



TESINA ESCUELA DE DERECHO

¿SE JUSTIFICA QUE EN ALGUNAS RAMAS DE NUESTRA LEGISLACIÓN SE MANTENGA, CON EFECTO NORMATIVO, LA NOCIÓN DE BUENAS COSTUMBRES?

Tesistas:

Germán Cancino Ahumada

Saúl Cancino Ahumada

Profesor Guía:

Antonio Pedrals García de Cortázar

Diciembre de 2011

ÍNDICE

Resumen.....	1
Introducción.....	2
Capítulo I	
§ 1. El uso del lenguaje en el Derecho.....	4
§ 2. Usos y funciones de los conceptos.....	5
§ 3. Conceptos “válvulas” y su aplicación.....	6
Capítulo II	
§ 4. Origen de la expresión <i>buenas costumbres</i>	10
§ 5. <i>Buenas Costumbres</i> como conceptos válvulas.....	11
§ 6. Concepto instrumental de <i>buenas costumbres</i>	13
§ 7. Funciones de las <i>buenas costumbres</i>	15
✕ 7.1. Función socializante.....	15
✕ 7.2. Función moralizante.....	17
✕ 7.3. Función limitadora.....	17
✕ 7.4. Función reafirmadora del poder.....	18
✕ 7.5. Función jurídica.....	19
Capítulo III	
§ 8. La Jurisprudencia.....	22
✕ 8.1. Antecedentes.....	22
✕ 8.2. <i>Buenas costumbres</i> en sentido restringido.....	22

✕ 8.3. <i>Buenas costumbres</i> en sentido amplio	23
✕ 8.4. Conclusiones	25
§ 9. Casuística Social	26
✕ 9.1. Antecedentes	26
✕ 9.2. La casa de vidrio (2000)	27
✕ 9.3. Helena y el pescador (2000)	28
✕ 9.4. Spencer Tunick (2002)	29
✕ 9.5. Caso suboficial Ripetti (2011)	29
✕ 9.6. Exhibicionista de Quirihue (2011)	30
✕ 9.7. Observaciones	31
§ 10. <i>Buenas Costumbres</i> y modernidad líquida	32

Capítulo IV

§ 11. Las policías como aplicadores de la figura, más que los tribunales	36
§ 12. Observaciones críticas	37
§ 13. Hacia una noción actual de <i>buenas costumbres</i>	39
 Bibliografía	 43
 Anexo	 47

Resumen. El presente trabajo tiene por objeto analizar la conveniencia de mantener con efecto normativo la noción de buenas costumbres. Se investiga el valor lingüístico de la expresión, sus funciones, fallos relevantes de los tribunales, experiencia social. Se comenta el control policial de las mismas y se presentan las principales normas que contienen una referencia a ellas. Se rastrea luego la necesidad de mantenerlas vigente desde un punto de vista social, para concluir que su derogación no afectaría la actual configuración que posee el ordenamiento jurídico nacional, y que tal forma de proceder se condice con el actual desarrollo social y cultural al que hemos llegado.

Palabras claves: Buenas costumbres, noción, historia, jurisprudencia, concepto, significado, juez, legislador, funciones.

INTRODUCCIÓN

Cuando la legislación establece normas tendientes a la preservación de determinados valores sociales, idea mecanismos que permitan a los sujetos pasivos de la norma, a los ciudadanos, inteligir el parámetro de lo lícito o ilícito. La norma manda, prohíbe o permite actuar en la realidad social en base a los preceptos que deben tener un contenido que propenda a la consecución de la certeza jurídica.

Con la noción de buenas costumbres, todas estas consideraciones quedan en tela de juicio; al tratarse de un concepto jurídico amplio, se corre el riesgo de que determinados sujetos puedan subsumir una inagotable variedad de conductas, en lo que a su entender, atenta contra esta noción. De esta manera se cae en arbitrariedades. Y en donde es mayormente posible observar esta situación, junto con poner la voz de alarma, por el peligro que conlleva que sean las policías quienes en la práctica determinan los deslindes de este concepto, es en el ámbito penal (delito de ultraje público a las buenas costumbres), se castigan un sinnúmero de conductas, pero cuáles son los hechos sancionables, cuál es el bien jurídico protegido.

Con todo, junto con observar que jurisprudencia en esta materia es escasa. No es menos importante indicar que existe una tendencia a la desaparición de esta noción, propia del derecho decimonónico, ejemplo en el nuevo CPP que ya no contempla disposición alguna que haga mención a las buenas costumbres y, la moción de una bancada parlamentaria que en 2007 propició la derogación del delito de ultraje público a las buenas costumbres, justamente por la presión social y resistencia que genera en ciertos sectores vulnerables de la población (como las minorías sexuales), la persecución y conculcación de sus derechos civiles fundamentales de que son objeto, esgrimiéndose en su contra la infracción a las buenas costumbres.

De este modo, si el legislador ha decidido despremiar la noción de buenas costumbres en algunas materias y si además consideramos que el legislador es el representante de la voluntad general de la nación, cabe preguntarse si es que acaso la nueva percepción de la mayoría apunta hacia la desestimación de las buenas costumbres y que si estas se mantienen, no es más que manifestación de un resabio inalterable del pensamiento conservador chileno, mayoritario, propio de otra época.

CAPÍTULO I

§ 1. EL USO DEL LENGUAJE EN EL DERECHO

La vida del hombre en sociedad supone la alteridad de éste con otros sujetos de su especie valiéndose del lenguaje, sea este corporal, gestual o verbal.

El lenguaje, que en su segunda acepción significa lengua, deriva del latín *lingua* y esta, en sus distintas acepciones indica “el conjunto de sonidos articulados con que el hombre manifiesta lo que piensa o siente”. Sistema “comunicación y expresión verbal de un pueblo o nación”. La palabra “idioma”, es el “lenguaje propio de un grupo humano, hablado por una nación o pueblo”, el “dialecto” es la modalidad de “una lengua usada por un grupo de hablantes menos numeroso” (Lastra, 1991: p. 2).

A su turno, como nos enseña Agustín Squella (2007: p. 14), el Derecho es un fenómeno cultural de carácter preferentemente normativo, que se sustenta en el lenguaje. Todo término jurídico es una expresión lingüística. El jurista utiliza enunciados quizá inusuales para el ciudadano común, por no estar vinculado con la ciencia jurídica.

Cuando el sujeto imperado, a quien se dirige la norma, es capaz de entender el texto normativo, podrá recordar lo que ha leído, suplir los elementos que no contiene y enjuiciar críticamente los contenidos.

Se ha indicado que el Derecho usa del lenguaje para llegar a sus destinatarios. Así, el lenguaje sería un instrumento necesario para la efectiva aplicación del derecho. En palabras de Ramón Soriano “el Derecho es un instrumento de ordenación social que exige una comunicación entre el legislador y los simples ciudadanos en torno a unas materias que en ocasiones resultan inevitablemente complejas” (Soriano, 1993: p. 78.).

Resulta claro, con lo brevemente expuesto, que el Derecho es un instrumento de control social, que rige la vida de hombres y mujeres que viven en sociedad, que se vale a su vez, de otro instrumento, cual es el lenguaje para comunicar.

