

## UNA APROXIMACIÓN AL ALCANCE DE LAS EXPRESIONES MORAL Y BUENAS COSTUMBRES

*Rodrigo Pablo Pérez\**

SUMARIO: Introducción. 1. Los conceptos en la Constitución y en la legislación. 2. Los términos. 3. Contenido de la noción. 4. Teorías que buscan determinar el contenido de las buenas costumbres o de la moral. 5. Los conceptos en la Constitución de 1980. 6. Los conceptos en el Código Civil. 7. Evolución legislativa. 8. La moral que interesa al Derecho. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

### INTRODUCCIÓN

A continuación trataremos del contenido de las cláusulas generales de derecho, estas son disposiciones que consagran la aplicación de principios como la buena fe, las buenas costumbres, el orden público, la naturaleza de los contratos, la moral, y cuyo objetivo es la corrección y morigeración de flagrantes injusticias que pueden y suelen generarse, sin intención de las partes o a veces intencionadamente, en la contratación, en la acción de la Administración del Estado, en el ejercicio de derechos procesales<sup>1</sup> o, incluso, en el ejercicio de la Función Legislativa.

En particular nos enfocaremos en las cláusulas que se refieren a los términos “moral” y “buenas costumbres”, expresiones que se encuentran a nivel constitucional y legal, no habiendo acuerdo a nivel doctrinal acerca de su sentido, sin perjuicio de lo cual su transgresión puede significar: anular contratos, dar lugar a la indemnización de perjuicios, la perpetración de delitos, la desvinculación de un trabajador, la sanción de un funcionario público o la inconstitucionalidad de una ley.

Esta realidad no ha sido indiferente para los juristas, habiendo varios que han desconfiado del uso de estos términos, por ver en ellos más un peligro que un auxilio a la justicia. Así Planiol, refiriéndose al artículo 6º del Código Civil francés<sup>2</sup>, señala: “el poder que los tribunales adquirieron

---

\*Abogado y Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>1</sup>Amunátegui, Miguel Luis (1987), “Escaso Desarrollo de las Cláusulas Generales en la Doctrina y la Jurisprudencia”, *Anuario de Filosofía Jurídica*, N° 5, 211-212.

<sup>2</sup>Artículo 6º Código Civil francés: “No se podrán derogar mediante convenios particulares las leyes que afecten al orden público y las buenas costumbres”.

a partir del artículo 6º, de anular los contratos y otros actos particulares por inmorales, es uno de los más detestables que ellos han recibido de la ley. Suponedlo ejercido por hombres pasionales, por moralistas demasiado rígidos o por espíritus sectarios. La libertad civil podría desvanecerse”<sup>3</sup>. También, y entre nosotros Ducci: “este concepto es una de aquellas nociones indeterminadas a través de las cuales la moral se introduce en el derecho. Pero lo que se gana desde el punto de vista ético se pierde desde el ángulo de la seguridad jurídica”<sup>4</sup>.

El temor que se expresa en estas palabras no ha variado mucho desde aquel entonces e incluso podríamos decir que se ha intensificado en el mundo contemporáneo, principalmente debido a que nuestra sociedad ha ido abandonando una reserva moral común volviendo a ambos términos más difíciles de determinar en su contenido de lo que ocurría en aquel entonces. Hoy la principal característica de los discursos morales es que son usados para expresar desacuerdo; y los debates en que estos desacuerdos chocan parecen ser interminables<sup>5</sup>.

Esta situación nos ha instado a investigar acerca del sentido de las expresiones de la Constitución y la Ley que se refieren a los términos morales y buenas costumbres, pues su actual amplitud permite que dichos conceptos puedan ser utilizados para cometer toda clase de abusos, así como para concretar de forma efectiva la justicia.

El presente trabajo se centrará en la determinación de un concepto general de moral y buenas costumbres, que permita interpretar de manera general y no particular los distintos preceptos en que nos encontramos con una remisión a esos términos; es decir, se centrará en determinar a qué moral y buenas costumbres se refieren el Constituyente y el Legislador. Con esto en vista, se hará un recorrido por nuestro ordenamiento señalando distintos preceptos que utilicen estas voces; se analizará el significado de las palabras y estableceremos su sinonimia; luego expondremos cómo conceptualizamos el problema; para luego entrar en las distintas teorías que buscan explicar el contenido de la noción; luego analizaremos cuál nos parece ser la que recoge el derecho chileno, para finalmente concentrarnos en el concepto de moral y buenas costumbres que interesa al Derecho, y concluir este trabajo indicando además cuáles nos parecen a nosotros son los principales mandatos de la moral a la que se refieren los textos legales.

Conseguidos estos objetivos, podremos concluir acerca de en qué noción de buenas costumbres se afirma nuestro derecho y en qué sentido

---

<sup>3</sup>Citado por Ripert, Georges (1937), “La règle morale dans les obligations civiles” (trad. Nuestra), Paris, Librerie de Droit et Jurisprudencia), 4. También citado por Amunátegui (1987): 224.

<sup>4</sup>Ducci, Carlos (2002), “Derecho Civil” (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición), 294.

<sup>5</sup>Macintyre, Alasdair (2012), *After Virtue* (trad. Nuestra), Notre Dame, University of Notre Dame Press, tercera edición), 6.

debe interpretarse esta noción cada vez que se recurra a ella. Así esperamos ayudar a convertir a estos conceptos en una importante herramienta legal que tienda a resguardar la justicia y la seguridad jurídica.

## 1. LOS CONCEPTOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEGISLACIÓN

Algunos ejemplos del empleo de estos términos en nuestro ordenamiento jurídico son:

1. La Constitución en sus artículos: 8<sup>6</sup>; 19 N° 6, inciso 1°; N° 11, inciso 2°; N° 15, inciso 4°; N° 16, inciso 3°; N° 21, inciso 1°.
2. El Código Civil en sus artículos: 226 inciso 1°; 239; 271 N° 4; 272 inciso 2°; 539 N° 5; 1093 inciso 1°; 1461 inciso 3°; 1467 inciso 3°; 1475; 1476; 1480 incisos 3° y 4°; 1683; 1717; 1792-15 N° 1; 1993 inciso 1°.
3. El Código del Trabajo en sus artículos 14, 15 bis y 160 número 1 letra e).
4. Ley N° 18.834 que fija el Estatuto Administrativo, en sus artículos 61 letras g) y k), y 125 inciso segundo y letra d) del precitado inciso.
5. La Ley N° 18.838, que Crea el Consejo Nacional de Televisión, en su artículo 12.
6. El Decreto Ley N° 1.094 que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile, en su artículo 15 N° 2.
7. Ley N° 19.253 que Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en su artículo 7.
8. Ley N° 20.169 que Regula la Competencia Desleal, en su artículo 3°, y
9. El Código Penal en sus artículos 64; 158; 292; 373; 374; 409 N° 2 y 417<sup>7</sup>.

Es interesante destacar que las disposiciones legales antes citadas no se refieren siempre al mismo ámbito de aplicación de los términos buenas costumbres o moral. Por ejemplo el artículo 373 del Código Penal se refiere a la moral sexual, mientras que el artículo 3° de la Ley N° 20.169 se refiere a la moral que debe regir el actuar de los competidores en el mercado. Sin embargo, debe existir en todos estos casos un mínimo común denominador que es el objeto de esta investigación.

