrega a la ociosidad; a los que, con el pretexto de estudiar, viven sin sujeción; a quien no es constante con su trabajo y oficio; a los forasteros y prófugos sin destino; y a los que van vendiendo mercancías de pueblo en pueblo (cuya actividad no le produjese lo necesario para mantenerse a él mismo y a su familia). (p.50)

Sin embargo, este modelo de ciudadano virtuoso, de buenas costumbres (ya no denominadas solo por el orden social, sino por la autoridad civil y religiosa), que fueron el programa policivo a lo largo del siglo XIX, no tuvo resultados iguales en todos los territorios donde fue implantado, puesto que la norma jurídica pugnaba con arraigadas costumbres de los pobladores, como es el caso de Cartagena donde:

El modelo de ciudadano moderno, virtuoso, católico y citadino trató de ser impuesto por coerción a los sectores populares o subalternos, sin embargo, la realidad social mostró que ese modelo chocó con costumbres de raigambre tradicional y rural cuya respuesta fue la trasgresión como herramienta de lucha frente a esta imposición. (Malkún & Marquez, 2014, p. 223).

En conclusión, el contexto en el que se desarrolla la legislación civil colombiana, es el producto de aculturación que se da por varias vías. En el campo la producción normativa, somos herederos de las más variadas tradiciones civilistas europeas que convergen en el Código Civil Colombiano. Sin embargo, la expresión buenas costumbres en el código, tiene un vínculo más fuerte con la tradición francesa e indirectamente (que reinterpreta a su vez a los romanos), que con la tradición germánica. No obstante, la mitad del siglo, en materia jurídica la Nación estuvo bajo el influjo español que desde la corona una conversión de los indígenas al catolicismo a la que dedicó gran parte de sus normas, como puede leerse, por ejemplo en la Recopilación de las leyes de Indias (Recopilación de las Leyes de Indias, tomo II, título 10, Ley primera, p.269)

...nuestra principal intención fue al tiempo que lo suplicamos al papa Alejandro VI, de buena memoria, que nos hizo la dicha concesión de procurar inducir y traer los pueblos de ellas, y los convertir á nuestra santa fe católica, y enviar á las dichas Islas y Tierra Firme, prelados y religiosos, clérigos y otras personas doctas y temerosas de Dios, para instruir los vecinos y moradores de ellas á la fe católica ,y los doctrinar y enseñar buenas costumbres, y poner en ello la diligencia debida, según mas largamente en las letras de la dicha concesión se contiene.

Bajo esta moralización se mantuvo la población en general durante siglos, pero con las ideas de la ilustración, el liberalismo y el republicanismo promovido en la transición del siglo XVIII al siglo XIX por los criollos, la virtud y las buenas costumbres adquirieron un tinte distinto, el de la productividad; algo afín a los nuevos tiempos, pues:

Parece entonces que la moral también entiende, de acuerdo al orden burgués, el amor al trabajo como rasgo propio de un hombre laborioso. Por eso es preciso combatir todos los vicios que “menguan la actividad, el ánimo y la energía indispensables para el apoyo de la sociedad, tales como la pereza, la ociosidad, la molicie” (Vásquez, 1832: 38), citado por (Hensel Riveros, 2006, p.56)

5. Analizar los pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en los que se han decidido sobre casos análogos.

En este capítulo haremos referencia a algunas de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en los cuales ha tomado alguna determinación en relación a las expresiones que hemos venido analizando a lo largo de este trabajo, y cómo en algunos eventos, ha decretado la nulidad de ciertos actos o contratos. De manera preliminar se aclara, que no se trata de un estudio sistemático de la jurisprudencia de esta corporación, como el que desarrollaremos sobre las sentencias que sobre la materia ha proferido la Corte Constitucional, dado que estas últimas tienen una relación más estrecha con el último capítulo. Este capítulo está dividido en dos secciones. En la primera parte encontramos algunas decisiones pronunciadas por la Corte Suprema en negocios civiles consignados en las gacetas judiciales desde los primeros años de su creación. En la segunda sección nos remitimos a las sentencias de constitucionalidad y como resultado, respondemos a la pregunta planteada en la línea jurisprudencial que desarrollamos y hallamos cual sería precedente que impera al día de hoy.

5.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

En sentencia de marzo de 1892, conoce un caso típico de simulación en el cual dos sujetos celebran un contrato de compraventa, donde los contratantes tenían la intención de que el bien saliera del patrimonio del vendedor, para no honrar una obligación de crédito. El juez de primer grado, califica el motivo de la contratación (ocultar bienes del acreedor) como una causa inmoral, por lo cual, la consecuencia es la nulidad.

Pero dando por cierta la existencia del acto, como no puede menos de darse, es evidente que no hubo causa ni objeto lícito porque no se tuvo en mira sino producir la aparente insolvencia del hoy ejecutado, Jesús María Ramírez, para que dejase de pagar los dos mil pesos (\$ 2,000), que de él reclamaba y reclama Manuel Ochoa Arango. Siendo inmoral el motivo que indujo al acto, como contrario a las buenas costumbres. tuvo una causa ilícita según la doctrina del artículo 1738 allí citado; nulidad que de oficio debe declararse, por lo menos debió hacerse en la época en que se dictó la sentencia apelada. G.J.VII No. 312 (1892 p.157) (1892)

El 28 de febrero de 1893, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, conoce una demanda en la cual, el demandante busca el cumplimiento de contrato constaba de una prestación periódica, que los demandados debían pagarle todo el tiempo que aquellos sostuvieran el contrato de publicación del Diario Oficial de la nación. Mientras que la otra parte se compromete a no solicitar la apertura a licitación de dicho diario, no a solicitar la interrupción del contrato y además, ofreció su influencia para que se mantuviera el contrato de impresión del Diario y a impedir que hubiera postulación de otros proponentes o interesados, aun sabiendo que el proceso de licitación podría traer contratos más ventajosos para el Estado y por tanto a las finanzas públicas.

Según dicha consideración de la Sala, el contrato adolecía de un objeto y una causa ilícita, hace una distinción entre la ilicitud del convenio por ser contrario al ordenamiento jurídico y la ilicitud por faltar a las buenas costumbres. El argumento de la Corte es que la obligación resultaba contraria a las buenas costumbres, por cuanto impedía por una parte que el Estado

pudiera encontrar en el mercado otro contratante con mayores adelantos tecnológicos, un producto de mejor calidad, o un costo más bajo. Lo cual repercutía directamente en el interés público, y por otra parte, podía tratarse de una manipulación del mercado, ya que buscaban que otros prestadores no explotaran ese mercado.

Puede analizarse dos cosas con esta sentencia. Lo primero es que el uso de la expresión indeterminada buenas costumbres, es aplicada en un contexto en el que no existe una legislación que particularmente trate el supuesto de hecho para la manipulación de mercado y sus posibles implicaciones penales. Es decir, se trata del pacto de un hecho que se considera censurable, pero que la conducta de la cual es fruto, no tiene implicaciones penales. No obstante, el contrato no puede ser exigible. Por tanto, no fue la ilegalidad la que anula el contrato, sino el raciocinio judicial.

“...juzga la Corte que es contrario al orden público y á las buenas costumbres, desde que prescribiéndose en las leyes fiscales que la edición del Diario Oficial se verifique á virtud de licitación pública y mediante contratos debidamente celebrados, los particulares pacten, con miras de provecho, el ejercicio de influencias que hagan nugatorias dichas leyes” (Gaceta Judicial 364 Año VIII, 1893) P.198

También se puede inferir que, el contenido que en esta ocasión de la Corte a la expresión buenas costumbres está vinculada con el orden público económico, y como solución al problema del abuso del derecho.

Y desde luego no es de creerse que sería permitido á los Tribunales declarar eficaz cualquier contrato que propendiera á anular la acción del Gobierno, instituído con fundamento para procurar á los asociados la mayor suma de bien

posible y grandes economías y ventajas al erario nacional. (Gaceta Judicial 364 Año VIII, 1893) P.198.