§ 2. USOS Y FUNCIONES DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Para examinar este acápite parece conveniente distinguir previamente tres niveles distintos en los que se mueve el lenguaje jurídico: está primero el lenguaje de las normas y otros estándares que componen el derecho vigente en un lugar y tiempo determinados; está luego el lenguaje que acerca de esas normas y estándares emplea la ciencia del derecho al momento de localizarlos, interpretarlos, concordarlos, difundirlos y enseñarlos como partes de un derecho vigente, y está el lenguaje de la teoría del derecho, o de la filosofía jurídica, como disciplinas distintas de la ciencia del derecho, que es a su turno, un lenguaje acerca de ciertos términos o expresiones habitualmente utilizados por la ciencia del derecho (Squella, 2007: p. 53).

Lo que quiere significar este autor es que respecto del lenguaje jurídico pueden identificarse estadios distintos en su análisis y si tuviésemos que sintetizarlo en una fórmula simple, diríamos que el primero de esos estadios se corresponde con el derecho positivo, el segundo con la doctrina que los autores hacen respecto de ese derecho y el tercero hace un análisis holístico del lenguaje acerca de aquellas cuestiones que podríamos calificar como fundamentales de la ciencia jurídica, pero que los juristas no se detienen a aclarar, como ser precisamente la propia significación de la palabra “Derecho”.

En el primer nivel, como se dijo, amén de coexistir con otros estándares normativos, destacan las normas jurídicas, normas que, como integrantes de este instrumento de control social llamado Derecho, no pueden comunicarse sino mediante otro instrumento llamado lenguaje. De allí que colegimos que la norma jurídica se expresa a través del concepto jurídico los cuales cumplen las siguientes funciones, a saber; *función motivadora*: la norma trata de motivar para que se abstengan de violar las condiciones de convivencia y en especial, de dañar ciertos bienes jurídicos. Despliega sus efectos ex ante. Por ello, la sanción atiente a la prevención especial. Enseguida está la *función protectora*: en donde la norma propenda a proteger las condiciones de convivencia y en especial ciertos bienes jurídicos. Despliega sus efectos ex post. Por ello, la sanción atiende a la prevención general. Y en tercer lugar, la norma jurídica cumple una *función preventiva*, pues se usa como preservativo si el uso legal de este no es competente a la sociedad por sí misma (Díaz, Mariela, 2010: p. 1).

§ 3. CONCEPTOS “VÁLVULAS” Y SU APLICACIÓN

La realidad social coloca al legislador, forzado principalmente por los principios de legalidad y de seguridad jurídica, ante la siguiente disyuntiva: precisar de tal modo la estructura de la norma y su significación que, de resultas de su interpretación, no quepa sino una única solución posible, o bien, permitir que de ella se abra una pluralidad de soluciones igualmente procedentes.

Las razones que impulsan al legislador a proceder, todavía, de tal manera, ha sido entregada por la experiencia histórica del desarrollo jurídico continental. La moderna desconfianza francesa hacia los jueces puso a prueba al contemporáneo legislador, dejando a la sibilina figura del juez, compactada en una mínima expresión en cuanto a poder decisorio.

Al efecto, hacemos nuestra la opinión del profesor Allan Brewer-Carías, quien refiriéndose a las limitaciones históricas del Poder Público señala que “las Revoluciones Francesa y Americana aportaron al constitucionalismo la idea fundamental de la separación de poderes (...). El principio, por supuesto, se recogió aún con mayor fuerza en el sistema constitucional que resultó del proceso revolucionario francés, donde se le agregaron como elementos adicionales, el principio de la supremacía del Legislador resultado de la consideración de la ley como expresión de la voluntad general; y el de la prohibición a los jueces de interferir en cualquier forma en el ejercicio de las funciones legislativas y administrativas”¹ (Brewer-Carías, 2011; p.3).

Así, entre transiciones, que más que lentas fueron violentas, permanece hasta hoy, cual rémora, aquella cierta desconfianza en la figura del juez, tema del cual, por cierto, no

¹ Muestra positiva de lo antes expuesto es la Ley 16-24 de agosto de 1790 sobre la reorganización del Poder Judicial en Francia, en la cual además de abolir la venalidad de las funciones judiciales y establecer la gratuidad de la justicia (Título II, art. 2), se estableció que:

"Las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricación, perturbar, de la manera que sea, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones (Título II, art. 13)."

nos ocuparemos en el presente trabajo, pues es, a todas luces, una cuestión pertinente a la sociología jurídica.

Una segunda razón del porqué nacen a la vida del derecho normas que, *prima facie*, parecen vivir en cuanto a su significación, en el mundo de lo incierto la encontramos en la realidad misma de la vida en sociedad. Y es que pretender que el legislador elabore normas, que teniendo vocación de permanencia en el tiempo, sean en los hechos eternas, es no tan solo una imposibilidad fáctica, sino que además una insensatez desde el punto de vista de la técnica legislativa eficiente. Por ello, el contenido de la norma debe ser lo justamente preciso como para cubrir aquellos casos para los que esencialmente fue creada, pero también lo suficientemente elástico como para cubrir esas situaciones que se hallaren en el límite conceptual de la norma. Es entre esos dos derroteros, que el legislador con frecuencia echa mano a los llamados “conceptos de geometría variable” o “conceptos jurídicos indeterminados”.

Por su referencia a la realidad, entonces, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca. Por ejemplo, la mayoría de edad se produce a los dieciocho años; el plazo para interponer los recursos de reposición o de alzada es de un mes; la jubilación se declarará al cumplir el funcionario sesenta y cinco o setenta años. El número de años, o el número de días así precisado, están perfectamente determinados y la aplicación de tales conceptos en los casos concretos se limita a la pura constatación, sin que se suscite (una vez precisado por la Ley el modo del cómputo y efectuada la prueba correspondiente) duda alguna en cuanto al ámbito material a que tales conceptos se refieren. Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. Así, procederá también la jubilación cuando el funcionario padezca incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones; buena fe; falta de probidad. La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la

realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación (García de Enterría, Fernández, 2006: p. 463).

Los conceptos jurídicos indeterminados, señala a su turno Sáinz, son todas aquellas nociones expresadas en normas jurídicas que tienen, *a priori*, un cierto margen de imprecisión, margen que se denomina halo del concepto (Sáinz, 1976: p.191).

Es sencillamente una técnica general e inexcusable de toda normación, cuya utilización nunca ha planteado en estos ámbitos mayores dificultades, y cuya determinación final entra en las facultades de cognición de los hechos y de interpretación de las normas propias de toda jurisdicción. (García de Enterría, Fernández, 2006: p. 464).

CAPÍTULO II

§ 4. ORIGEN DE LA EXPRESIÓN BUENAS COSTUMBRES

La expresión *buenas costumbres* proviene de la voz latina “boni mores” que acuñaron los jurisconsultos romanos. Con esta idea quisieron comprender una gama amplia de normas que se encontraban perfectamente diferenciadas, en forma más intuitiva que racional, de aquellas que se contenían en las expresiones “ius” (norma jurídica) y “fas” (normas religiosas).

Por “boni mores” entendieron los romanos la moral actuada, el estatuto o código ético del pueblo romano. Por ello, como señala Eduardo Ortiz (1967: p. 42 y ss.) era contra “boni mores” dar ejecución a un pacto arrancado con violencia (ley 116, Digesto de regulis iuris), pactar la sucesión de una persona todavía viva (leyes 6 y 30, Código de pactis) y la redención de los pleitos (ley 7 Digesto mandati; ley 15 Código de procur; ley 1 y 12, Digesto de extraord, cognit).