---

<sup>6</sup>Se utiliza el término probidad que es sinónimo.

<sup>7</sup>La discusión acerca del contenido de estas expresiones en materia penal tiene ciertos matices especiales que escapan al contenido de este trabajo.

## 2. LOS TÉRMINOS

En este contexto, los términos moral y buenas costumbres son sinónimos. El término buenas costumbres viene del Derecho Romano, donde se les denominaba *bonos mores*, y *mos* (singular de mores) significa “costumbre, manera, uso, práctica, la ley, la conducta, el proceder”. Por su parte, el adjetivo *moralis* significa “moral, lo que pertenece a las costumbres, a la moral”. Los romanos al usar la expresión *bonos mores* querían significar una buena conducta o un buen proceder, lo que es similar a hablar de una conducta moralmente buena.

Por otro lado, el sentido natural y obvio de la expresión nos dice que un hombre de buenas costumbres es lo mismo que un hombre de buena conducta (la Real Academia define la palabra costumbre como “manera habitual de actuar o comportarse”, y conducta como “manera con que los hombres se comportan en su vida y acciones”<sup>8</sup>), y moral lo “pertenciente o relativo a las acciones de las personas, desde el punto de vista de su obrar en relación con el bien o el mal y en función de su vida individual y, sobre todo, colectiva”<sup>9</sup>. Por su parte, el adjetivo morigerado significa de buenas costumbres<sup>10</sup>, voz que al igual que moral tiene su origen en la palabra *moris*. Siendo así claro que ambas expresiones tienen el mismo significado.

Entonces, tanto el sentido etimológico de la expresión buenas costumbres como su sentido natural y obvio nos revela que su contenido implica moral. En efecto, no puede darse el concepto de buena conducta, sin un criterio para discernir lo bueno de lo malo, y esta regla o criterio es la moral.

Por su parte, el Código Civil parece identificar ambos términos, y por lo mismo podemos concluir que para el Legislador de 1857 ambos se confunden<sup>11</sup>.

En el mismo sentido opina Squella, para quien estos conceptos y otros –como la buena fe– son remisiones a la moral de la sociedad<sup>12</sup>.

En el ámbito civil, hay quienes discrepan de esta interpretación; tal es el caso de Pedro Lira quien señala que las buenas costumbres son la moral, en cuanto relevante para el derecho. No compartimos la diferencia, pues cuando el legislador usa la expresión moral, evidentemente se refiere a ella solo en la medida que sea relevante para el ordenamiento.

---

<sup>8</sup>Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, versión electrónica. Consultado el 6 de mayo de 2016 a las 18:30 horas.

<sup>9</sup>Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, cit.

<sup>10</sup>Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, cit.

<sup>11</sup>Fontaine, Arturo (1945), “De la noción de buenas costumbres en el derecho civil chileno”, tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, 16-19.

<sup>12</sup>Squella, Agustín (2014), *Introducción al derecho* (Santiago, Editorial la Ley), 133.

En el ámbito constitucional, la Constitución no los considera sinónimos y así los usa de forma separada en los artículos 19 N° 6 y 11.

En la historia fidedigna del artículo 19 N° 11 de la Constitución, se puede apreciar que el señor Diez distinguió ambos conceptos, señalando que las buenas costumbres tienen en parte moral y en parte hábitos, por lo que, si bien en gran medida comprenden lo mismo, hay un grupo de situaciones que no quedan comprendidas por el término moral, pero sí por el de buenas costumbres y viceversa. Complementa esta idea Silva Bascuñán, señalando “que el principio del comportamiento moral es la racionalidad indiscutible de la actuación, mientras que el de las buenas costumbres es la racionalidad en relación a los usos y a las conveniencias de la colectividad, al margen de exigencias perentorias e indiscutibles de todo tipo de sociedad. Hay una serie de maneras de actuar que son convenientes para la paz, el desarrollo y la buena expedición de la convivencia y que no son estrictamente de carácter racional y, por lo tanto, moral, sino que están, indirectamente, en relación a la manera como la idiosincrasia o el curso de la convivencia van poniendo exigencias propias de esos valores. Entonces, en un sentido muy amplio, la palabra ‘moral’ comprendería las buenas costumbres pero, en verdad, podría ser favorable dejarla como un valor distinto por cuanto mira a una esfera de valores que no es estrictamente el racional o moral”<sup>13</sup>.

En doctrina, Cea dice que la moral “es la ciencia que se ocupa del estudio de la bondad o malicia, la rectitud o no de las conductas humanas, buscando la adhesión reflexiva de la mente a los valores respectivos mediante el discernimiento”, mientras que las buenas costumbres son “el comportamiento en sociedad con decoro y respeto por sí mismo y los criterios ajenos de índole ética”<sup>14</sup>.

Si bien –en este caso– lo que abunda no daña, hay una confusión de los comisionados Diez y Silva, y del profesor Cea, en cuanto a la consideración que hacen de las buenas costumbres, a las cuales dan las características de otro orden normativo: los usos sociales o normas de trato social. Estas son prescripciones originadas al interior de un grupo social determinado que tienden a la realización de ciertos fines considerados deseables, tales como la urbanidad, el decoro o la cohesión del mismo grupo, y cuyo incumplimiento se traduce en una sanción que dicho grupo impone<sup>15</sup>. Tal es el caso de las normas que mandan a comer la comida con cubiertos o las que mandan ciertas diferencias de edades en el matrimonio entre hombres y mujeres.

---

<sup>13</sup>Actas de la 146 sesión de la Comisión Constituyente de fecha 19 de octubre de 1975, 284-285.

<sup>14</sup>Cea, José Luis (2012), *Derecho constitucional chileno*, Tomo II (Santiago, Ediciones UC, segunda edición), 366.

<sup>15</sup>Squella (2014), 68.

La noción de buenas costumbres se identifican con la de moral porque las normas de uso social pueden, eventualmente, ser contrarias a ella y desde ese momento pierden la calificación de “buenas”, adjetivo de un evidente carácter ético-moral; por otro lado las consideraciones que identifican el uso social con las buenas costumbres confunden el término costumbres utilizado en este caso con la costumbre normativa a que se refiere el artículo 2º del Código Civil, lo que desconoce la tradición jurídica. Además de lo anterior, esta consideración podría tener el nefasto resultado de convertir en derecho todos los hábitos que por situaciones perfectamente mutables –y que de hecho mutan a veces en pocas cuerdas– hemos incorporado en nuestra forma de relacionarnos con los demás.

En otro orden de cosas, hacemos notar que la Constitución utiliza a su vez otro término sinónimo: “Probidad”; que la Real Academia Española define como “honradez” a su vez que define esta como: “rectitud de ánimo, integridad en el obrar”<sup>16</sup>, lo que es consistente con las expresiones que estamos analizando.

Lo anterior, nos ayuda a exponer el significado de las palabras de la Constitución y la ley, pero no nos permite de por sí conocer su sentido, porque la palabra moral hace referencia a los conceptos de bien y mal, y habiendo distintas ideas sobre ellos, no nos es posible conocer el verdadero sentido de las disposiciones si no conocemos cuál es el parámetro que tuvo en vista el Constituyente o Legislador.