En la sentencia del 28 de abril de 1896, se analiza una demanda en la que los hechos son los siguientes:

Un grupo de ciudadanos se asocia de manera transitoria para postularse en el remate de las rentas de la industria del aguardiente en el departamento del Cauca, pero estos a su vez se dividieron internamente en grupos con el fin de obtener más ventaja en la licitación. Luego, obtener las rentas de dicha industria, se volvería a someter a remate entre los miembros de la sociedad, para que fueran adquiridas por el mejor postor. Para el demandante, la causa del contrato era contraria la moral y las buenas costumbres, pues basado en la doctrina probable establecida en la sentencia de la misma corporación en 1893, la cual establecía que era ilícito todo contrato verbal o escrito que tenía como objeto o causa frustrar una licitación pública. Para la Corte en esta ocasión no hay vulneración de los conceptos jurídicos indeterminados.

No hay prueba tampoco de que el objeto que se propusieron las personas o sociedades que se reunieron para tomar en arrendamiento la renta de aguardiente, fuera exclusivamente para impedir la licitación. Si este propósito hubiera de suponerse por el solo hecho de haberse asociado para esta operación habría que concluir por establecer que siempre que dos o más personas forman sociedad para entrar como licitadores en un remate público hay en ello objeto ilícito... (Gaceta Judicial, año XI, , 1895) p. 383

No obstante, haber declarado que el contrato no era nulo, si decreta una nulidad parcial del mismo, pues “hay una clausula ilícita, por lo inmoral de su objeto que es la que prevé el caso en que hubiere que erogar alguna cantidad con el fin de separar a algún individuo o sociedad y evitar su competencia...”, (Gaceta Judicial, año XI, , 1895) p. 383

En otro demanda, se busca la nulidad del matrimonio católico de un ciudadano alemán de religión católica, con una mujer de nacionalidad colombiana. El argumento de la demanda consiste en que el demandado siendo católico, solo podía casarse conforme al rito de esa religión, para que gozara de validez ante la legislación colombiana. Con posterioridad a la sentencia, favorable a la demandante, el demandado mediante testamento nombra como beneficiaria de todos sus bienes a la hija legítima de su primer matrimonio, con derecho a reclamar las sumas de dinero que aquel había dado a su segunda esposa, ya que al ser declarado nulo el matrimonio, los pagos por concepto de gananciales fueron pagados indebidamente.

Por último, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 1991, toma la expresión “buenas costumbres” para darle un contenido más cercano al del Código Civil Alemán de 1900, cuando disponía que era contrario a las buenas costumbres el negocio jurídico en el que una de las partes aprovechaba su preponderancia, ya fuera económica, social, intelectual, frente a la otra parte para imponer condiciones desfavorables a la otra. Acogiendo esta tesis, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia dijo:

Tanto perjuicio puede derivarse de la ampliación convencional de estos plazos como de su reducción, con mayor razón si se tiene en cuenta que por el inusitado crecimiento de los contratos de adhesión" siempre habrá una parte

colocada en situación de inferioridad, a quien existe la posibilidad de que lo afecte, y otra animada de sacar el máximo provecho a la situación ventajosa en que se encuentra. De ninguna manera es admisible entonces la tesis de que los pactos reductores del término de prescripción no contrarían el orden público, ni la moral, ni las buenas costumbres, porque visto está, gracias a la enseñanza que brinda la experiencia, que son generalmente las partes colocadas en situación de inferioridad las que tienen que hacer esta concesión o a las que la "convención¹ perjudica; y en esto no hay, como bien se sabe, ni equidad, ni costumbre sana, sino - si se quiere -injusticia. (1991) (p.22)

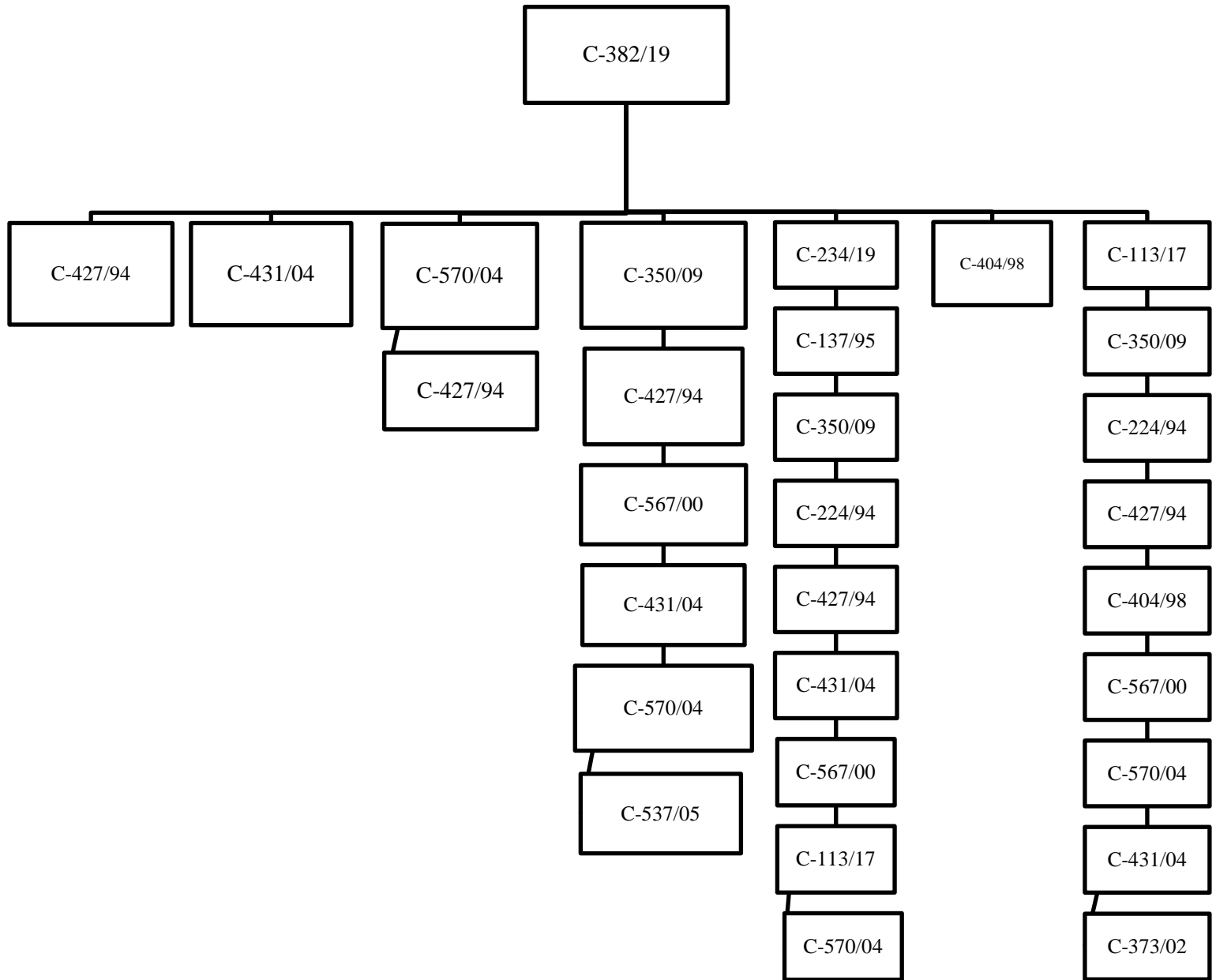
5.2. Estudio sobre la materia en la Corte Constitucional

La Corte Constitucional colombiana ha estudiado las expresiones “moral” y buenas costumbres, en el ejercicio de control de constitucionalidad. De acuerdo con esto, se han realizado varios pronunciamientos al respecto, en los cuales se ha declarado tales expresiones como acordes con el texto constitucional. Sin embargo, no ha realizado pronunciamiento respecto de la constitucionalidad de estas expresiones en cuanto contenidas en el Código Civil. No obstante, un estudio de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional nos permitirá dilucidar si la corporación ha dado un contenido específico a la moral y las buenas costumbres como conceptos que por sí solos pueden tener significados diversos y que obligan al intérprete a recurrir a algún elemento exógeno que lo determine. Para dicho análisis nos basaremos en el ejercicio metodológico de línea jurisprudencial que propone (López, 2006). Sin embargo, como se trata de una investigación hermenéutica, que indaga por la significación de dos expresiones extrajurídicas y no del estudio de las decisiones del alto tribunal en relación con los derechos

concretos, no será relevante en esta búsqueda, los patrones facticos, que recomienda buscar este autor. Además, las sentencias consultadas en su totalidad corresponden a decisiones del tipo “C” de constitucionalidad, en la que la concreción de los hechos es relativa.