Queda claro que en Roma, la expresión *buenas costumbres* es sinónimo de normas morales que rigen sin forma determinada la vida de las civitas, de un pueblo particularmente austero y severo en el proceder.

Como concluye E. Ortiz “La República romana no sólo observa las prescripciones religiosas y las que de alguna manera tienen una formulación y un respaldo de fuerza que permite identificarlas como jurídicas, sino que también aquellas otras de observancia inmemorial y espontánea que ella identificó y distinguió claramente en el complejo normativo”.

Durante la edad media, si bien sería de suyo largo y difícil investigar literatura que haga referencia a las *buenas costumbres* y aun cuando no encontramos referencia alguna a esta noción, como señala Arturo Aldunate (1945: p. 24) sería forzoso concluir que no existió esta noción pues los medievales sí conocieron del contrato inmoral y el criterio para discernirlo no fue otro que la moral cristiana.

Más adelante, ya en la época de la codificación, sería el célebre texto francés el que plasmara las ideas que de Domat y Pothier venían, recogidas del sentido de la moral cristiana con la que venían de la Edad Media y como diría Fenet, citado por Aldunate: “las buenas costumbres, pensaban entonces (los autores del Código) más o menos inconscientemente, son las que considera tales la moral que desde hace dieciocho siglos rige la sociedad.”

Para terminar este punto, no nos detendremos a analizar la consabida influencia que la legislación francesa tuvo en nuestra legislación, sobre todo plasmada en el Código de Bello. Sólo diremos que en lo relativo a esta noción de *buenas costumbres* también somos tributarios de Francia y de toda la tradición jurídica que tras de sí arrastraba.

§ 5. BUENAS COSTUMBRES COMO CONCEPTOS VÁLVULAS

Tan evidente resulta que el concepto de *buenas costumbre* pertenece a aquellos que se han descrito en el párrafo anterior, que es común encontrarse siempre a vía ejemplificadora en los textos jurídicos como un concepto jurídico indeterminado, desfilando siempre junto a la noción de “moral”, “orden público”, “seguridad nacional”, “bien común” en la esfera de lo público, y con la de “buena fe”, “buen padre de familia”, “interés superior del menor”, “fuerza irresistible”, “justo precio” en el plano privado.

Si vimos que la característica identificatoria a la par de diferenciadora del concepto jurídico indeterminado es su imprecisión, en cuanto la ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de enunciados que no admiten una cuantificación o determinación rigurosa, resulta provechoso analizar en qué medida la noción de *buenas costumbres* goza (o más bien adolece) de esa pregonada imprecisión.

Para ello, resulta clara la necesidad de aproximarse a un concepto de *buenas costumbres* intentando echar luz acerca de los deslindes de este concepto. Sin perjuicio de que en su momento analizaremos un concepto instrumental de *buenas costumbres*, nos adelantamos a señalar que a pesar que éstas no están definidas en nuestra legislación

positiva y que la doctrina y jurisprudencia poco han aportado a su determinación, es más o menos aceptado en nuestro medio que se trata de un concepto que, como concepto jurídico indeterminado que es, puede tomarse en un acercamiento general en dos sentidos.

En primer lugar, se habla de *buenas costumbres* con una expresión que tiene alcance general, como aquel que intenta realzar en la sociedad y proteger las buenas prácticas de civilidad que se dan en la comunidad.

En un segundo sentido, más restringido, dice relación con conductas de connotación sexual que exteriorizan las personas en la sociedad en un lugar y tiempo dado y que son miradas como aceptables. Todo lo contrario a ellas, será calificado como atentatorio a las buenas costumbres en esta dimensión.

En este primer acercamiento al concepto de *buenas costumbres* como concepto válvula, ya nos vemos enfrentados a la problemática de decidir cuándo utilizarlo en uno u otro sentido.

Lo que parece claro es que el concepto lato soporta o contiene dentro de sí, al más restringido.

Así, un juez con ocasión de decidir sobre la validez de un contrato en que su causa ilícita es la promesa de dar algo en recompensa de un hecho inmoral, como sería obligarse con un equipo de fútbol a darle una gruesa suma de dinero si se deja vencer por el equipo contrario (Alessandri. 1998: p. 65), tendrá primero que arribar al sentido y alcance que tenga esta expresión. Si la toma en el sentido general, perfectamente observará que el acto adolece de nulidad por tener causa contraria a las *buenas costumbres*. Sabrá, en cambio, que en nada tiene que ver esa cuestión de hecho con las *buenas costumbres*, si es que toma el concepto en un sentido restringido, pues es evidente que el caso se encuentra a una distancia lo suficientemente lejana del halo del concepto. Pero si, en cambio, ese mismo juez se ve enfrentado a decidir la validez de un contrato que contiene la promesa de sostener relaciones concubinarias y de su remuneración o los pactos tendentes a permitir la explotación de una casa de tolerancia o de citas, no cabe duda que estará dentro de la órbita de aplicación del concepto de *buenas costumbres* lo tome en uno u otro sentido.

§ 6. CONCEPTO INSTRUMENTAL DE BUENAS COSTUMBRES

La tarea de precisar en concreto el significado del concepto *buenas costumbres*, no parece fácil y ello, como señala Eduardo Borga (1955: p. 413) se debe a que el tema inexcusablemente nos remite a un problema puramente axiológico, pues la apreciación que califica como buenas ciertas costumbres y descalifica otras, es una cuestión de hecho que requiere el máximo afinamiento en el juzgamiento de las mismas.

El mismo autor, con razón señala que no obstante existiendo conceptos jurídicos que podrían auxiliarnos en cuanto se refieran a las buenas costumbres, como ocurre con las leyes escritas que se refieren al orden público o que declaran determinadas situaciones como de orden público, este último concepto nos remite siempre a valoraciones fundamentales sobre las cuales la comunidad asienta el señorío de sus determinaciones esenciales, como un ideal o modelo de vida, que se propone para sí o para las generaciones futuras en la Carta Magna, como piedra angular, del ordenamiento jurídico positivo.

Con todo, nos parece acertado el concepto que propone el autor argentino Manuel Osorio (1992: p.92) quien, reconociendo el contenido valorativo de las *buenas costumbres* señala que ésta son “reglas de moral a que deben ajustarse todas las personas y que no pueden ser derogadas convencionalmente. Por supuesto, varían con los tiempos y los pueblos. La referencia jurídica posee vigencia en el lugar y época de que se trate.” Como se observa, se trata de un concepto que tiene una dimensión amplia que no se circunscribe a un ámbito específico, cual es el de la sexualidad en la sociedad. Es éste un concepto lato que bien vale para hacerlo aplicable a la enorme diseminación que la expresión en estudio tiene en todo el ordenamiento jurídico.

El de Manuel Osorio es un concepto que se condice con el carácter amplio con el que venía atravesando los siglos el originario concepto romano de “boni mores”, es decir, comprensivo no sólo del buen proceder sexual, sino como sinónimo de civilidad. Y que es además el sentido natural y obvio que podríamos extraer del significado de sus palabras en el Diccionario de la Real Academia Española.

En el acápite anterior señalamos que en Chile es posible encontrar el concepto de *buenas costumbres* tomado en un sentido amplio y en un sentido restringido.

En un sentido amplio, se pronuncia Arturo Alessandri (1998: p. 65) cuando tratando la normativa civil, y a vía de ejemplo hace referencia al artículo 1476 (ver capítulo de referencias legislativas) señalando que “en general, llámanse buenas costumbres los comportamientos habituales y comunes de los miembros de una sociedad que se ajustan a la moral imperante en ésta. La pauta de la moral de una determinada sociedad en una época también determinada no la dan los ascetas, sino el término medio de los componentes de la agrupación social.”