### 3. CONTENIDO DE LA NOCIÓN

En cuanto al contenido de las disposiciones en las que se emplean estos términos, digamos que existen distintos sistemas morales y que cada uno de ellos es un sistema normativo distinto del derecho positivo. De este modo al preguntarnos si algo atenta contra la moral debemos también inquirir contra qué moral. Pues existen morales personales, sociales y religiosas, y dentro de cada una de ellas distintas subdivisiones. Así, por ejemplo, dentro de la moral religiosa encontramos la cristiana, dentro de ella la católica, dentro de ella distintos grupos y distintas personas debaten sobre los distintos preceptos que deben ordenar la conducta de quienes por ella se rigen.

A pesar de esto, tanto el Constituyente como el Legislador han optado por reconocer a la moral –en muchos casos– un poder equivalente al de las disposiciones del derecho positivo, pudiéndose en virtud de ella anular toda clase de actos, declarar inconstitucional una asociación política, darse una condena criminal o expulsarse a un funcionario público del servicio en el que desempeña sus funciones.

---

<sup>16</sup>Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, cit.

Para algunos esto es la denominada moralización del derecho, propia del así llamado positivismo jurídico incluyente, el que consiste en la incorporación de criterios morales en las normas positivas y que por lo tanto no pueden ser pasados por alto al momento de identificar y describir qué rige como derecho en los lugares donde imperan constituciones y textos legales de este tipo. Sin perjuicio de que no se determinaría por ese hecho a qué moral se refiere el ordenamiento, lo que sería propio de otro fenómeno denominado legalización de la moral, que consiste en elevar a la categoría de derecho determinadas convicciones morales<sup>17</sup>.

No nos parece que estemos ante la moralización del derecho, por cuanto dejar tales poderes indeterminados para que sean interpretados por cada persona o grupo que deba aplicar las normas jurídicas de forma libre, equivaldría a privar al derecho de la capacidad de dar estabilidad y previsibilidad a las relaciones jurídicas, además de ser ilógico desde el punto de vista de generación de la norma jurídica, la que nace a partir de la moral y no al revés. Tampoco creemos estar frente a la legalización de la moral, pues estos términos son en sí mismos acomodables a nuevas situaciones y no responden a un sistema moral estático, sino que a uno que incorpora las novedades de los tiempos.

Creemos que cuando el derecho positivo se remite a la moral, lo que hace es un reenvío a un sistema normativo previo a sí mismo y del cual deviene su razón de ser y obligatoriedad. Pues no es la moral la que nace del derecho, sino el derecho el que emana de ella, de modo que el sistema moral al cual reporte un ordenamiento no estará indeterminado, sino claramente establecido. Por lo tanto, para aplicar adecuadamente estas cláusulas hay que conocer cuál ha sido el sistema al que ha querido remitirse la autoridad al dar valor a las normas morales.

En este sentido, podemos afirmar que el orden jurídico es parte del orden moral, pues la justicia es parte de la bondad moral<sup>18</sup>, y por ende un sistema jurídico determinado es parte de un sistema moral también determinado.

Esto ocurre en todos los sistemas legales aunque no lo expresen. Así hay ordenamientos jurídicos que han sido explícitos en cuanto al sistema moral del que forman parte, tal es el caso de:

1. El Código Civil austríaco de 1811 que disponía: “si no se puede decidir una cuestión jurídica ni conforme a las palabras ni según el sentido natural de la ley, se tendrá en cuenta lo que se decida por la ley en casos semejantes, y los fundamentos de otras leyes análogas. Si resultase aún dudoso el caso se decidirá con las circunstancias cuidadosamente

---

<sup>17</sup>Squella (2014), 144-145.

<sup>18</sup>Ugarte, José Joaquín (2010), *Curso de filosofía del derecho*, Tomo 1 (Santiago, Ediciones UC), 512.

recogidas y maduramente sopesadas, según los principios jurídicos naturales”<sup>19</sup>.

2. El Código Civil portugués de 1867 que disponía: “si las cuestiones sobre derechos y obligaciones no pudieran ser resueltas ni por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por casos análogos previstos en otras leyes se decidirán conforme sus circunstancias especiales por los Principios del Derecho Natural, conforme con las circunstancias del caso”<sup>20</sup>, y
3. En el Código Civil egipcio de 1949 que dispone: “Las prescripciones de la ley gobiernan todas las materias a las cuales estos mandamientos apliquen en su letra o espíritu. En ausencia de una prescripción legal aplicable, el juez decidirá de acuerdo con la costumbre y en ausencia de costumbre de acuerdo con los principios de la Ley Islámica, y en ausencia de tales principios, el juez aplicará los principios del Derecho Natural y las reglas de equidad”<sup>21</sup>.

Por otro lado, hay algunos como el nuestro o el soviético, que si bien no declaran –o declaraban– el sistema al que responderían, de un análisis de sus instituciones es posible concluir cuál es dicho sistema de principios que les sirve de sustento. Así, por ejemplo, si bien las definiciones de propiedad de nuestro Código Civil y la contenida en el artículo 58<sup>22</sup> del Código de la URSS son prácticamente iguales, toda persona medianamente informada sabrá que el concepto que ambas legislaciones tienen en la materia es –o era– absolutamente opuesto.

Ahora, el problema ante el que nos encontramos es la determinación del contenido de ese ordenamiento al que hacen referencia los textos vigentes.

#### 4. TEORÍAS QUE BUSCAN DETERMINAR EL CONTENIDO DE LAS BUENAS COSTUMBRES O DE LA MORAL

Hemos reconocido tres teorías acerca de cuál es el contenido de la moral que informa al ordenamiento jurídico: la exegética; sociológica o culturalista, y la “tradicional” o de la moral cristiana<sup>23</sup>.

La primera de ellas, corolario de la Escuela de la Exégesis, sostiene que las buenas costumbres están consagradas por la misma ley. Entre ellos, Huc sostiene que las buenas costumbres son los “hábitos adquiridos para

---

<sup>19</sup>Artículo 7º del Código Civil austríaco de 1811, citado por Squella, Agustín (2014): *Introducción al Derecho*, cit., 339-340.

<sup>20</sup>Artículo 16 del Código Civil portugués de 1867 (trad. nuestra).

<sup>21</sup>Artículo 1º del Código Civil egipcio de 1948, traducción oficial al inglés (trad. nuestra).

<sup>22</sup>Artículo 58 del Código Civil soviético de 1922: El propietario tiene derecho de posesión, uso y disposición de sus bienes, dentro de los límites establecidos por la ley.

<sup>23</sup>Fontaine (1945), 51.

el bien en cuanto son protegidos y determinados por la ley positiva”, y del análisis de la ley, rescata cinco principios: el respeto al matrimonio, el respeto a la decencia pública, el buen empleo de la fortuna, el respeto a los principios que triunfaron en la Revolución Francesa y la buena fe de los contratos. Además señala que solo existen esos principios y que un acto es contrario a las buenas costumbres cuando atenta contra alguno de ellos<sup>24</sup>.