La elaboración de este ejercicio se realiza en tres pasos, que consisten en la búsqueda del punto arquimédico de apoyo, la ingeniería reversa y por último la denominada telaraña y puntos nodales de jurisprudencia. Todo lo cual se desarrolla en las siguientes tablas para finalizar con una conclusión.

Punto arquimédico de apoyo y nicho citacional.



¿El concepto indeterminado “buenas costumbres” es constitucionalmente admisible?		¿El concepto indeterminado “buenas costumbres” no es constitucionalmente admisible?
x	Sentencia C-427/94	
	Sentencia C-567/00	x
	Sentencia C-431/04	x
	Sentencia C-570/04	x
	Sentencia C-350/09	x
x	Sentencia C-113/17	
x (condicionada)	Sentencia C-234/19	
x (condicionada)	Sentencia C-382/19	

5.2.1. Análisis de la línea

La sentencia C-224 de 1994, corresponde en este caso, a la tipología de sentencias fundadoras de línea, siendo esta una providencia que sale a la luz en los primeros años de la Corte, el precedente jurisprudencial en ella es escaso, pero sí hay abundantes planteamientos metafísicos, alusiones al derecho natural y a la filosofía moral. Sin embargo, la sentencia, que es la primera que trata de dar una concreción a la indeterminación de los conceptos morales², y especialmente

² Cuando expresamos que es la primera en tratar el asunto de los conceptos jurídicos indeterminados, vagos y ambiguos, como referentes a la moral social, nos referimos a un hecho generado dentro del nuevo constitucionalismo, pues, dichas expresiones también fueron tratadas por la Corte Suprema de Justicia en 1982. Sentencia C-350-09

al de moral cristiana, parece haber influido fuertemente en los fallos posteriores que han acudido a ella, comprendiendo como análogas la moral y las buenas costumbres con la “moral social” o “moral general”, que a nuestro juicio, es también de un alto grado de indeterminación. No obstante la importancia de esta sentencia fundadora de línea, no decide sobre “las buenas costumbres”, como tampoco lo hace la Sentencia 373 de 2002, por tanto no han sido incluida dentro de la línea.

La línea anterior muestra las variaciones que ha tenido el término estudiado en la Corte Constitucional. En principio se evidencia en la Sentencia C-427/94 una declaratoria de exequibilidad de las expresiones moral y buenas costumbres, en materia sancionatoria. Este primer pronunciamiento, con gran fundamento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, considera que la expresión buenas costumbres se ajusta al texto constitucional.

...la obligación de la función pública de acordarse a "la moralidad", concepto jurídico que aquí no responde a ninguna particular exigencia confesional o subjetiva, sino se repite, al marco ético conceptual, propio de la moral media o social, que contiene la Constitución; así por ejemplo, será contrario a esa moral, el irrespeto a la autoridad jerárquica, o las faltas contra la honra de las personas, o su intimidad, o un trato discriminatorio o vejatorio contra alguien, o la traición del interés nacional en beneficio del exterior, o las afrentas a la dignidad inherente a la persona humana, o los elementos justificativos de las inhabilidades, incompatibilidades y requisitos o calidades para el desempeño de la función pública”. Sentencia C-427/94 (pp. 11,12)

Posteriormente viene una sentencia que modifica esa postura. La sentencia C-567/00, en la cual, se observa un riesgo de subjetivismo en el funcionario que debía validar que los estatutos de las organizaciones sindicales se ajustaran a la moral y las buenas costumbres. A juicio de la sala, en esta oportunidad la autoridad administrativa si estaría aplicando su particular modo de concebir la moral social. Con lo cual estaría violando principios constitucionales como el pluralismo y la autonomía individual de los asociados:

En el caso bajo estudio se está estableciendo, a través de una autoridad administrativa, la posibilidad de ejercer una limitación al libre ejercicio del derecho sindical, mediante la calificación subjetiva que haga el responsable del estudio de los estatutos de la organización sindical recién creada, de que no la inscribe por estimar que va contra las buenas costumbres, según su personal modo de entender en qué consisten las buenas costumbres. Sentencia C-567/00 p. 29

En la misma línea de la anterior, se inscribe la Sentencia C-431/04, cuyos planteamientos se encuentran en una orilla opuesta a la sentencia C426/94, pues aunque se estudia la misma expresión “moral o buenas costumbres” en el derecho disciplinario, esta, considera inadmisibles tal grado de indeterminación en materia de derecho administrativo sancionatorio y fija la regla de concreción de los tipos administrativos:

....cuando se trata de la actividad punitiva o sancionatoria del Estado la utilización de estas referencias debe hacerse de manera concreta y precisa, indicando cuales son los comportamientos concretos que el legislador estima

jurídicamente sancionables por ser considerados socialmente inmorales, so pena de desconocimiento de las garantías del debido proceso, especialmente de la de legalidad de las faltas y sanciones. Sentencia C-431/04 p.44

En las sentencias Sentencia C-570/04 y Sentencia C-350/09, se consolida el precedente anterior e incluso en esta última sentencia, la Corte establece la siguiente subregla:

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la Sala Plena decide que (i) los conceptos jurídicos indeterminados como ‘moral’, por ejemplo, pueden ser usados bajo el orden constitucional vigente en el sistema jurídico, y (ii) que se viola la prohibición de tipos sancionatorios disciplinarios indeterminados cuando éstos emplean conceptos que no tienen un ‘grado de indeterminación aceptable constitucionalmente’, en especial, cuando se trata de normas que tipifican como faltas conductas que no tengan una relación con las exigencias propias del desempeño profesional ni afecten la integridad de la profesión como tal, como ocurre, por ejemplo con normas sancionatorias disciplinarias que prohíben cometer actos contra ‘la moral’ o contra ‘las buenas costumbres. Sentencia C-350/09 p. 51

Después de estas cuatro últimas sentencias, en las que se había consolidado el precedente de la inadmisibilidad de la expresiones moral y buenas costumbres dentro de los tipos sancionatorios, surge una variación en la Sentencia C-113/17, en la cual se retorna a la interpretación de la moral y buenas costumbres como constitucionalmente admisibles, siempre que se interpreten como moral social:

En esta situación, en la medida en que la lectura del simple enunciado demandado podría evidenciar una indeterminación muy amplia y, por tanto, escapar a un grado en que se estime como constitucionalmente admisible, debe adoptarse una decisión condicionada, que opera cuando, como en este evento, de la disposición jurídica se derivan varios significados y sólo uno de ellos se ajusta a los parámetros superiores de orden constitucional. En este caso, el sentido que se ajusta a la Constitución es aquél que remite a su lectura como moral social, dado que este concepto está dotado de unas características mayores de concreción, estudiadas por la misma jurisprudencia de la Corte, tal y como se expuso en el acápite pertinente. Sentencia C-113/17 (p59)