Carlos Ducci señala que las *buenas costumbres* corresponden a aquellos usos y costumbres que la sociedad considera en un momento dado como normas básicas de convivencia social. Plantea que no se trata de usos cuya inobservancia esté penada por la ley, porque entonces nos encontraríamos en presencia de una infracción legal (2005: p. 27).

También en un sentido amplio Eduardo Ortiz (1967: p. 44) sostiene que las *buenas costumbres* representan un bien de naturaleza proteiforme, desde que materializan una gama indeterminada de valores que pueden ser todos los observados por la comunidad de acuerdo con las normas escritas y no escritas de la convivencia civil.

En un sentido restringido, el concepto dice relación que una figura penal contemplada en el artículo 373 del Código penal que tipifica el delito de ultraje público a las *buenas costumbres*, castigando a quienes de cualquier modo ofendieren el pudor o las *buenas costumbres* con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de ese cuerpo normativo.

No cabe duda que, siguiendo también a Alessandri, las *buenas costumbres* en este caso se refieren a la moralidad sexual. El criterio que predomina en una sociedad en torno a las manifestaciones del sexo es el que sirve para valorar, en ese terreno, el comportamiento de los miembros de aquella.

Véase también el concepto que propone Humberto Nogueira Alcalá quien sostiene que el concepto de *buenas costumbres* “dice relación con el ámbito de moralidad en el

ámbito específico de la dimensión sexual. Y se refiere a los valores imperantes en la materia en una sociedad concreta.” (Nogueira, 2006: p. 17).

§ 7. FUNCIONES DE LAS BUENAS COSTUMBRES

7.1 Función socializante.

Una estructura social que aparece frágil, provisoria e incluso caótica impide la interacción. Las personas sólo se relacionan en la medida en que perciban su situación como algo normal, evidente y calculable. Esto es precisamente lo que ofrece la naturalización del proceso social: un orden seguro e intocable (Lechner, 2002: p. 20).

Es aquí donde las *buenas costumbres* juegan un rol fundamental. La incertidumbre que generaba el acercamiento de dos tribus, hasta un momento desconocidas entre sí, fue minimizándose paulatinamente a medida que uno y otro grupo, conocieron los intereses, respetos, rituales y tabúes del otro y aunque no era necesario compartirlos al menos debían observarse si querían evitar el conflicto.

La necesidad de estabilizar una realidad que parece inasible en su mutación continua, opera entonces como la premisa necesaria de la interacción. Habría que fijar un orden "como si" fuese inamovible y auto-regulado para facilitar a las personas desarrollar relaciones firmes y previsibles entre sí. Parece repetirse un viejo mecanismo: los hombres proyectan al firmamento de las leyes naturales, las normas que rigen sus relaciones sociales (Lechner, 2002: p. 20). Notamos que incluso hoy, la antigua táctica tribal sigue vigente; la observación de ritualidades del otro es fundamental para un sano convivir y minimizar la conflictividad que genera la vida en sociedad. Compartimos la idea de que el conflicto es connatural al hombre y que este tiende a evitarlo casi instintivamente. Esa así como nace comenzó y se mantienen, regula y condiciona el marco en que los hombres se desenvuelven en sociedad. Merced a un proceso de aprendizaje, prueba, ensayo y error, los hombres aprenden las formas correctas y desechan las incorrectas. Los sentimientos de pertenencia a grupos afianzan las

conductas aprendidas, el rechazo por parte de los mismos, reafirma los valores deseables por el grupo y, cíclicamente, vuelven a afianzarlos.

La socialización, según la socióloga chilena, Sonia Sescovich, es el proceso por el cual aprendemos a ser miembros de la sociedad. Es decir, a través de la socialización aprendemos a ser miembros reconocidos de la sociedad en que hemos nacido. Y ser miembro reconocido, esto es, que los demás me perciban como tal y que yo me identifique como parte de esa sociedad, implica, en lo esencial, la adopción de una cultura común. La socialización tiene como resultado la interiorización de normas, costumbres, creencias y valores, gracias a los cuales el individuo puede relacionarse con los demás miembros de la sociedad.

La teoría de la sociedad es una construcción social. Tal elaboración descansa no solo sobre los conocimientos acumulados sino que incluye asimismo creencias, miedos y anhelos. Con frecuencia suele perderse de vista que la teoría social es un hecho moral; implica un juicio que valora el presente con relación a su pasado y un futuro deseado.

Y es un sistema simbólico que interpreta la realidad, pero también le otorga significado y sentido. Convierte a lo real en un objeto de temor o de deseo. En este sentido, la propia teoría de la sociedad es una construcción cultural, atravesada por múltiples dimensiones (Lechner, 2002: p. 20).

Así, un acervo normativo distinto al jurídico y de un contenido más bien axiológico, reconduce a los hombres hacia comportamientos esperados, que, si ejecutados exitosamente, darán al sujeto, un lugar en un grupo.

Ahora bien, cabe válidamente preguntarse por el rol que al Derecho le cabría en esta vital función. Volveremos sobre esta cuestión en el punto noveno de esta obra.

7.2 Función moralizante.

Entendamos por moral: “Pertenciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia”² luego, es indudable pues, que la función de las *buenas costumbres* en este ámbito, es a lo menos de publicitación, motivación y propagación de las normas morales contenidas en dichas acciones. En efecto, la repetición de ciertas conductas dentro del grupo social, hacen que ellas permanezcan en el ideario social vigente como directivas obligatorias de conducta, normas, verdaderamente, pues su inobservancia incorpora también una sanción.

Ideas como lo bonito o lo feo, lo raro o lo normal, lo bueno o lo malo, son reforzadas por lo que en un determinado momento histórico y en determinado espacio se decide, aunque a veces inconscientemente, que sean. Adviértase que esta función moralizante, opera en las *buenas costumbres*, de modo indirecto, esto es, por vía de considerar determinadas acciones (saludar a un amigo) u omisiones (no coger un billete respecto del cual no se es dueño) como socialmente correctas sin que necesariamente se busque por los individuos, con ellas, impregnar de una moral determinada a otros individuos. Cabe, también aquí, preguntarse por el rol que al ordenamiento jurídico le competiría al respecto.

7.3. Función limitadora.

Si bien es cierto, es posible encontrar esta función subsumida en la función socializante de las *buenas costumbres*, merece, creemos, mención aparte.

Con el devenir de los siglos, la esfera de lo privado se ha superpuesto a la pública, poco queda de las decisiones que antaño eran pre-adoptadas por las autoridades para los súbditos, quedando hoy un abanico enorme de opciones disponibles a la libre decisión de aquellos; *libertas*.

² http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=moral

El deseo de libertad y la humana sensación psicológica de desear el control de todo cuanto ocurre en el universo, ha llevado a que conductas antes impensadas sean hoy en día apreciadas a cotidianidad en los medios de comunicación social. El *boom* de “ser un hombre libre” ha hecho, por ejemplo, que caminemos cada día con temor, infundado o no, por todo aquello que pueda hacernos daño. La libertad nos brinda la posibilidad de hacer lo que queramos, pero el otro rostro de la moneda, permite que también otros hagan lo que deseen, potencialmente. Las *buenas costumbres* signan las conductas humanas y otorgan cierta tranquilidad a quien piensa que también otros, comparten las suyas, otorgando luego, cierta seguridad a los individuos.