Debido a las múltiples críticas de las que ha sido objeto, esta teoría no ha tenido gran número de seguidores. Algunas de ellas son:

1. A pesar de buscar proteger el respeto por los textos legales, los rechaza al negar el sentido natural y obvio de la expresión buenas costumbres o moral, que evidentemente va más allá de las normas legales.
2. La única forma de determinar si un acto atenta contra alguno de dichos principios es haciendo un análisis ético del mismo, con lo que se pierde el objetivo de excluir a la moral del derecho.
3. Cualquier autor puede encontrar nuevos principios jurídicos que se incorporen a estas nociones, creando un verdadero derecho subjetivo.
4. Va contra el sentido que han seguido en esta materia la mayoría de las legislaciones, las que al tratar, al menos, de la competencia desleal, han incorporado cláusulas amplias que, tomando como referencia un modelo de conducta honrada, lo han impuesto al trato comercial sin consideración a normas o principios explícitos en la letra de la ley, sino a las múltiples figuras que puede crear el ingenio humano<sup>25</sup>.

La segunda de las escuelas, que ha sido la más popular, rechaza toda idea metafísica que pueda explicar la moral; señalando que la moral es variable y es establecida por un grupo social específico que vive en un determinado lugar y tiempo, siendo esencialmente relativa.

Autores que defienden esta doctrina son fuera de Chile: Planiol –para quien la moral es “la opinión pública, la corriente general de ideas, que

---

<sup>24</sup>Citado por Fontaine (1945), 53.

<sup>25</sup>Podemos citar como ejemplos: el artículo 3° de la Ley N° 20.169 que Regula la Competencia Desleal, cuya moción parlamentaria señala expresamente que se trata de una cláusula amplia que excede a los tipos usualmente definidos por la legislación, y cuyo texto dispone: “en general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado”. Asimismo, podemos citar del derecho comparado el artículo 10 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (introducido en la Revisión de Bruselas de 1900) que dispone: “constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”, y, en lo que al *Common Law* respecta, podemos citar el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *Federal Trade Commission v. Sperry & Hutchinson*, en que el Supremo Tribunal de ese país sentenció que al definir la “deslealtad”, la Comisión podría considerar valores públicos más allá de los consagrados en la ley (citado también por Contreras, Oscar (2012): *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena* (Santiago, Ediciones UC), 46).

regla el nivel moral de un pueblo”<sup>26</sup>–, Baudry-Lacantinerie, Demongue, Josserand y Giorgi, entre otros.

En Chile, Avelino León sostiene que “se entienden por buenas costumbres todos los hábitos que se conforman con las reglas morales de un estado social determinado”, siendo, por consiguiente, un concepto esencialmente relativo que varía de un país a otro y aun en uno mismo si se consideran distintas épocas y lugares<sup>27</sup>. Por su parte, Alessandri, Somarriva y Vodanovic sostuvieron: “en general, llámense buenas costumbres los comportamientos habituales y comunes de los miembros de una sociedad que se ajustan a la moral imperante en esta”; entendiendo que la pauta no la dan los ascetas, sino el término medio de los componentes de la agrupación social<sup>28</sup>.

Asimismo, Luis Claro Solar defiende esta noción, escribiendo que se trata de la opinión dominante en la mayoría de la sociedad<sup>29</sup>. También Ducci sostiene que se trata de una noción sumamente variable que introduce inestabilidad en el derecho<sup>30</sup>.

Desde la filosofía del derecho, Squella sostiene que esta moral es aquella que puede esperarse de todos los miembros de la comunidad que sienten moral y responsablemente<sup>31</sup>. Agrega este autor que los jueces o legisladores son funcionarios públicos y por ende no pueden hacer primar sus convicciones por sobre las de la sociedad que los ha investido con sus poderes<sup>32</sup>.

Podemos levantar las siguientes críticas frente a esta teoría:

1. Varios de sus mismos defensores teóricos, en los hechos reniegan de ella; así lo hacen Planiol –en Planiol y Ripert–, Giorgi y –entre nosotros– León, quien citando a los otros sostiene que para nuestros jueces el problema de la determinación de las buenas costumbres es más aparente que real, pues existe “un cuerpo común de doctrinas morales que la civilización occidental ha tomado de la filosofía antigua y de la tradiciones cristianas (sic), en las cuales las divergencias son mínimas y se van atenuando con el tiempo. Estas reglas morales esenciales concuerdan en todas las naciones civilizadas. Para conocer

---

<sup>26</sup>Citado por Fontaine (1945).

<sup>27</sup>León, Avelino (1991), *El objeto en los actos jurídicos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición), 34.

<sup>28</sup>Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio (1998), *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición), 65.

<sup>29</sup>Claro, Luis (1898), *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo I (Santiago, no se reconoce la editorial), 60-61.

<sup>30</sup>Ducci (2002), 294.

<sup>31</sup>Squella (2014), 133.

<sup>32</sup>Squella, Agustín (1995), Qué he aprendido enseñando Filosofía del Derecho, en la *Gaceta Jurídica*, N° 178, 10.

esas normas los jueces no deben sujetarse siempre a la opinión de la mayoría ya que muchas veces existen prácticas inmorales toleradas e incluso favorecidas por la mayoría”<sup>33</sup>.

2. Esta teoría choca con el concepto histórico de buenas costumbres o moral, que no se centra en un análisis de la opinión de la mayoría, sino de la bondad o maldad de esas opiniones en relación a una idea predeterminada del bien y el mal, adquirida por el dictado de la razón;
3. Este concepto llevaría al subjetivismo judicial, pues al no haber medios de prueba que permitan conocer la moral, la determinación de cuáles son las mayoritarias quedaría entregada sin contrapesos al juez<sup>34</sup>.
4. La aceptación de esta tesis, priva al derecho de valor ético, siembra la inestabilidad en las relaciones sociales, y consagra la antidemocrática situación de que los líderes de opinión pasan a ser quienes hacen el derecho y no las instituciones representativas.

Finalmente, encontramos la tesis Tradicional o del Derecho Natural, que sostiene que las buenas costumbres son las ajustadas a la moral cristiana y al Derecho Natural, que esta tesis tiende a confundir en uno solo.

Los principales defensores de esta tesis han sido: Ripert en Francia; Alfredo Barros, Arturo Fontaine y Pedro Lira en Chile. Para Lira las buenas costumbres “son, en los países occidentales a lo menos, la moral del Decálogo”, y las diferencias que se observan en la aplicación de ellas entre distintas naciones se debe a que si bien esos pueblos coinciden en la moral en lo substancial, no lo hacen en lo accidental. Ejemplifica su tesis con el corretaje matrimonial que en su época era considerado acorde con las buenas costumbres en EE.UU., mas no en Francia, sin perjuicio de que en ambos países se considera contrario a las buenas costumbres atentar contra el matrimonio en sí<sup>35</sup>.

Alfredo Barros dice que las buenas costumbres son “hábitos adquiridos para el bien”(…) “íntimamente unidas con el orden público”. Siendo una materia en la que “queda mucho a la prudencia del juez; pero la base será siempre la moral cristiana, que es la norma de la costumbre en los países civilizados”<sup>36</sup>.

Por su parte, Fontaine defiende esta tesis señalando que esta teoría es acorde con la historia fidedigna del establecimiento de la ley y con el sentido general de la legislación; que los jueces han tendido a darle este significado a estas nociones; que no se trata tampoco de un criterio mono-

---

<sup>33</sup>León, Avelino (1990), *La causa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la primera edición), 64.

<sup>34</sup>Fontaine (1945), 59.