Finalmente, encontramos en las Sentencia C-234/19 y Sentencia C-382/19, también una remisión a los términos moral social, por lo que se declara la exequibilidad de los términos estudiados aquí. No obstante la decisión C-234/19 de la Corte Constitucional se puede catalogar como una sentencia reconceptualizadora, según los criterios sentados por (López, 2006), ya que en ella el alto tribunal analiza la línea, la afirma y trae una nueva interpretación que intenta explicar mejor el sentido y los efectos de la decisión. Esto es evidente cuando, el tribunal entiende que el concepto moral social, con el cual se han asociado las expresiones moral y buenas costumbres y que ha hecho escuela en la Corte, es también de una amplia indeterminación y del cual se puede obtener distintas interpretaciones, según quien lo estudie. En esta ocasión se expresa que:

En concreto, sostuvo que el concepto de *moral social* o *moral pública* implica la remisión a un código valorativo que no es personal o particular, sino que

debe ser confrontado con los principios y valores de orden constitucional que el constituyente consideró necesarios para la existencia de un Estado pluralista y respetuoso de la dignidad humana; y que tal apreciación en este escenario de patentes involucra el estudio de las circunstancias existentes al momento en que se solicita su concesión, con el ánimo de garantizar las condiciones de posibilidad para una evaluación que en tiempo real y actual estime el estado de la técnica y de la ciencia, en una sociedad que promueve el conocimiento dirigido al progreso responsable. (p.46)

Como conclusión, lo anterior significa que las expresiones metajurídicas moral y buenas costumbres, que son de un amplísimo grado de indeterminación, fueron interpretadas por la Corte Constitucional por otro concepto, también de alta indeterminación y ambigüedad, es decir, por la moral social, que como se ha apreciado a lo largo de esta disertación ha tenido significados variables tanto en el tiempo, como en los distintos espacios geográficos, tradiciones jurídicas y concepciones individuales.

Se puede advertir otras dos consecuencias de este análisis jurisprudencia, uno de ellos es que la conceptualización materialización de los conceptos que estudiamos, no surgió de manera unánime. De hecho, varias de las sentencias aquí citadas cuentan con sendos salvamentos de voto. Lo anterior se puede observar en sentencias como la C-431/04, la C-570/04, la C-350/09 o la C-567/00. Esto demuestra precisamente, la maleabilidad de estas expresiones y que puede llevar a particulares interpretaciones. La otra consecuencia se extrae de la cita de la sentencia C-234/19, pues, como afirmamos, esta providencia reconceptualiza lo que significa la moral social, pero su particularidad es que su reconceptualización es precisamente uno de los pilares del

neoconstitucionalismo, es decir, en esta se exalta la supremacía constitucional, tanto, que aquí se define que lo que la sociedad colombiana es, cómo se define, cómo se concretan sus valores sociales como nación, solo puede entenderse a través de “...*los principios y valores de orden constitucional que el constituyente consideró necesarios para la existencia de un Estado pluralista y respetuoso de la dignidad humana*” (p.46)

6. Aspectos de la Constitucionalización del derecho privado

El rastro que seguimos en las sentencias de constitucionalidad estudiadas en el segmento anterior, nos permiten encontrar varios elementos relevantes de la mayor actualidad y que tienen una fuerte conexión con nuestro tema de investigación. Por una parte, el análisis de precedentes nos da las reglas jurisprudenciales utilizadas por la Corte Constitucional para la resolución de las demandas de inexecutable por inconstitucionalidad presentadas contra las expresiones metajurídicas moral y buenas costumbres, relacionadas en ámbitos de la práctica jurídica diferentes al derecho civil. Como consecuencia, nos permite advertir al menos de manera hipotética, pero fundamentada en las decisiones del tribunal, la forma en que se resolvería la executable o inexecutable de artículos como el 1518, 1521, 1532 del Código Civil.

Además, podemos evidenciar un hecho de la mayor relevancia teórica y de gran actualidad, pues los fallos analizados y en especial sentencia C-234/19, destacan por varios elementos del neoconstitucionalismo en la actividad de la Corte Constitucional, para el estudio los elementos extrajurídicos relacionados con la moral y las buenas costumbres. Como destaca (Carbonell, 2007); tales elementos están conformados por un razonamiento jurídico complejo que utilizan reglas interpretativas distintas a la subsunción. Igualmente, destacan, el empleo de principios y valores constitucionales como elementos normativos. Así mismo, esta tendencia constitucional

se caracteriza por una disolución del límite entre creación y aplicación del derecho, la disolución de la frontera entre la moral y el derecho, y el examen de validez de las leyes encargado a la Corte Constitucional, lo cual maximiza el protagonismo judicial y conlleva al fenómeno de la constitucionalización del derecho. (Arrubla P. J., 2010).

Veremos a espacio estos elementos característicos del neo constitucionalismo con relación a la moral y las buenas costumbres.

6.1. Constitucionalización del derecho y del derecho civil en particular.

Uno de los elementos ha caracterizado el derecho civil decimonónico, es la autonomía de la voluntad, que dentro de la tradición civilista ha tenido amplio desarrollo y pocos límites en la actividad social y económica de quienes contratan. Durante el vigor del estado de derecho del siglo XIX las limitaciones a esta autonomía fueron siempre producto de una configuración legislativa; normas de orden público existentes al interior mismo de la codificación que condicionan cuándo la voluntad se ha expresado libre de cualquier vicio, así como la validez de lo acordado por las partes. En esa medida, (Calderon, 2010) distingue entre derecho público y derecho privado, dependiendo el grado de intervención estatal en la libertad de configuración de las obligaciones y contratos. Así, puede presentarse un freno a la voluntad de los contratantes, desde agentes externos a la relación contractual u obligacional, e incluso, los límites pueden ser foráneos al derecho civil, como por ejemplo cuando la limitación a la libertad contractual es de carácter constitucional, lo cual presentaría dicho asunto como una cuestión más cercana al derecho público.

Lo anterior es uno de los puntos clave de la constitucionalización del derecho, pues no es el ordenamiento jurídico específico el que se basta a sí mismo para imponer de forma definitiva sus

propias regulaciones, sino que es la Constitución la que tiene la última palabra en la definición de determinado asunto, ya sea un litigio entre particulares o la validez de una norma jurídica de derecho privado. Detrás de esta visión omnipresente de la Constitución:

Podrían decir algunos que la Constitución define, de manera completa y exhaustiva, lo prohibido y lo ordenado en un determinado sistema jurídico. De esta manera, resultaría posible derivar de la Constitución la totalidad de reglas, prácticas y principios a los que deben someterse las autoridades y los particulares. (Calderon, 2010, pp. 39-40)

Esta nueva tendencia teórica y jurídica denominada neoconstitucionalismo ha suscitado profundos debates en la teoría del derecho, en los que se ha buscado una definición precisa de esta corriente, una descripción de sus características más importantes, pero también ha generado enconados enfrentamientos a favor y en contra de los efectos en la realidad jurídica que ha traído la materialización de esta tendencia en la actividad judicial y en el sistema político.

Prieto Sachís, citado por (Bernal, 2007), habla del neoconstitucionalismo como “una nueva cultura jurídica o por lo menos una teoría del derecho, distinta de la teoría positivista...” (p.289) Esta corta definición un tanto ambigua revela la doble dimensión del concepto: una práctica jurídica y una teoría que le sirve de base.