En cualquier caso, esta realidad opera en el plano de la psicología social y así, las *buenas costumbres* juegan un rol de compensación y equilibrio conductual entre los individuos que se funda netamente en las expectativas que recíprocamente exista entre aquellos. Siendo así, cabe cuestionarse el cómo podría el derecho auxiliar esta función, siendo que estas expectativas se fundan en el aprendizaje, formación, tradición y costumbres menos sofisticadas de la sociedad. Ello excluiría a ese acerbo normativo denominado Derecho, pues, dejando de lado, la ficción legal de presunción de conocimiento de la ley, hemos de concluir que los sujetos imperados actúan en este plano casi por conveniencia.

7.4 Función reafirmadora del poder.

En su obra *El Príncipe*, capítulo III, Maquiavelo enseñaba ya a los nuevos gobernantes la importancia de compartir con los súbditos su cultura, costumbres y organizaciones. Hoy en día, el consejo sigue efectivo y puede apreciarse válidamente y con mayor claridad en tiempos de elecciones de autoridades. Y es que ganar la simpatía de los electores es una de las mejores estrategias probadas por las naciones que han abrazado la democracia como modo de seleccionar a sus autoridades.

Las *buenas costumbres* actúan en este caso como argumentos suficientes para elegir a un determinado candidato con el cual se está de acuerdo en algún punto socialmente controversial (aborto, pena de muerte, eutanasia, etc.), pero también es útil, y este el punto que nos importa destacar, para fundamentar una determinada decisión igual de controversial, adoptada con la sapiencia de que se funda en un valor moral socialmente

mayoritario. Ejemplo de lo anterior es la llamada Ley Espina, moción del Senador Alberto Espina³, pues al tiempo de presentarse la moción imperaba en el país una sensación general de inseguridad motivado por puntuales episodios delictuales.

Es quizás este punto, el que más se relaciona con la esfera jurídica puesto que las relaciones de poder generalmente se expresan a través de normas, sin embargo, ello no siempre justifica que las *buenas costumbres*, sean objeto de regulación positiva.

7.5. Función jurídica

Las relaciones entre Derecho y moral existen y aunque no es un tema que pacífico, hay concilio en que las *buenas costumbres* ingresan al ámbito jurídico merced a una norma de tal carácter que hace a ellas remisión. Recordemos que realizar un exegético ejercicio de búsqueda de significación, esto es, buscar en la ley un sentido claro de contenido de la expresión, sería en vano.

Las *buenas costumbres* en el plano jurídico tienen tanto un rol *preventivo*, tal es el que compete al legislador que por medio de la creación de normas incorpora directivas de comportamiento a los sujetos normativos, como también un rol *represivo*, a cargo del juez, quien debe sancionar las conductas cuando no se han apegado a lo preceptuado por el legislador.

Así, realizada la constatación anterior, toca analizar en qué medida podemos considerar que las *buenas costumbres* tienen un serio signo y rol jurídico y concluimos que en realidad el legislador recoge la idea teniendo la evidente carga valórica del momento histórico determinado en que se publica la norma, pero que en los hechos no contiene

³ Fue el promotor de una ley (19.164 de 2 de septiembre de 1992) que amplió el campo de la legítima defensa privilegiada, porque hasta antes de esa reforma en el Código Penal original estaba establecida la legítima defensa privilegiada, en términos mucho más restringidos, solamente el rechazo al escalamiento en un lugar habitado y siempre que el escalamiento se produjera de noche. Y además también se amplió en caso que el escalamiento se produjera de noche a los locales comerciales e industriales.

Así puede, además, leerse en el punto 10 de su currículum:

http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20080118/pags/20080118182213.html

un preciso sentido y alcance, como quedó demostrado y explicado en el punto cuarto de esta obra.

En cuanto al rol represivo, la verdad es que no nos queda sino hacer nuestra la siguiente opinión: "...los actos contrarios a las buenas costumbres son los contrarios a la opinión dominante, al sentido ético común, o si se quiere, al criterio de las personas honorables" (Vidueira, 1981: p.60). Ahora bien, dando un paso más en este razonamiento, cabe preguntarse por ese sentido ético común o ese criterio de las personas honorables y no nos queda más que concluir que, finalmente, el contenido de la noción de *buenas costumbres* queda entregado a la apreciación personal que posea el juez y éste, por su parte, se sujeta a la opinión que, en su opinión, predomina.

CAPÍTULO III

§ 8. LA JURISPRUDENCIA

8.1 Antecedentes

Recordando que la literatura respecto a la noción de *buenas costumbres* es escasa, la situación jurisprudencial no ha corrido mejor suerte. Sin embargo, anotaremos, si es posible, en este capítulo la interpretación que nuestros tribunales le han dado a la expresión. Previendo eso sí, que como son escasos los fallos que se refieren directamente a las *buenas costumbres*, sea en el ámbito del derecho público o en el del derecho privado, haremos uso, además, de sentencias que de manera indirecta se han referido a las *buenas costumbres*. Más vale aquella referencia, por somera que sea, a lo poco y nada que sobre el concepto de *buenas costumbres* se ha dicho.

Seleccionamos ciertos casos que resultan ilustrativos para el sólo efecto de destacar en qué hechos los tribunales han entendido atinente la consideración de si se están vulnerando o no las *buenas costumbres*. De allí que sea menester hacerlo de una manera brevísima.

8.2 *Buenas costumbres* en sentido restringido.

Entendemos por *buenas costumbres* en sentido restringido a aquella que está circunscrita a la legislación penal, y especialmente a aquella figura que describe el artículo 374 del Código del ramo. Decimos sentido restringido pues el concepto, si bien es indeterminado, está al menos acotado al entenderse, como veremos, por los tribunales y la doctrina, que la noción refiere al libertinaje sexual o al reprochable proceder social en materia sexual.

Los tribunales desde temprano se inclinaron por resguardar con celo que la figura no se transformara en un cajón de sastre y se abstuvieron de aplicar la norma de Código penal a hechos que no tenían trascendencia pública. Ya señaló la Corte de Apelaciones de Valparaíso en 1897 que la obra de arte desnudo, no importa atentado a las *buenas costumbres* por sí sola, cuando ella no sugiriere o evoca acto o función inmoral alguno.⁴

⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso. Valparaíso, 5 noviembre 1897. G. 1897, t. II, N° 3.541, p. 943. Señala la sentencia, refiriéndose al artículo 374 del Código Penal: “tratándose de estampas o figuras, es condición esencial para la existencia positiva del delito, que ella reproduzcan o pongan de manifiesto

En el mismo sentido, los más altos tribunales de instancia sancionaron la bestialidad cuando era cometida con escándalo.⁵

La Corte Suprema confirma la condena dictada respecto de los integrantes de un grupo de personas que organizadamente a través de internet coleccionaba e intercambiaba pornografía infantil, incitando a sus participantes a practicar actos sexuales con menores de edad. Con todo, pensamos que debió haberse hecho cargo del concepto de *buenas costumbres*, tratándose en la especie entre otros delitos, del que contempla el artículo 374 del Código penal.⁶

8.3 *Buenas costumbres* en sentido amplio.

Diremos que las *buenas costumbres* están tomadas en un sentido amplio, cuando ellas se refieren no sólo al libertinaje sexual o al buen proceder sexual, sino que también, en un sentido muy dilatado a los actos inmorales. Noción ésta, que está repartida, dijimos en la legislación penal, pero también en la civil.