<sup>35</sup>Lira, Pedro (1944), *Código Civil y el nuevo Derecho* (Santiago, Editorial Nascimento), 269-270.

<sup>36</sup>Barros, Alfredo (1930), *Curso de Derecho Civil*, Tomo I (Santiago, Editorial Nascimento, cuarta edición), 69.

lítico, pues el juez deberá ampliarlo o restringirlo según las circunstancias del caso; que da certidumbre, y que, aún en sus días, el concepto común de moral y buenas costumbres era el cristiano<sup>37</sup>.

Nos inclinamos por esta teoría, que nos parece acorde con el tenor literal de los términos; la historia fidedigna de la Constitución y las leyes que hacen referencia a esta materia; así como con el sentido general del ordenamiento. Además de ser la única que otorga certidumbre al sistema. Sin embargo, hacemos los siguientes matices:

1. El hablar de ética del Decálogo o de moral cristiana es sumamente amplio y por ende no podemos aceptar la reducción de la moral a ese aspecto;
2. Esta ética cristiana no es propiamente una ética religiosa, sino la emanada del pensamiento que ha sido fundante de la tradición jurídica de Occidente, que es aquel nacido del encuentro entre la filosofía griega, el derecho romano y la religión monoteísta, por lo que nos parece más propio señalar que por moral se quiere significar Derecho Natural.

Así hacemos nuestras las palabras de Benedicto XVI ante el Parlamento Alemán en 2011, en cuanto sostiene que la moral occidental –de la cual somos partícipes– es la nacida de la unión entre la filosofía griega, los principios jurídicos romanos y la religión de Israel. En la cual, no se impone un orden revelado, sino, contrariamente a lo que ocurre con otras grandes religiones, uno que se remite a la naturaleza y a la razón como verdaderas fuentes del derecho y que se ha referido a la armonía entre razón objetiva y subjetiva, una armonía que, sin embargo, presupone que ambas esferas estén fundadas en una misma Razón creadora<sup>38</sup>.

En este sentido creemos que lo querido por la ley es que “al juzgar la moralidad del acto humano (...) debe tenerse en cuenta que ese juicio se refiere a la moralidad objetiva, es decir, a su conformidad con el orden moral y ético constituido por la ley natural”<sup>39</sup>.

Nos parece que este es el sentido de los términos plasmados en nuestra Constitución y Legislación, y no es posible afirmar que un concepto constitucional o legal cambie según los usos habituales del idioma o, incluso, por la opinión reiterada que de ellos tengan los jueces.

En el primer caso entregaríamos el poder a los líderes de opinión. En el segundo, atenderíamos en contra del artículo 3º del Código Civil.

---

<sup>37</sup>Fontaine (1945), 62-63.

<sup>38</sup>Benedicto XVI (2011), *Discurso ante el Parlamento Alemán*. Disponible en [https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2011/september/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20110922\\_reichstag-berlin.html](https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin.html)

<sup>39</sup>Ugarte (2010), 396.

No negamos, en todo caso, la posibilidad de que pueda existir una evolución legislativa. Creemos, como Betti, que los cambios en distintas partes del ordenamiento pueden hacer variar el sentido de todas sus instituciones aunque ellas no se vean formalmente afectadas, por cuanto la valoración original de la norma puede haber sido desechada y sobrepasada por una nueva valoración de los intereses en conflicto, que se han afirmado en otras normas que han sobrevenido<sup>40</sup>.

Sin embargo, y como veremos a continuación, creemos que los cambios experimentados por nuestro ordenamiento no nos permiten concluir que dicha evolución se haya dado.

## 5. LOS CONCEPTOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

La Constitución es la norma fundamental de un ordenamiento jurídico. De ella emana la validez de todas las demás normas y no solo formalmente; sus contenidos son esenciales para la conformidad y coherencia de todo el ordenamiento.

Para el análisis en que estamos empeñados es indispensable establecer cuál es el fondo de principios a los que el Constituyente acudió para redactarla y si en ella se contienen normas que reconocen explícitamente fundamentos morales exigibles imperativamente y a qué fundamentos se refiere.

Del análisis de la historia fidedigna de la Constitución podemos concluir que estos fundamentos morales no son otros que los derivados de la moral occidental que es el encuentro entre Grecia, Roma e Israel, que reconoce la validez del Derecho Natural. Por lo demás, es claro que tanto las Bases de la Institucionalidad como las garantías fundamentales aseguradas por el artículo 19 versan sobre los principios de este sistema moral.

En cuanto a la historia fidedigna, en la décima sesión de la Comisión Constituyente, celebrada el jueves 25 de octubre de 1973 se acordó que la nueva Constitución tendría entre sus principios la “concepción del hombre y de la sociedad fundada en los valores de la civilización cristiana, reconociendo que el hombre encierra valores espirituales que están más allá del ordenamiento jurídico positivo”<sup>41</sup>, y esta idea se mantiene y es reafirmada a lo largo de todo el proceso de redacción constitucional, haciéndose presente por los comisionados que todos los derechos reconocen un límite en las buenas costumbres.

---

<sup>40</sup>Betti, Emilio (2015), *Teoría de la interpretación jurídica* (traducido y compilado por Alejandro Vergara, Santiago, Ediciones UC, primera edición), 96-97.

<sup>41</sup>Actas de la 10 sesión de la Comisión Constituyente de 25 de octubre de 1973, 77. Disponible en [https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes\\_const\\_1980](https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980)

En cuanto a la redacción de la Carta Fundamental, podemos notar que a lo largo de su articulado ella reconoce un ordenamiento jurídico superior a sí misma; así su artículo 5° reconoce como límite de la soberanía “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, y el artículo 19 “asegura” a todas las personas los derechos que ahí se indican, haciendo tan solo un reconocimiento de los mismos. Los que corresponden, en gran medida, a los preceptos primarios y secundarios del Derecho Natural.

En la misma línea se ha manifestado la doctrina constitucional, que ha reconocido que en el catálogo de derechos se encuentra implícita la antropología cristiana y una concepción del derecho que emana del Derecho Natural clásico<sup>42</sup>.

Las modificaciones posteriores de la Constitución, en ningún caso han significado una alteración de sus fundamentos originales, en lo que a esto se refiere, ni lo han sido los tratados sobre derechos humanos ratificados por Chile que se encuentran vigentes. Sin perjuicio de que ciertas interpretaciones de tribunales chilenos, extranjeros e internacionales, así como las declaraciones de organismos encargados de interpretar algunos tratados, vayan en la dirección contraria, afirmándose sobre nuevos fundamentos éticos.

No creemos que el significado de los tratados y de nuestra misma Constitución pueda quedar sometida a la opinión de organismos que no pueden ejercer la soberanía nacional, ni tampoco de los tribunales de justicia, que solo pueden resolver el caso particular y cuya opinión puede variar en el futuro. En este sentido solo aceptamos las interpretaciones generales de los textos legales aprobadas por los órganos competentes: el Constituyente chileno, ejercido por el Congreso Nacional y el Presidente de la República, y las modificaciones de tratados a las que Chile concurra, no con su silencio, sino con su aceptación expresa. Sosteniendo además, que en ningún caso, dicha interpretación podrá vulnerar los derechos que emanan de la naturaleza humana.