Esta nueva expresión jurídica tendría una importante función de fomento y protección de la Constitucionalización del derecho vigente, como lo señala (Arrubla J. , 2010):

Esto es lo que se ha definido como el neoconstitucionalismo, como una nueva teoría del derecho encargada de respaldar el proceso de constitucionalización

del derecho vigente, lo cual deja rezagado el iuspositivismo o estado débil del derecho, que servía de sostén al viejo sistema, anclado en la concepción liberal de la sociedad decimonónica. (p.50)

Dentro de las características principales del neoconstitucionalismo que interesan en el desarrollo de esta tesis, se destacan la omnipresencia constitucional, que impregna la totalidad del ordenamiento jurídico, limitando la actividad legislativa, pues hay aspectos vedados para el legislador en la creación de normas. Los principios y valores son elementos normativos de contornos difusos en los que el texto constitucional no distinguiría ni su precedencia, ni la preponderancia entre unos y otros, por lo cual es el intérprete quien debe señalar su jerarquía en los casos concretos, mediante la ponderación.(Bernal, 2007)

La Constitucionalización del derecho se puede dar en diferentes grados de intensidad. Así por ejemplo puede hablarse de ámbitos o especialidades del derecho más o menos constitucionalizadas, lo que quiere decir que estos ordenamientos han sido en alguna medida afectados por las normas constitucionales, ya sea armonizadas desde el proceso legislativo o por vía de interpretación judicial, en cuyo proceso el juez constitucional puede declarar la validez o invalidez de una determinada norma por considerar que su contenido es contrario a la constitución. Así mismo cuenta con facultad para declarar la nulidad de las decisiones de otras autoridades que llegan a su conocimiento; e incluso dar órdenes a otros poderes. Todo bajo la interpretación del texto constitucional.

Para (Calderon, 2010) pp. 38,39, no todos los ordenamientos jurídicos y las especialidades del derecho, tienen el mismo grado de constitucionalización. De hecho afirma que temas como el derecho de familia, el derecho procesal penal e incluso el derecho laboral han tenido mayor

tendencia a la sobreconstitucionalización. No obstante, ámbitos como el derecho civil contractual y el derecho comercial han mostrado resistencia a este fenómeno.

Sin embargo, existen voces que informan sobre una sobreconstitucionalización del derecho privado, al punto de llegar a tener una visión apocalíptica sobre la materia. Como lo dice (Gutierrez, 2011):

han transcurrido ya varias décadas desde que se abriera en la doctrina científica un debate acerca de la <crisis> del Derecho privado en general y dentro del cual no pocos estudiosos han venido cuestionando bajo ópticas y planteamientos diversos, la utilidad del Derecho Civil en particular. La idea de que éste ha entrado en decadencia, el fenómeno de su ocaso, su envejecimiento o, para los más pesimistas o alarmistas, el de su propia muerte, suena ya a tópico. (p.53)

En contraposición al argumento anterior de (Gutierrez, 2011), (Arrubla, 2010) señala que en Colombia no hay una tendencia neoconstitucionalizadora del derecho privado, debido a que haciendo un análisis de pronunciamientos de la Corte Constitucional, se evidenciaba alguna renuencia a interferir en las relaciones jurídicas entre particulares:

... Es así, que por este respecto tampoco resulta procedente la acción instaurada, pues, como lo relata el mismo autor ya agotó otro medio judicial de defensa, el proceso ordinario de resolución de contrato, de manera exhaustiva. Y no puede improvisarse la tutela, por el citado carácter subsidiario o residual, en un mecanismo para revisar providencias judiciales, ni aún en el caso de que

puedan resultar equivocadas o erróneas a juicio viese en ellas rechazadas o in admitidas sus pretensiones. (Sentencia T-107, 1993)

Sin embargo, en época más reciente, hubo un giro de la Corte Constitucional hacia la constitucionalización de las relaciones de derecho privado; como es el caso de la (Sentencia T-501, 2017), en la cual el alto tribunal dijo lo siguiente:

Dicho lo anterior y dado que la F. S.A. es una compañía aseguradora y prestadora de un servicio público, debido a que cumple funciones de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados por el público y debido a que el asunto en discusión se relaciona con el objeto social de dicha sociedad, esta. encuentra que la misma está legitimada como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en la que se le atribuye la presunta vulneración del derecho fundamental al mínimo vital...

Esta línea no dista de la posición de la Corte en la (Sentencia T 408,2015):

Teniendo en consideración que la actividad financiera y aseguradora constituye la prestación de un servicio público a los ciudadanos, quienes se encuentran en una situación de indefensión dada la posición dominante que ejercen las entidades del sector, esta Corporación ha sostenido que es procedente la acción de tutela como medio de control judicial tratándose de controversias surgidas a partir de una relación asimétrica como la que existe entre estos, ya que es posible que estas empresas con sus acciones u omisiones puedan vulnerar o amenazar los derechos fundamentales de las personas.

Y en fallo más reciente, la Corte determinó que las personas a quienes se les ha vulnerado un derecho fundamental por un particular, aunque sea el resultado de una relación contractual, si la parte vulnerada se encuentra en un estado de indefensión, no está limitada a los medios de defensa judicial ordinarios que volverían la acción de tutela un elemento de carácter residual. Lo anterior, puesto que la Corte considera que puede acudirse a la acción de tutela, cuando la acción civil o penal no garantiza directamente la protección del derecho fundamental.

Esta S. advierte que, si bien la accionante cuenta con otros mecanismos ordinarios de defensa, estos no resultan idóneos y eficaces para proteger sus derechos fundamentales. En efecto, los mecanismos judiciales ante la jurisdicción penal y civil no tienen como fin principal adoptar remedios para garantizar los derechos fundamentales a la propia imagen y a la intimidad, pues en estos escenarios el debate giraría en torno a determinar el posible incumplimiento contractual de C. o su responsabilidad penal (...). Así mismo, las acciones penales y civiles de las que puede hacer uso la accionante no revisten la rapidez y oportunidad necesaria en este caso, y no pueden satisfacer prontamente su pretensión de que se retire de las páginas de internet el video que grabó la actora, lo que revela la ineficacia de estos medios. (...) Por tanto, no se puede exigir a una persona acudir a otros medios judiciales cuando, en principio, estos no parecen idóneos o eficaces y ya se ha hecho uso de alguno de ellos sin ningún resultado. (Sentencia T-407A, 2018)

En la misma providencia, la Corte Constitucional es enfática en afirmar que las relaciones contractuales del derecho privado también se encuentran constitucionalizadas y por tanto

Al igual que todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, el tema contractual no es ajeno a las garantías y libertades constitucionales. En efecto, la Constitución Política irradia también el derecho privado, y por ende, las relaciones contractuales. Por lo tanto, aun cuando los contratos entre particulares se rigen por la autonomía de la voluntad y son ley para las partes, las disposiciones constitucionales son parámetros para la celebración, interpretación, ejecución y terminación de los contratos. (Sentencia T-407A, 2018)

Además de la apertura a la constitucionalización judicial del derecho civil por vía de precedentes que hemos enunciado, existiría una constitucionalización normativa del derecho privado. En efecto, (Gutierrez, 2011) opina que hay una clara constitucionalización del derecho civil, puesto que algunas reglas del derecho privado, se encuentran también constitucionalizadas. Como ejemplo de lo anterior podemos citar el principio de buena fe y el orden público. En la misma línea opina (Arrubla J. , 2010), para quien el derecho privado “Ha aportado al derecho constitucional su principalística más valiosa, desde la noción de orden público y de interés general, hasta principios tan caros como el del abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa y el deber de buena fe.” (p.48)

Pero si existe una constitucionalización del derecho privado y en particular, del derecho civil ¿qué pasa con las normas imperativas que fungían como único límite a la amplísima autonomía de la voluntad privada en materia civil dentro del neoconstitucionalismo colombiano?