En su trabajo, Arturo Fontaine (1945: p. 39 – 47), hace una revisión de la jurisprudencia que a la fecha había, en este ámbito. No nos daremos a la tarea de realizar la inoficiosa labor de reproducir todo lo que en punto en aquella obra se ha dicho y a ella recomendamos estarse para el estudio de la jurisprudencia civil hasta el año 1945.

Destacamos un primer fallo en que la Corte de Apelaciones de La Serena estima, con un voto en contra, que la causa y el objeto del contrato donde se limita la libertad de elegir domicilio a una persona, no son contrarias a las *buenas costumbres* ni al orden público. Se trata el caso de un sujeto que conviene con la Compañía del Ferrocarril de Taltal a que éste partirá de la ciudad en determinada fecha y que no volverá a vivir en ella hasta

actos o escenas opuestos a los principios de moral respetados y admitidos por toda sociedad civilizada y que constituyen la base fundamental de las *buenas costumbres*”.

⁵ En este sentido: Corte de Apelaciones de La Serena, 2 diciembre 1881. G. 1881, N° 2.556, p. 1419. Corte de Apelaciones de Santiago, 7 abril 1890. G. 1890, t. I, N° 771, p. 370. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 11 septiembre 1894. G. 1894, t. II, N° 2.334, p. 589

⁶ Sentencia de la Corte Suprema. Rol 2747 (2009)

después de transcurrido un año. Por su parte, el Ferrocarril se obliga a pagar determinada suma por toda esa época.⁷

En otro caso, una arrendataria cambió la destinación del local arrendado por la de un prostíbulo, la Corte de Apelaciones de Iquique determinó hacer lugar la terminación del contrato pedida por el arrendador, pues: “estas industrias son inmorales, desde que su objeto es la prostitución, o sea, la deshonra de la mujer por comercio que se hace de su cuerpo...” Es este un típico caso de aplicación del concepto de *buenas costumbres*. La Corte declara ilícita la industria de la prostitución, por estimarla inmoral. Aunque se trate de un comercio no prohibido por la ley.⁸

La Corte Suprema estima que no es contrario a las *buenas costumbres* el cobro de pesos que hace una mujer por la relación de concubinato a modo de indemnización por los servicios prestados a su ex amante. La Corte fundamenta que la acción de la demandante brota de servicios reales y positivos prestados durante años de convivencia. Es decir, el Alto Tribunal hace lugar a la demanda cuando ella no se funda en el “pretium stupri”. Se colige que si la causa fuere ésta, dice Fontaine (1945: p. 41) el tribunal la rechazaría por contrariar las *buenas costumbres*.⁹

Una sentencia declara sin valor un contrato entre dos Procuradores del Número en que permutan entre sí por dinero sus respectivos cargos. La sentencia considera “que el nombramiento para el desempeño de esos oficios se hace principalmente en consideración al buen servicio público y que, en consecuencia, es ilícita su provisión o renunciación por dinero.”¹⁰

Destaca otra sentencia que se pronuncia sobre la alteración fraudulenta del precio de la subasta de un inmueble entre su poseedor y un tercero, en perjuicio del acreedor del primero. En su fallo, la Corte Suprema considera que tal contrato “tuvo por único objeto alterar el verdadero precio de la subasta por medio de maniobras extrañas y perjudiciales para el acreedor ejecutante convenidas y llevadas a cabo subrepticamente por el deudor y por un tercero que se proponían beneficiarse de ellas” y añade “que en

⁷ Gaceta de los tribunales., 1904, p. 453, Sentencia 330

⁸ Revista de derecho y jurisprudencia., tomo XVI, 2º parte, sec. 2º, pág. 33

⁹ Revista de derecho y jurisprudencia., tomo II, 2º parte, sec. 1º, pág. 277.

¹⁰ Gaceta de los tribunales., 1869, pág. 126, sentencia. 224.

estas condiciones el contrato aludido es inmoral y contrario a las *buenas costumbres*, lo que lo vicia de nulidad absoluta por la ilicitud de su causa...”¹¹

Conociendo la Corte Suprema de un recurso de casación el fondo señala en un uno de sus considerandos que el establecimiento de un motel no constituye per sé un atentado contrario a la moral o a las *buenas costumbres*. Señala que en principio toda persona puede desempeñar cualquier actividad económica o explotar cualquier negocio siempre que no esté prohibido por la ley o que, con arreglo a derecho, se declare contrario a la moral o a las *buenas costumbres*.¹²

Recientemente dos sentencias se han referido de manera escueta al concepto de las *buenas costumbres*, ambas pronunciadas por la Corte Suprema rechazando recursos de casación en el fondo. La primera¹³ plantea respecto del concepto de *buenas costumbres* “el derecho no las ha definido, por lo tanto, la calificación que de determinados hechos se efectúe, concluyéndose si son o no contrarios a ellas, no es una calificación que se haga sobre la base de normas jurídicas -esto es, del derecho positivo- y, en consecuencia, no puede quedar sujeta al control de esta Corte Suprema.”

La segunda¹⁴, a propósito del objeto ilícito del acto jurídico, señala ejemplos¹⁵ que deja en claro, como se ha dicho, el alto contenido moral y vinculado a la moral cristiana que tiene el concepto.

8.4 Conclusiones

La escasa jurisprudencia y la casi nula variación que ésta tuvo en relación con la única oportunidad que se desarrolló un trabajo más o menos acabado sobre el concepto de *buenas costumbres*, nos permiten reiterar las conclusiones a las que llegara Fontaine¹⁶ hacía más de 50 años, las que complementamos.

¹¹ Revista de derecho y jurisprudencia., tomo XVI, 2º parte, sec. 1º, pág. 257.

¹² Sentencia de la Corte Suprema. Rol 286 (1989)

¹³ Sentencia de la Corte Suprema. Rol 3371 (2006)

¹⁴ Sentencia de la Corte Suprema. Rol 5137 (2006)

¹⁵ Señala en un considerando la sentencia que un acto o contrato tiene ilicitud en el objeto cuando es contrario a las *buenas costumbres* “vulnerando las siguientes máximas: no hacer a los demás lo que no deseamos que nos hagan a nosotros; nadie puede ser condenado sin ser escuchado; la buena vecindad...”

¹⁶ Aunque este autor sólo lo hizo referido al ámbito civil.

1. Las *buenas costumbres* continúan siendo un concepto sinónimo de moral.
2. Extienden la noción, no sólo al libertinaje sexual, sino a la inmoralidad en sentido amplio.
3. Por regla general, los jueces son reacios a condenar a un sujeto por aplicación de la figura del artículo 373 del Código Penal, por ser exigentes a la hora de verificar que se cumplan todos los requisitos de la figura, especialmente la gravedad y el escándalo o trascendencia.
4. En el ámbito civil, sigue siendo insondable el cómo se comporta este concepto indeterminado pues siempre él va acompañado de otros conceptos jurídicos indeterminados como el de orden público o bien, la contrariedad a otras leyes, por lo que los jueces se inclinan por fundamentar sus fallos en tales consideraciones, que aunque siendo el primero también un concepto de geometría variable tiene un contenido más determinable, sea porque la doctrina, la jurisprudencia u otras leyes han contribuido a ello, cuestión que como hemos repetido, no se ha hecho con el concepto que es objeto de este trabajo.