Creemos que esto acredita que nuestro ordenamiento constitucional sigue reconociéndose basado en los principios que derivan de la moral entendida como el Derecho Natural.

## 6. LOS CONCEPTOS EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil de 1857 fue un hijo de su tiempo, mas no recibió sin más el positivismo y racionalismo de su época. En él, Bello buscó dar continuidad, ordenar el derecho vigente, poner al alcance de la población

---

<sup>42</sup>Cea (2012), 60.

los más altos principios de justicia y plasmar la idiosincrasia del pueblo chileno –a esa época casi completamente católico–.

En la redacción del Código, Bello no pudo sino considerar la moral cristiana (emanada de la naturaleza y la razón) como fundamento del mismo; pocos años antes de su publicación, el redactor del Código decía, en el discurso inaugural de la Universidad de Chile: “la Universidad, señores, no sería digna de ocupar un lugar en nuestras instituciones sociales, si (como murmuran algunos ecos oscuros de declamaciones antiguas) el cultivo de las ciencias y de las letras pudiese mirarse como peligroso bajo un punto de vista moral, o bajo un punto de vista político. La moral (que yo no separo de la religión) es la vida misma de la sociedad; la libertad es el estímulo que da un vigor sano y una actividad fecunda a las instituciones sociales. Lo que enturbie la pureza de la moral, lo que trabe el arreglado pero libre desarrollo de las facultades individuales y colectivas de la humanidad y –digo más– lo que las ejercite infructuosamente, no debe un gobierno sabio incorporarlo en la organización del Estado”<sup>43</sup>.

Comentando este discurso ha dicho Jaksic: “la unión de ciencia y religión era una parte fundamental de las convicciones de Bello, quien había estudiado de cerca la ilustración escocesa, la que se caracterizaba por cultivar ambas en sus universidades”. Una clave reveladora se encuentra en su mención al filósofo Thomas Brown, un influyente miembro del pensamiento escocés, en su discurso inaugural. La religión, además (aunque en este caso católica), no se encontraría confinada a una facultad, sino que sería parte constitutiva de los propósitos de la Universidad: “el fomento de la instrucción religiosa y moral del pueblo es un deber que cada miembro de la universidad se impone por el hecho de ser recibido en su seno” (XXI, 12). Bello, cabe recordar, es parte de una tradición de catolicismo ilustrado de fuerte raigambre en Hispanoamérica”<sup>44</sup>.

Además, en su Curso de Legislación Teórica, Bello sostenía: “la moralidad de las acciones es su relación con la ley natural. Buenas son las que se conforman con la ley natural, o lo que viene a ser lo mismo, en cuyas consecuencias naturales prepondera el bien; malas, por el contrario, las que no se conforman a dicha ley, o en cuyas consecuencias prepondera el mal. Esta bondad o maldad se llama esencial o intrínseca para diferenciarla de la extrínseca o adventicia, que consiste solo en la conformidad o disconformidad de las acciones con una ley positiva”<sup>45</sup>.

Vemos así en el redactor del Código a un *ius naturalista*, tesis que es compartida por José Joaquín Ugarte, quien incluye a Andrés Bello en este grupo, citando al respecto el Derecho de Gentes, en el que Bello sostiene

---

<sup>43</sup>Bello, Andrés (1843), *Discurso inaugural de la Universidad de Chile*.

<sup>44</sup>Jaksic, Iván (2001), *Andrés Bello: La pasión por el orden* (Santiago, Editorial Universitaria, tercera edición), 178-179.

<sup>45</sup>Citado por Fontaine (1945), 54.

que el derecho que rige entre los pueblos, como todo otro, debe emanar de una autoridad y esta autoridad es el mismo Dios, siendo aquí el rol de la razón solo interpretar los mandatos del Ser Supremo<sup>46</sup>. Quedando con esto afirmado que el mismo Bello se concebía a sí mismo como parte de la tradición a la que nos hemos referido.

Debemos agregar que el artículo 5º de la Constitución de 1833 establecía como religión oficial del Estado la Católica, la que a su vez era casi unánime entre la población del país. Por otra parte, como han señalado Fazio y Rhonheimer, si bien a nivel mundial se debatían con fuerza los fundamentos de la moral, pues las tendencias liberales –imperantes en la época– no definían los objetivos y límites de la libertad, existía aún consenso sobre los contenidos esenciales de la moral pública<sup>47</sup>. De este modo, el concepto que debieron haber entendido los legisladores de esa época al aprobar la dictación del nuevo Código era el propio de la moral católica, que se identifica con la defensa de los preceptos del Derecho Natural.

Huelga decir que en cuanto a la historia fidedigna de la dictación del Código Civil:

1. El Mensaje indica que sus principales fuentes han sido las Partidas y el Código Civil francés<sup>48</sup>. De las Partidas podemos decir, siguiendo a Bravo Lira, que son expresión de una visión teológica del mundo y del derecho, basada en la tradición cristiana. Sobre el significado de las expresiones moral y buenas costumbres en el Código de Napoleón hay que señalar que los redactores del mismo no dejaron constancias de debate acerca de los conceptos, lo que nos puede llevar a concluir que no alteraron el significado que tendrían estas palabras para los franceses de la época, no siendo aquel distinto de la moral del Decálogo<sup>49</sup>. Además, es sabida la enorme influencia que Domat y Pothier tuvieron en la redacción de este cuerpo normativo, siendo, para ambos, el sentido de las expresiones el de la moral cristiana y Derecho Natural. Además Portalais, uno de sus redactores, ha sostenido que el Código se basó en gran medida en la jurisprudencia y derecho prerrevolucionario, para el cual la moral no era otra que la cristiana<sup>50</sup>.
2. En una nota marginal del artículo 1475 Bello cita el tratado de las Obligaciones de Pothier, para quien el término debe ser tomado en el sentido cristiano.

---

<sup>46</sup>Ugarte (2010), 493-494.

<sup>47</sup>Fazio, Mariano (2006), *Historia de las ideas contemporáneas: Una lectura del proceso de secularización* (Madrid, Rialp, segunda edición), 187-188.

<sup>48</sup>Mensaje Código Civil chileno (1855).

<sup>49</sup>Fontaine (1945), 33.

<sup>50</sup>Merryman, John (1971), *La tradición jurídica romano-canónica* (Ciudad de México. Fondo de Cultura Económica, primera edición), 60.

Así concluimos que la moral que inspira al Código y a la que él se refiere es la cristiana, y podemos agregar a nuestras palabras las de Lira Urquieta, quien comentando la dictación del Código Civil señala que este se inspiraba en los principios de: omnipotencia de la ley; igualdad ante la ley; constitución cristiana de la familia y su protección; derecho de propiedad, y libertad de contratar<sup>51</sup>, y luego agrega que quienes legislaron el Código, lo concibieron como un elemento normativo acorde al derecho natural e hijo de una concepción cristiana de la vida social<sup>52</sup>.