Para tratar de responder a la pregunta anterior, veamos una de las características del modelo neoconstitucionalista, el empleo de principios y valores como formas imperativas en la Constitución. Como afirma (García, 2007): “Que una Constitución es material significa aquí que presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices)” (p.238), las cuales estarían destinadas tanto a organizar el poder y sobre todo, a establecer fronteras al poder en cuanto “qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir” (ibídem). Esta nueva perspectiva entiende la constitución no solo como un texto formal que dicta cómo debe ser la organización del poder, sino como un texto con un gran contenido material que establece o reconoce derechos fundamentales, es la gran distinción entre el legalismo y el constitucionalismo. Y es que a partir del caso Luth en 1958, el máximo tribunal alemán define la sección de derechos como un orden de valores objetivo y como tal deben ser acogidos por toda la actividad jurídica y que además contiene un catálogo de principios tales como la dignidad humana, la democracia, la legalidad, entre otros. (Bongiovanni, 2018)

Algunos de los aspectos que resultan controversiales para algunos teóricos tienen que ver con la formulación de reglas, principios y valores que en determinados casos pueden entrar en confrontación, teniendo el juez que decidirse por uno de ellos mediante ponderación; y la indeterminación de ciertos principios, pues para algunos positivistas como (García, 2007), no se puede hacer que la constitución diga lo que en realidad no dice y sustraer de los principios enunciados que incluso podrían llegar a ser contrarios a la misma constitución.

En lo que insiste el neoconstitucionalismo es en la capacidad de «dicción» de las normas constitucionales más indeterminadas. Y aquí viene la gran pregunta

y la que, en mi opinión, es la mayor dificultad teórica de esta doctrina: ¿de qué manera dicen concretamente esas normas constitucionales lo que en su enunciado es indeterminado? Y ¿cómo se conoce y se muestra intersubjetivamente, con algún grado mínimo de objetividad, eso que dicen?
(p.239)

La crítica anterior de García Amado es uno de los puntos de mayor discusión. Pues como vemos, algunos teóricos se oponen férreamente a la utilización de la ponderación, ya que, no habría un criterio fijo para resolución de los asuntos judiciales, lo que no sucedería con el método de la subsunción, no hay una medida real para saber la intensidad de análisis que el juez constitucional hace de determinado derecho frente a otro; tampoco existiría una verdadera diferencia entre principios y reglas y de esta manera, en la interpretación se corre el riesgo de tomar una regla y tenerla por principio y viceversa y como consecuencia, cualquier derecho fundamental podría ser vencido, dependiendo más de la subjetividad del juez, que de un verdadero sistema de interpretación. Acompañando estas críticas, expresa (Ochoa, 2012): “De este hecho resulta que los postulados del nuevo constitucionalismo presuponen la existencia de un margen de elasticidad en la tarea de interpretación de los tribunales, es decir, de discrecionalidad judicial”.
(p.100)

Otro de los aspectos del nuevo constitucionalismo es su relación con la moral, por lo que algunos tildan esta corriente de iusnaturalista. A diferencia del positivismo, en el cual, la validez de las normas se funda en que sean producidas por una autoridad legítima, en el neoconstitucionalismo, la validez de aquellas viene determinada por su armonía con los principios y valores constitucionales, que a su vez devienen en principios y valores morales.

...el neoconstitucionalismo valora elementos distintos de la validez meramente formal, en especial la eficacia y la justicia de las normas jurídicas, y preconiza el contenido, los principios y valores de la Constitución.” Los rasgos iusnaturalistas del neoconstitucionalismo, empero, lucen perfectamente compatibles con el positivismo jurídico, como lo afirma Moreso, en tanto que se trata de una “posición que se sitúa más allá del positivismo jurídico y del iusnaturalismo”, si bien conlleva un énfasis en la valoración moral. (Ochoa, 2012) p. 95.

Mientras que Alexy, citado por Portela, J. G. (2009), opina que los principios constitucionales, son igualmente normas, pero a diferencia de las reglas, constituyen mandatos de optimización, lo cual significa que “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible” (Zárate Castillo, 2007)p.366.

Sin embargo, aunque el neoconstitucionalismo ha tenido gran auge al interior de la Corte Constitucional y fundamentada en sus bases teóricas, se han tomado importantes decisiones relacionados con la autonomía de la voluntad en el derecho privado, la validez de los límites extrajurídicos a la autonomía de la voluntad, en Colombia, ha tenido sus detractores, como (Arrubla J. , 2010), quien no se muestra partidario de la neoconstitucionalización del derecho privado en cuanto una tradición jurídica depurada con el tiempo y cuyas instituciones no necesariamente lleguen a ser inconstitucionales, sino que no han sido bien entendidas por el juez constitucional. Critica igualmente, apoyado en Kelsen, que la Constitución contenga valores indeterminados, porque a su juicio se inclina el sistema de pesos y contrapesos a favor de la Corte Constitucional:

A veces, se le otorga un especial énfasis a la constitucionalización, con un afán arrollador de someter todos los cánones privados a ciertos dictados que

aparecen novedosos en la nueva constitución, sin detenerse en el análisis de que tales fundamentos campean soberbios por las mismas instituciones de derecho privado o lo que es peor, que la falta de especialidad del juez constitucional, lo hace ignorante de la razón de ser de la institución ius privatista, para llevarlo a conclusiones equivocadas. (p. 51)

Ahora bien, vemos que en los nuevos textos constitucionales existen elementos morales que dan fundamento a los derechos fundamentales y que se constituyen en un elemento esencial en la argumentación judicial. Pero también se puede advertir que principios como el orden público, y elementos como la moral administrativa y la moral pública, no son propios de la Constitución, solo que han sido integrados a ella, dando como resultado constituciones “rematerializadas” de las cuales dice (Prieto, 2011) citando a Dworkin que han fusionado el derecho constitucional y la teoría ética. En tanto que las decisiones judiciales también están construidas con una gran carga metajurídica, “si bien conlleva un énfasis en la valoración moral.” (Ochoa, 2012) p. 95

No obstante, en el neoconstitucionalismo los principios que otrora fueran pilares del derecho privado, hoy son reinterpretados desde esta nueva orilla de la teoría jurídica, dándoles nuevos alcances y significados. Sin embargo, habría que preguntarse si la moral y las buenas costumbres como principios del derecho decimonónico e incluso más antiguos, son compatibles con la sociedad actual, en la que es paradigmático el respeto por la multiculturalidad, el pluralismo, la libertad de expresión y el libre desarrollo de la personalidad . Como dice (Arrubla P. J., 2010):

El pluralismo caracteriza la sociedad contemporánea y, ello, lleva a una polisemia axiológica o a la pérdida de valores comunes. No hay espacio para

otra ética social que la consagrada por el derecho y, en especial, la consagrada por la constitución. (p. 54)

Entonces, hemos identificado varios rasgos característicos del neoconstitucionalismo y a su vez encontramos una línea jurisprudencial de un grupo de sentencias de constitucionalidad, en las cuales los rasgos de esta tendencia jurídica se hacen patentes: jurisprudencia creativa o creación de derecho; la constitucionalización del derecho privado y del derecho civil, en particular; argumentación de las decisiones mediante posturas éticas atadas a una interpretación de la Constitución; el uso de la ponderación y sus distintos niveles de intensidad de análisis; una gran preponderancia de los principios y valores constitucionales. Ahora bien, los términos moral y buenas costumbres son elementos ya neoconstitucionalizados. De una parte, la Corte Constitucional no agota el análisis hermenéutico de dichas disposiciones en su sentido más natural, tampoco en un lenguaje técnico propio de los campos del conocimiento de donde se extraen estas expresiones como el de la filosofía moral, la antropología o la sociología (Buenaga, 2016). como lo indican los artículos 28, 29 y 30 del Código Civil, sino que realiza una interpretación con “la incorporación de elementos morales y políticos (valores y directrices), aunada al deber de aplicación directa de la Constitución” (Estrada, 2010, p. 83).