§ 9. CASUÍSTICA SOCIAL

9.1 Antecedentes

Si hubiéremos de sondear en qué medida pueden las *buenas costumbres*, como concepto normativo, jugar un rol protagónico como instrumento que sirva para tutelar un bien jurídico de interés, resulta ilustrativo analizar qué ha ocurrido en materia de aplicación de este concepto en nuestro medio.

No desconocemos que en esta parte, los casos más bullados que han ocurrido en Chile el último tiempo tienen que ver con las *buenas costumbres* en su sentido restringido, que como ya hemos visto, corresponde al que en materia penal tiene el delito de ultraje público a las buenas costumbres.

9.2 La casa de vidrio (2000).

En enero de 2000, el arquitecto Arturo Torres y Jorge Cristi patrocinados por el Fondart, instalan en una concurrida avenida de Santiago, su proyecto “Nautilus, casa transparente”. Trátase de una joven que desarrolla todas sus actividades domésticas tras los cristales de una original vivienda-laboratorio, mientras es observada por los transeúntes.

El objetivo de la puesta, se señalaba, era generar una discusión en torno a lo público y lo privado. El desarrollo de la iniciativa artístico-cultural consistente en una minúscula casa de vidrio en un sitio eriazado en pleno centro de la capital, donde una joven mujer vive como si fuera su hogar. Allí la llamativa mujer duerme y por la mañana se ducha desnuda, pudiendo ser observada por todos quienes transitan por la acera, ya que partes del cierre en torno a la propiedad son de malla de acero

Con todo, eran los desnudos de la joven los que gatillaban las voces de admiración de los hombres, la curiosidad o indiferencia de la mayoría de las mujeres y la indignación de algunas, las que, junto a unos pocos caballeros de edad, consideran la instalación como indecente, generándose un diálogo entre ellos altamente valorado por el autor y las autoridades del Fondart.

La intervención urbana, que duró un par de semanas, buscaba, en palabras de sus organizadores generar reacciones entre los observantes, determinar hasta qué punto la sociedad chilena respeta los derechos privados de las personas, la privacidad en sí misma y todo el campo de los derechos en este aspecto y hasta dónde lo privado se ha hecho público y viceversa.

Dentro de las reacciones que produjo esta muestra, se encontró la férrea resistencia de ciertos sectores conservadores de la sociedad chilena, que además de reclamar por los desnudos, repudiaban el hecho de que la instalación se encontrara frente a una antigua iglesia capitalina.

A tanto llegó el revuelo causado que diputados de la coalición política Concertación protestaron ante una eventual intervención de Carabineros en la acción de arte que se

desarrollaba, con el fin de detener a sus participantes, especialmente a la joven mujer, precisamente por presuntas faltas a la moral y las *buenas costumbres*.¹⁷ Y tres acciones judiciales intentando impetrar de la Justicia la prohibición de seguir con la exposición por ser constituir ésta ultraje público a la moral y a las *buenas costumbres*¹⁸ pero estas fueron siempre rechazadas por falta de méritos.

9.3 Helena y el pescador (2000)

Otra obra controversial fue la expuesta por el artista chileno-danés Marco Evaristti en el Museo de Arte contemporáneo de Santiago, "Helena y el Pescador". Esta obra estaba compuesta por ocho licuadoras con agua en cuyo interior pululaban pequeños peces (Carassius). Ante este escenario, el observador tenía la opción de activar o no las hélices del aparato para así triturar al animal. Al lado de cada una había colocada una leyenda invitando al público a activar el botón de encendido.

El artista argumentó, en defensa de su peculiar montaje, que con él pretendía generar una reflexión en torno a la responsabilidad de los seres humanos frente a la vida.¹⁹

El juego era retar al público y hacerles enfrentarse a un dilema moral: si apretaban el botón debían "elegir entre la vida y la muerte".

Este artista, que también hizo albóndigas con su propia grasa y enchapó excremento humano en oro y diamantes²⁰ ha enfrentado acciones judiciales también por faltas a la moral y las *buenas costumbres*, las que no prosperaron.

¹⁷ Dentro de la muestra, las escenas de la joven actriz, Daniela Tobar, en el baño son las que más reacciones provocaron, al punto que los diputados Ignacio Walker (DC), Sergio Aguiló (PS), Isabel Allende (PS), Antonio Leal (PPD), Víctor Barrueto (PPD) y Juan Pablo Letelier (PS), emitieron una declaración en que respaldan la instalación artístico-cultural, rechazando categóricamente la posibilidad de que la policía uniformada desaloje y detenga a los participantes. "Cada chilena o chileno que pase por esta esquina (Moneda con Bandera) podrá formarse su propia opinión sobre esta propuesta artística", dice la nota leída por el diputado Aguiló.

¹⁸ Una de ellas correspondió a Carabineros arguyendo la institución que lo hacía con el fin de resguardar el orden público en el lugar y la seguridad de la actriz Daniela Tobar.

La acción judicial se sumó a otras dos, una de las cuales correspondía a una denuncia anónima cuya acusación coincidía con la de la querrela interpuesta por Carabineros.

¹⁹ Sin embargo, durante la inauguración de la muestra, un grupo de artistas entró en el museo y cortó los enchufes que mantenían conectadas las licuadoras, al tiempo que tacharon a Evaristti de ser "un nazi de la ecología". Tras la polémica generada, el Museo de Arte Contemporáneo de Santiago resolvió proseguir con la muestra, pero con licuadoras desconectadas.

²⁰ Esta obra se presentó en 2007 en la Galería Animal. Se trató de su propio excremento enchapado en oro y diamantes, o albóndigas hechas con su misma grasa, que fueron servidas a modo de hostia a una serie de personalidades, en una réplica de la última cena.

9.4 Spencer Tunick (2002)

Cerca de tres mil personas posaron desnudas para el fotógrafo norteamericano Spencer Tunick en junio de 2002. Fue en el frontis del Museo de Arte Contemporáneo, en Santiago.

En la ocasión, cerca de medio millar de personas pertenecientes a la Iglesia Evangélica se hicieron presentes para manifestarse en contra de la multitudinaria escena fotográfica a la que calificaban como una afrenta a la moral y a las *buenas costumbres*.²¹

Como podría no extrañarnos ya a estas alturas, hubo quienes impetraron la acción de la Justicia para evitar que la multitudinaria cita tuviera lugar.. Así, el abogado René Trincado – quien también se dirigió contra “La Casa de Vidrio” en su momento - presentó un recurso de protección con orden de no innovar en contra de la obra, ante la Corte de Apelaciones de Santiago. A juicio del jurista, el acto instado por Tunick atentaba contra la moral y las *buenas costumbres*.²²

Resulta interesante en este caso que el abogado haya acudido a la justicia en representación de cinco menores de edad, los que, bajo su perspectiva, pudieron verse afectados psicológicamente al presenciar una acción como la que se realizaría.

En todo caso, la acción no prosperó. El recurso de protección fue rechazado por inadmisibile.

9.5 Caso suboficial Ripetti (2011)

La historia del suboficial Arturo Ripetti se inicia cuando se negó a abrir su casillero luego que se perdiera un objeto, dado que su superior no contaba con una orden por

²¹ Con bombos y pancartas, en las que se leía "No vista el arte de inmoralidad" y "No me interesa tu cuerpo", el grupo quiso impedir que la acción de arte se realizara. Acusaban al mismo tiempo, al alcalde de Santiago para entonces, Joaquín Lavín a que definiera su postura en el tema, pues, en palabras de Nelson Pardo, pastor evangélico: “El alcalde ha hablado mucho de pudor y buenas costumbres, y hoy día está abierto al tema”.