## 7. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Hemos señalado que el sistema a nivel constitucional parece no haber evolucionado en este sentido desde 1980, mas no podemos decir lo mismo respecto de lo ocurrido a nivel legal, donde parece haber un intenso debate en cuanto a la evolución normativa: en 1994 se eliminó el delito de adulterio; en 2001 se eliminó el delito de sodomía; en 2004 se aprobó una nueva Ley de Matrimonio Civil que consagra en divorcio vincular; en 2011 se dictó la Ley N° 20.500 sobre asociaciones y participación en la gestión ciudadana, la que eliminó las referencias del antiguo artículo 548 del Código Civil a las buenas costumbres; en 2013 se publicó la Ley que fija normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en materia de Regulación de la Fertilidad, la que regula la materia, a ratos, de forma incompatible con el Derecho Natural y la moral católica; en 2015 se dicta la Ley que crea el Acuerdo de Unión Civil, la que crea un nuevo concepto que riñe con la composición cristiana de la familia, y en 2016, la Ley de inclusión escolar que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, la que afecta seriamente al principio de subsidiaridad y vuelve ilícita una actividad económica hasta antes considerada moralmente aceptada por el Legislador.

---

<sup>51</sup>Lira, Pedro (1955), *El Código Civil y su época* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 41-73.

<sup>52</sup>Lira (1955), 60-61. Señala este autor: "Pero esta omnipotencia de la ley –que en los regímenes democráticos, en concepto de Ripert, causa alarma– tuvo para el legislador del Código Civil límites infranqueables, si bien no perceptibles a primera vista. Los gobernantes y los legisladores tenían, desde luego y en su unanimidad o su casi unanimidad, el freno religioso, a la época, fortísimo. El Derecho Natural clásico mantenía entonces su vigor y la mayor parte de los mandamientos figuraba en las garantías constitucionales consagradas. Atendidas las circunstancias y lo reducido que era el cuerpo electoral, sujeto casi del todo a la voluntad gobernante, no era fácil que se cambiara la Carta Fundamental ni que se alterara la mayoría parlamentaria. El Poder Legislativo no iba a abusar de sus facultades como efectivamente no abusó. Si las revoluciones hubieren llegado a triunfar, entonces sí que la omnipotencia de la ley hubiera podido ser lamentable.

Todas estas normas han afectado notoriamente la composición cristiana de la familia y los principios rectores de la legislación, dando lugar a que se pueda dudar de si el concepto de buenas costumbres se refiere al Derecho Natural o si se ha relativizado.

También, debemos hacer presente, se han dictado normas que son absolutamente compatibles con la moral fundante de Occidente, siendo la más destacable la Ley N° 19.253, en cuyo artículo 7° se dispone “el Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público”. No pudiendo considerarse que la moral y buenas costumbres a las que se refiere sean distintas de las del Decálogo<sup>53</sup>.

Este debate que se ha dado a nivel legal, debe hacerse coherente con lo ocurrido a nivel constitucional, pues la ley debe ser acorde con la Constitución; por ende si el concepto a nivel constitucional es el de la moral cristiana, no se puede sostener que la legislación ha modificado en ella el sentido.

Así surgen la preguntas: ¿qué ocurre en nuestro ordenamiento que acepta estas disposiciones? y ¿son constitucionales las leyes que atenten contra el Derecho Natural?

Contestándolas en orden inverso, debemos afirmar que no son constitucionales las leyes que riñen con los principios rectores del ordenamiento jurídico, siendo uno de ellos el límite que para el legislador representan actuar siempre en búsqueda del bien común (artículo 1° inciso 3° de la Constitución) y el respeto de los derechos que emanan de la naturaleza humana (artículo 5° de la Constitución). Por ende si una ley se opone a ellos, así como a cualquiera de las garantías constitucionales debe ser declarada inconstitucional.

Ahora, en cuanto a normas que se encuentran vigentes y cuya constitucionalidad no ha sido desafiada y su validez parece ser universalmente aceptada. Debemos decir, primero, que dicho hecho no es suficiente para calificarlas de constitucionales, y, segundo, que se debe ser prudente en juzgar al legislador, pues a la ley no le corresponde formar santos, sino que posibilitar el bien común, siendo aquella, la moral que interesa al derecho. De este modo podría sostenerse que hay ciertos mandatos morales que el legislador no puede exigir o bien que debe dar regulaciones que toleren el mal menor, en vistas de evitar perjuicios mayores.

---

<sup>53</sup>Historia de la Ley N° 19.253, que Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, 607. Disponible en <file:///C:/Users/user/Downloads/HL19253.pdf>.

## 8. LA MORAL QUE INTERESA AL DERECHO

En cuanto a lo moral que interesa al derecho, la mayoría de los tratadistas –sin importar cuál sea la moral a que según ellos se refiere el derecho positivo– tanto a nivel chileno como extranjero, sostienen que se trata de la moral solo en cuanto interesa al orden público. En este sentido Fontaine señala que las buenas costumbres son “el conjunto de reglas morales indispensables para garantizar el orden público, estén o no traducidas en leyes”<sup>54</sup>, y Claro Solar que ellas solo interesan a la ley, en cuanto su vulneración perturbe el orden social<sup>55</sup> –nótese que ambos autores tienen un concepto distinto de buenas costumbres.

Algunas opiniones más modernas tienden a precisar esta idea, así, para Enrique Barros la moral consiste en aquellos requerimientos básicos sin los cuales una sociedad no puede funcionar<sup>56</sup> y para Ducci “las buenas costumbres son las reglas de moral consideradas como fundamentales para el orden mismo en la sociedad”<sup>57</sup>.

Nosotros discrepamos de este punto de vista por dos motivos: primero, porque las buenas costumbres o moral son un término distinto y más amplio que el de orden público, habiendo incluso casos en que la ley parece referirse a situaciones que difícilmente podrían ser considerados como un atentado contra ambos conceptos o bien, hay situaciones en que el mismo orden público riñe con la moral. En segundo lugar, porque nos parece que no es la moral la que debe fundarse en el orden social, sino este en ella, que es por lo demás lo que ha ocurrido a lo largo de los siglos; piénsese en este sentido en la transformación del orden social que significó el advenimiento del cristianismo entre las sociedades romana y germana, y luego entre los indígenas americanos. Estos pueblos no dejaron la poligamia o los sacrificios humanos porque el nuevo orden público se los impusiera, por cierto también lo hizo, sino que su cambio moral los llevó a modificar su legislación y costumbres<sup>58</sup>.

En tanto, creemos que la moral que interesa al derecho es la que le sirve de fundamento, y esta es la occidental, que basada en los valores cristianos, supone a la sociedad basada en un orden moral objetivo, que puede ser conocido por la razón humana. Siendo estas reglas morales

---

<sup>54</sup>Fontaine (1945), 71.

<sup>55</sup>Claro (1898), 60.

<sup>56</sup>Barros, Enrique (1983), *Derecho y moral*. Versión corregida de la conferencia dictada en el curso de Magíster en Derecho Penal, Mención en Delitos Económicos, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en noviembre de 1982, 12. Disponible en [http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_797\\_11/rev10\\_barros.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_797_11/rev10_barros.pdf).

<sup>57</sup>Ducci (2002), 294.

<sup>58</sup>Puede verse en este sentido: Berman Harold (1983), *Law and revolution: The formation of the western legal tradition* (Cambridge. Massachussets. Harvard University Press).

aplicables a las relaciones jurídicas, no en cuanto protejan el orden público, sino en cuanto se dirijan al bien común.