Dentro de ese contexto constitucional, es como se ha desarrollado el significado o sentido de la moral y las buenas costumbres, no mediante la interpretación legislativa con normas que delimitaran la forma de entender dichos términos, sino mediante la interpretación judicial, pues:

En el Estado constitucional, la interpretación para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, no es una facultad exclusiva del legislador, pues

también está a cargo de la Corte Constitucional cuando ésta ejerce el control de constitucionalidad de la ley y fija el sentido válido de la misma. (C-820, 2006)

Sin embargo, la interpretación de autoridad de que habla el artículo 28 del Código Civil, declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia que acabamos de citar, pensamos que la moral y las buenas costumbres como elementos que limitan la voluntad de los contratantes y de quienes adquieren obligaciones de naturaleza civil, en el actual sistema constitucional, son términos confusos, que no necesariamente representan el conjunto teleológico de la Constitución y que antes bien, da pie a interpretaciones arbitrarias y contrarias a los derechos fundamentales y sus garantías.

Lo anterior se debe a que en la interpretación que la Corte Constitucional ha hecho de la moral y las buenas costumbres, trata de dar vigencia a expresiones que en el nuevo contexto de los derechos y sus garantías no son compatibles, pero además, cuando el Tribunal define que se trata de moral social o moral general, como en las sentencias C-427/94, C-113/17, C-234/19 y C-382/19, lo que realmente hace es cambiar una indeterminación por otra indeterminación. Es decir, que la solución de la corte constitucional es darle a estas expresiones un contenido amorfo, que ocasionaría el mismo problema en la solución de un caso particular; o sea que, así como cada intérprete puede definir la moral y las buenas costumbres según su particular cosmovisión, ocurriría lo mismo con la moral social o moral general, pues como señala (Arrubla P. J., 2010)

El legado Napoleónico que señaló el orden público y las buenas costumbres como las barreras para la libre expresión de los contratantes se han tornado en

categorías difusas que crean inseguridad jurídica, por la dispersión que los intérpretes pueden dar a sus contenidos. (p.64)

Por lo pronto, quién puede definir la moral general, si es que ésta puede decantarse en una sociedad cosmopolita y heterogénea. Con la precisión de la Corte, por el contrario, se creó un halo de incertidumbre, pues, el discurso de la moral general, puede ser tan amplio, que el negocio jurídico y la estabilidad queda a criterio de sus muy variados intérpretes. (p.65)

Contrario a este argumento pudiera pensarse que precisamente para evitar que ese tipo de arbitrariedades en la decisión judicial ocurran, en la misma sentencia C382 de 2019, la Corte señaló que la moral social o moral general deben ser acorde a los principios y valores constitucionales, no obstante, los conceptos metajurídicos constitucionales, carecen igualmente de determinación, siendo elementos morales susceptibles de interpretación por el tribunal constitucional, carecen de un significado estable y perdurable, dada la sobre interpretación constitucional.

Un claro ejemplo de este problema que planteamos se evidencia en un caso que nos trae (Arrubla J. , 2010), en el cual, la Sala Constitucional de la Corte Suprema del Perú, resuelve un litigio en el que alguien contrató con una empresa de servicios de telefonía que en principio fue usada para el fomento de las relaciones sociales, laborales y familiares del contratante. Sin embargo, con posterioridad se destinó a las llamadas eróticas. Una vez se refleja el cobro de este servicio en la factura, la suscriptora se niega a realizar el pago. El juez constitucional determinó que este servicio es contrario a la moral y las buenas costumbres y no hay lugar a realizar el pago de dicha prestación:

El usuario, en principio, solicita el servicio telefónico para su uso y el de su familia, para su desarrollo social, económico, laboral y cultural por medio de la comunicación; no para realizar comunicaciones telefónicas libidinosas promovidas por el industrial o empresas que fomentan la deformación de la conducta sexual, afectando a la niñez, la juventud y la familia. La moral y las buenas costumbres constituyen la base de todo el derecho; nuestro sistema jurídico, obedeciendo a este principio, rechaza la inmoralidad y las malas costumbres; nadie puede beneficiarse a costa de la degradación y el envilecimiento de las costumbres de un pueblo. (Arrubla J. , 2010, p.66)

Bajo el pretexto de salvaguardar la moral general o moral social, el tribunal peruano desconoció otros principios en juego dentro del caso, como la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad o el pluralismo dando más peso a aquellos en los cuales se confunde la particular visión del juzgador sobre lo bueno y lo malo, es decir que se trató más que de una decisión en derecho, en una decisión moral.

Otro de los riesgos que luce más grave a nuestro juicio, es que si no resulta posible determinar con exactitud lo que es moral y lo que es conforme a las buenas costumbres, mucho más difícil es probar que determinado acto o contrato es contrario a aquellos preceptos metajurídicos. Esto quiere decir que en un país multicultural como el nuestro no existe prueba que pueda evidenciar que tal acto merece la nulidad por causarse una inmoralidad. Lo que sucede entonces es que el juez llegaría al convencimiento de esta presunta ilicitud no mediante la prueba, sino por medio de la argumentación y en el peor de los casos, la idea previa de que el acto es ilícito, lo cual es contrario al ordenamiento jurídico, pues tratándose de procesos civiles,

artículo 164 de la Ley 1564 de 2012 expresa que: “toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”; mientras que el artículo 230 constitucional dispone que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Por tanto, si faltara la prueba en la decisión judicial que define una nulidad en materia civil, por cuanto el juez llega al convencimiento de que determinado acto es ilícito por ser contrario a la moral y a las buenas costumbres, como ocurre en los artículos 1518, 1524 o 1530 del Código Civil, se estaría violando el principio del debido proceso, establecido en el artículo 29 constitucional.

Conclusiones

Los conceptos moral y buenas costumbres tienen un alto grado de indeterminación y su contenido puede variar en el tiempo, en el territorio y según el intérprete.

A lo largo de la investigación se ha podido apreciar el arraigo que las expresiones moral y buenas costumbres tienen en el ordenamiento jurídico en su conjunto, pues no se reduce su incorporación a las codificaciones civiles, sino comercial, de familia, administrativa, disciplinaria entre otras. Se pudo establecer a su vez, que en el plano de las áreas especializadas como la filosofía moral, la antropología o la sociología, estos conceptos extraurídicos; mientras que la moral puede entenderse como un conjunto de reglas sobre lo que se considera bueno o malo, las costumbres, son prácticas que se dirigen a la realización de las normas morales. No obstante esta diferenciación conceptual, nuestra codificación civil se refiere a estos dos términos tratándolos indistintamente, como si fuesen equivalentes o sinónimos.

De otro lado, sobre la interpretación de esta fórmula, dentro del ámbito de la doctrina civil, se han presentado varias acepciones, pero en síntesis, aquellas concuerdan en afirmar que se trata de la forma como actúan las personas honradas, o la que practica un grupo mayoritario de la sociedad. Cabe destacar que hoy día no se puede hablar de sociedades homogéneas dentro de un estado como unidad territorial, tampoco tomar la opinión o concepción moral de un sector de la sociedad y tomarlo por patrón para determinar un estándar de las buenas costumbres para un caso particular, con exclusión de otras visiones particulares de lo moral. Con los ejemplos realizados en el análisis de los posibles problemas de interpretación, se pone en evidencia que en ciertos casos es imposible para el juez determinar lo que es moral o conforme a las buenas costumbres para la mayoría del conglomerado social, y que en esos casos, para emitir una decisión, no tendría más remedio que acudir a su propia subjetividad y aplicar su percepción de lo moral.

La utilidad de estas expresiones no llega a ser la misma hoy, que la que pudo tener durante las diferentes etapas del derecho romano las *boni mores o las mores maiorum*, debido a la ausencia de normas que regularan determinada situación y donde los conceptos jurídicos indeterminados regularon determinado acto jurídico, en ausencia de norma escrita. No obstante, los actuales sistemas jurídicos, las regulaciones a los supuestos de hecho sujetos a alguna nulidad resultan más adecuados y determinados, como sucede con los derechos fundamentales, que como diría Ferrajoli, son límites para los poderes, pero no solo los públicos, sino también los poderes privados, dentro de los cuales se puede incluir el de la libertad contractual. Y es que uno de los aspectos que llamaron la atención de este investigador, fue mientras en nuestra codificación civil, la moral y las buenas costumbres carecían de contenido claro y determinado, el Código Civil

Alemán de 1900 que determinaba que eran contrarios a la moral y las buenas costumbres los negocios jurídicos en los que solo una parte obtuviera ventaja sobre la otra aprovechando un estado de inferioridad ya fuera psíquica, económica o cualquier otra. Esta consolidación de contenido en normas de este tipo, se puede explicar por la necesidad del legislador proteger a los asociados en casos como el mencionado, en ausencia de los derechos fundamentales como los conocemos hoy.

Otro de los aspectos que se determinaron en esta investigación, es, como lo expuso (Kaufmann, 1999), sobre la historia de las eticidades, las cuales son causa de los ideales éticos que en cada época surjan. Es evidente que nuestra sociedad actual no es la misma en la cual surgió nuestro Código Civil, y que los ideales éticos de la sociedad en más de un siglo han ido cambiando. Por lo tanto, la concepción de lo moral de hoy no es la misma de la sociedad colombiana del siglo XIX, bajo la cual se forjó una idea de lo moral con relación muy estrecha a una moral religiosa y por la cual propugnaba la Constitución de 1886. En este sentido, es claro que una interpretación de estos conceptos en ese sentido dogmático, sería contrario a la norma constitucional, garante de la pluralidad. Sin embargo, dentro del actual paradigma neoconstitucional, se proyectan con mayor alcance y concreción y más depurada interpretación constitucional, los derechos fundamentales. Por lo cual, resulta más apropiado que la fórmula de vieja data de la moral y las buenas costumbres sea reemplazada y en su lugar, como límites a la autonomía contractual se establezcan los derechos fundamentales, no como en la actualidad aparece en la propuesta de código civil elaborado por la Universidad Nacional, en el cual, junto a la Constitución, la Ley y los derechos fundamentales, aparecen una vez más aquellos preceptos metajurídicos, como fórmula para determinar la nulidad de los actos.

Referencias

- (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 1892).
- S- 006 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria 22 de 01 de 1991).
- Adame, G. J. (2006). Los pactos en las sentencias de Paulo. En *Estudios jurídicos en homenaje a Martha Morineau Tomo I Derecho Romano, Historia del derecho romano* (pág. 17). Ciudad de México: Instituto de investigaciones jurídicas UNAM.
- Arrubla, J. (2010). La constitucionalización del derecho privado. *Revista Nuevo Derecho vol. 5 No. 7*, 47-73.
- Arrubla, P. J. (2010). Constitucionalización del Derecho Privado. *Revista Nuevo Derecho Vol.5* , 47-73.
- Bernal, P. C. (2007). Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. En M. Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo* (págs. 289-329). Editorial Trotta.
- Blanch, N. J. (2018). *Locuciones latinas y razonamiento jurídico: una revisión a la luz del derecho romano y del derecho actual*. Madrid: Dykinson.
- Bongiovanni, G. (2018). Robert Alexy y el neoconstitucionalismo. En G. Ortega, *Principios, ponderación y pretensión de corrección en el constitucionalismo discursivo de Robert Alexy* (págs. 23-52). Derecho Global Editores.
- BOTERO, J. N. (2012). El problema de los excluidos. Las leyes contra la vagancia durante las décadas de 1820 a 1840. *ACHSC Volumen 39 No. 2*, 41-68.
- Buenaga, C. Ó. (2016). *Metodología del razonamiento jurídico-práctico : Elementos para una teoría objetiva de la argumentación jurídica*. Madrid: Dykinson.
- C-820 (Corte Constitucional 2006).

- Calderon, V. J. (2010). *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia (3a ed)*. Universidad de los Andes.
- Carbonell, M. (2007). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta.
- Cubides, C. J. (2018). *Obligaciones, Octava edición*. Bogotá D.C.: Editorial Ibañez.
- De la Maza, R. L. (mayo de 1938). Teoría de la imprevisión. *Gaceta TOMO XLVI* . Bogotá D.C.
- Estrada, V. S. (2010). LA PONDERACIÓN O LA DÉBIL FRONTERA ENTRE LA ARBITRARIEDAD Y EL USO LEGÍTIMO DE LA DISCRECIONALIDAD. *Vniversitas No. 121*, 77-112.
- Fernández, d. B. (2007). *Sistema contractual romano (3° edicion)*. Madrid: Dykinson.
- Gaceta Judicial 364 Año VIII (Corte Suprema de Justicia 02 de 28 de 1893).
- Gaceta Judicial, año XI, (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 28 de abril. de 1895).
- García, A. J. (2007). Derechos y pretextos. Elementos de Crítica del neoconstitucionalismo. En M. Carbonelle, *Teoría del neoconstitucionalismo* (págs. 238-264). Editorial Trotta S.A.
- González, A. L. (1998). *Ética*. Bogotá D.C.: El Buho LTDA.
- Gutierrez, S. P. (2011). La constitucionalización del derecho civil. *Estudios De Derecho*, 68(151), 51-86.
- Hensel Riveros, F. D. (2006). *Vicios, virtudes y educación moral en la construcción de la República, 1821-1852*. Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes.
- Hinestrosa, F. (2005). El Código de Bello en Colombia. *Revista Derecho Privado No. 9*.
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las obligaciones*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

- Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del derecho*. Bogotá : Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia.
- Lacruz, B. J. (2011). *Elementos de derecho civil: derecho de obligaciones Tomo II, Vol I (5° ed.)*. Madrid: Dykinson.
- Larrea, H. J. (2006). *Introducción al derecho* . Corporación de Estudios y Publicaciones.
- López, M. D. (2006). *EL DERECHO DE LOS JUECES obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.
- Malkún, C. W., & Marquez, E. J. (2014). Instruir y sancionar. Estrategias de Control Social en el proceso de formación de la ciudadanía en Cartagena (Colombia): 1880-1900. En J. T. Acuña, & R. E. Puello, *Sociedad política y cultura en colombia siglos xviii-xix : Enfoques, problemas y tendencias* (págs. 203-213). Medellín: La Carreta Editores.
- Massini, C. C. (2010). *Iusnaturalismo e interpretación jurídica*. Bogotá D.C: Dikinson.
- Metro, A. (2003). *Las fuentes del derecho romano*. Madrid: Dykinson.
- Ochoa, J. M. (2012). Neoconstitucionalismo y cambio de paradigma judicial. . *Revista Semestral de Filosofía Práctica. DIKAIOSYNE No. 27*, 91-106.
- Ortega, F. (2015). República, tiempo incierto y moral en la primera mitad del siglo XIX neogranadino. *Almanack no.10 Guarulhos*, 335-349.
- Portela, J. (2009). Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo. *Díkaion No. 18*, 33-55.
- Prieto, S. L. (2011). Principia iuris: una teoría del derecho no (Neo) constitucionalista. En *Derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre Principia Iuris de LUIGI FERRAJOLI* (pág. 275). Lima: Ara editores.

Recopilación de las Leyes de Indias, tomo II, título 10, Ley primera . (s.f.).

Rocha, O. C. (2015). *Introducción a la teoría del derecho*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.

Sentencia C-234, Expediente D-11932 (Corte Constitucional 29 de mayo de 2019).

Sentencia T- 501 (Corte Constitucional 2017).

Sentencia T-107 (Corte Constitucional 1993).

Sentencia T-407A (Corte Constitucional 27 de febrero de 2018).

Suardía, P. (2001). *Antropología general*. Firmas Press.

Valencia Zea, A. (1987). *Derecho Civil*. Bogotá : Temis S.A.

Valencia, Z. A., & Ortiz, M. Á. (2016). *Derecho Civil. Tomo I, Parte general y personas* (Décimo octava edición ed.). Bogotá D.C.: Temis.

Zárate Castillo, A. (2007). ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 335-375.