Nos parece que la moral que interese al derecho es aquella relevante para la consecución del bien común:

1. Por ser ello coherente con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 1° de la Constitución Política de la República, en cuanto manda al Estado promover el bien común, debiendo por ende hacerlo por medio de la legislación que dicte y de la moral que promueva.
2. Por ser esta tesis la única que permite explicar el hecho de que el Código Civil, por ejemplo, persiga que los actos jurídicos se ajusten a la bondad moral, que, como ha dicho Ugarte, es el fin de la tradición jurídica occidental desde los griegos hasta los códigos modernos<sup>59</sup>, y
3. Por cuanto es la posibilidad que mejor se acomoda con el sentido mismo del término cuyo poder no le viene dado por el derecho positivo, sino que de ella deriva la fuerza de este.

Este límite, por lo demás, implica que los actos morales que no sean relevantes para el bien común, no son exigibles jurídicamente, y está bien que así sea, ya que es al menos difícil contar con una autoridad que pueda evaluar la bondad de todos los actos humanos, y la intromisión de dicha autoridad en todos los aspectos de la vida, significaría la abolición de la libertad para conducir la vida propia, base fundamental de la moralidad<sup>60</sup>.

## 9. CONCLUSIONES

A través de las páginas anteriores, hemos podido seguir el debate existente acerca del contenido de los términos moral y buenas costumbres. La pregunta principal es ¿a qué ética –moral– se refiere el Constituyente y el Legislador al emplear dichos términos?

Para dar respuesta a ella, hemos dicho que el uso de estos términos responde a una necesidad del Legislador de cubrir casos para los cuales la disposición de la ley no habría sido una solución óptima o aquellos que no pudo prever, así como para posibilitar la interpretación apropiada de sus normas. De ahí que con ellos se refiere a un sistema ético concreto, que debe ser aquel en el cual el Legislador chileno consideró fundadas sus normas positivas, y si bien no fue tan explícito como el Legislador egipcio que hace una directa remisión a la Ley Islámica, lo

---

<sup>59</sup>Ugarte (2010), 514.

<sup>60</sup>Ugarte (2010), 515.

fue en medida suficiente para dar a entender que existe un ideal moral de sociedad que es al que se quiere propender, siendo este el que da sentido al ordenamiento.

Ahora, concentrándonos en cuál es dicha ética. Hemos vistos que en la historia de la Constitución y del Código Civil, dicho parámetro moral no fue otro que el fundante de la sociedad occidental, este es el del Derecho Natural, entendido como el que a la luz de la revelación cristiana, ha buscado los fundamentos del orden jurídico en la razón que observa honestamente la naturaleza de las cosas.

Finalmente, digamos también que hemos aclarado que el Constituyente y el Legislador deben dar un significado limitado a dichos términos, pues de lo contrario extralimitarían su poder y en lugar de propender al bien moral causarían un daño al mismo; dicho límite se encuentra en el bien común, que debe servir tanto de impulso para promover el orden moral objetivo, como de límite en la aplicación de sus mandatos.

Finalmente, no podemos dejar de hacer mención a cuál es una concreción práctica de los preceptos concretos del Derecho Natural que servirán de fundamento al orden jurídico. Estos son los tres preceptos fundamentales del Derecho señalados por Ulpiano y recogidos en el Digesto: vivir honestamente, no hacer daño a otro y dar a cada quien lo suyo, los que como el mismo Ulpiano dice son verdades de orden moral.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

### *Normas nacionales citadas*

1. Constitución Política de la República de Chile de 1833 y de 1980.
2. Códigos Civil, del Trabajo y Penal.
3. Estatuto Administrativo.
4. Ley N° 18.834, que Crea el Consejo Nacional de Televisión.
5. Decreto Ley N° 1.094 que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile.
6. Ley N° 19.253, Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.
7. Ley N° 20.169, Regula la Competencia Desleal.

### *Normas extranjeras y de derecho internacional citadas*

1. Código Civil francés; austríaco de 1812; portugués de 1867; soviético de 1922 y egipcio.
2. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.

### *Jurisprudencia extranjera*

1. Estados Unidos, *Federal Trade Commission v. Sperry & Hutchinson* 405 U.S. 233 (1972).

## Historia de la ley

1. Actas Constitucionales de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución.
2. Historia de la Ley N° 19.253 que Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

## Autores citados

1. Amunátegui, Miguel Luis (1987), "Escaso Desarrollo de las Cláusulas Generales en la Doctrina y la Jurisprudencia", *Anuario de Filosofía Jurídica*, N° 5.
2. Ripert, Georges (1937), "La regle morale dans les obligations civiles" (trad. Nuestra), París. Librerie de Droit et Jurisprudencia).
3. Ducci, Carlos (2002), "Derecho Civil" (Santiago. Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición).
4. Macintyre, Alasdair (2012), "AfterVirtue" (trad. Nuestra. Notre Dame. University of Notre Dame Press, tercera edición).
5. Lira, Pedro (1955), "El Código Civil y su época" (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).
6. Fontaine, Arturo (1945), "De la noción de buenas costumbres en el derecho civil chileno", tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile.
7. Squella, Agustín (2014), "Introducción al Derecho" (Santiago, Editorial la Ley).
8. Cea, José Luis (2012), "Derecho Constitucional chileno", Tomo II (Santiago. Ediciones UC, segunda edición).
9. Ugarte, José Joaquín (2010), "Curso de Filosofía del Derecho", Tomo 1 (Santiago. Ediciones UC).
10. Contreras, Oscar (2012), "La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena" (Santiago. Ediciones UC).
11. León, Avelino (1991). "El objeto en los actos jurídicos" (Santiago. Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
12. Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio (1998), "Tratado de derecho civil", Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición).
13. Claro, Luis (1898), "Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado", Tomo I (Santiago, no se reconoce la editorial).
14. Squella, Agustín (1995), "Qué he aprendido enseñando Filosofía del Derecho", en la *Gaceta Jurídica*, N° 178.
15. Barros, Enrique (1983), "Derecho y Moral". Versión corregida de la conferencia dictada en el curso de Magíster en Derecho Penal, Mención en Delitos Económicos, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en noviembre de 1982, 12. Disponible en [http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_797\\_11/rev10\\_barros.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_797_11/rev10_barros.pdf).
16. León, Avelino (1990), "La causa" (Santiago. Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la primera edición).
17. Lira, Pedro (1944), "Código Civil y el nuevo Derecho" (Santiago. Editorial Nascimento).

18. Barros, Alfredo (1930), "Curso de Derecho Civil", Tomo I (Santiago. Editorial Nascimento, cuarta edición).
19. Benedicto XVI (2011), "Discurso ante el Parlamento Alemán". Disponible en [https://w2.vatican.va/content/benedict-vi/es/speeches/2011/september/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20110922\\_reichstag-berlin.html](https://w2.vatican.va/content/benedict-vi/es/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin.html).
20. Betti, Emilio (2015), "Teoría de la interpretación jurídica" (traducido y compilado por Alejandro Vergara, Santiago, Ediciones UC).
21. Bello, Andrés (1843), "Discurso Inaugural de la Universidad de Chile".
22. Jaksic, Iván (2001), "Andrés Bello: La pasión por el orden" (Santiago. Editorial Universitaria, tercera edición).
23. Fazio, Mariano (2006), "Historia de las ideas contemporáneas: Una lectura del proceso de secularización" (Madrid, Rialp, segunda edición).

#### *Diccionarios y enciclopedias*

1. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.