²² Llama la atención que este mismo abogado se querellara en contra del promotor de la acción de arte protagonizada por la joven "Baby Vamp", Luizo Vega. En ese caso, la apuesta artística consistía en que la actriz se paseara desnuda por concurridas calles capitalinas.

escrito. Cuando se contó con ésta se abrió su ropero y no se encontró nada, pero de todas formas fue sancionado con 10 días de arresto por incumplimiento de una orden. Finalmente, el uniformado fue destituido y debió entregar su uniforme en la comisaría en donde trabajaba hasta ese momento. Pero Arturo Ripetti no llevaba ropa de civil y se retiró a su domicilio sólo en calzoncillos y con su gorra, dado que él la había comprado. La institución consideró ese actuar como una ofensa para el nombre de Carabineros de Chile, razón por la que se dio la orden de su detención. Tras un gran despliegue policial, el recién dado de baja funcionario fue detenido por ofensas contra la moral y las *buenas costumbres*. Fue multado por infracción a la ley del tránsito por no respetar la señalética al huir en su vehículo. Respecto a la infracción a las *buenas costumbres*, la acción fue desestimada.

9.6 Exhibicionista de Quirihue (2011)

Un joven de 22 años siguió varias cuadras a una muchacha, acosándola y tratando de abusar de ella justo cuando llegaba a su hogar, en la localidad de Quirihue, en la octava región del país.

Fue en el cementerio parroquial del pueblo donde vecinas denunciaban que un joven se estaba exhibiendo y mostrando sus partes íntimas. Al llegar personal policial lo encontraron masturbándose justo enfrente de una mujer que visitaba a sus seres queridos por lo cual fue inmediatamente detenido por Carabineros.

En la audiencia de control de detención, el fiscal a cargo de la investigación tras exponer los hechos solicitó el requerimiento simplificado en contra del imputado por los delitos de ultraje a las *buenas costumbres*, solicitando en el mismo acto una pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, que es la pena asignada a este delito.

Como se observa en todos estos casos, no es posible determinar cuál es la conducta que se está sancionando, tampoco es posible identificar el bien jurídico protegido en la figura. En los tres primeros casos, que son aquellos que coinciden con apuestas artísticas más o menos masivas, y a pesar de que el objetivo de este trabajo no es

analizar la figura penal de *buenas* costumbres. De manera breve y sin detenernos mucho en ello podría visualizarse quizá el requisito que establece el artículo 373 del Código penal en cuanto los hechos efectivamente producen escándalo o trascendencia. Pero no se observa que en ellas revistan gravedad, sobre todo cuando pareciera observarse que quiénes participan de esas obras son, en cantidad más que aquellos que se demuestran contrarias a ellas. Lo mismo ocurre con los pronunciamientos del sector político a su respecto donde parece ser que la opinión común se inclina por permitir este tipo de expresiones y en definitiva concluir que estas actividades representan el interés de un sector de la sociedad y que en uso de su libertad de expresión pueden autodeterminarse en su actuar, cuando ellas no pugnan en la práctica con un sentir de otro grupo que pueda ser diverso.²³

9.7 Observaciones

Respecto a los casos 4 y 5, debemos anotar dos cosas que resultan interesantes y no pueden obviarse. Primero, quisimos intencionalmente revisar casos recientes para observar si en una década ha cambiado en algo el panorama al respecto. Repárese en que los casos 4 y 5 ocurrieron año 2011; los 3 anteriores son de principio de la década recién pasada. Segundo, se trata de casos que ocurren a nivel local, con hechos que podríamos calificar de individuales por representar marginalmente el interés de una persona frente al sentir social. En consecuencia, en lo que respecta al escueto análisis que hemos realizado de estos hechos a la luz del artículo 373, en estos casos nos atrevemos a afirmar que tampoco se da el requisito de gravedad y el de escándalo o trascendencia resulta menos claro que en los casos anteriores. Obvio, considerando que una obra artística lo que pretende es justamente llegar al mayor número de personas. Por otro lado y atendiendo a lo primero que apuntamos para estos casos (4 y 5), hemos de hacer notar que el trato que dieron tanto los medios, la opinión pública y la clase política (que no se pronunció), nos dan indicios serios para concluir que en una década, el pavor que estos hechos causan es mucho menor que lo que podría haber pasado si hubiesen ocurrido hace una década. Hágase el simple ejercicio de comparar a los actores

²³ Esta situación pudo verse claramente en el caso de “La Casa de Vidrio” a propósito del debate político que se suscitó a su respecto (véase referencia 1). En donde la opinión mayoritaria, por parte de parlamentarios y autoridades municipales, estuvo por permitir la obra. Similar situación ocurrió con la obra de Marco Evaristti y la de Spencer Tunick.

sociales que reaccionaban frente a unos y otros casos, para constatar que en diez años, la sociedad de nuestro país ha cambiado su mirada.²⁴

§ 10. BUENAS COSTUMBRES Y MODERNIDAD LÍQUIDA

Las características de los fluidos, señala Zygmunt Bauman, implican que los líquidos, a diferencia de los sólidos, no conservan fácilmente su forma. Los fluidos, por así decirlo, no se fijan al espacio ni se atan al tiempo. En tanto los sólidos tienen una clara dimensión espacial pero neutralizan el impacto -y disminuyen la significación- del tiempo (resisten efectivamente su flujo o lo vuelven irrelevante), los fluidos no conservan una forma durante mucho tiempo y están constantemente dispuestos (y proclives) a cambiarla; por consiguiente, para ellos lo que cuenta es el flujo del tiempo más que el espacio que puedan ocupar: ese espacio que, después de todo, sólo llenan "por un momento". En cierto sentido, los sólidos cancelan el tiempo; para los líquidos, por el contra no, lo que importa es el tiempo. En la descripción de los sólidos, es posible ignorar completamente el tiempo; en la descripción de los fluidos, se cometería un error grave si el tiempo se dejara de lado.

Los fluidos se desplazan con facilidad. "Fluyen", "se derraman", "se desbordan", "salpican", "se vierten", "se filtran", "gotean", "inundan", "rocían", "chorrean", "manan", "exudan"; a diferencia de los sólidos, no es posible detenerlos fácilmente -sortean algunos obstáculos, disuelven otros o se filtran a través de ellos, empapándolos- emergen incólumes de sus encuentros con los sólidos, en tanto que estos últimos -si es que siguen siendo sólidos tras el encuentro- sufren un cambio: se humedecen o empapan. La extraordinaria movilidad de los fluidos es lo que los asocia con la idea de "levedad". Hay líquidos que en pulgadas cúbicas son más pesados que muchos sólidos, pero de todos modos tendemos a visualizarlos como más livianos, menos "pesados" que

²⁴ Un buen indicador en la apertura que en temas de contenido valórico son las encuestas que se refieren a la aceptación en la sociedad chilena del matrimonio homosexual. Según la encuesta LAPOP 2010 para Chile (Proyecto de Opinión Pública de América Latina), quienes aprueban el matrimonio homosexual en nuestro país son un 38% de los encuestados; quienes lo rechazan, un 62%. La encuesta del año 2006 arrojó un 19% de aprobación para la misma pregunta, mostrando un incremento del 100% en cuatro años. Adicionalmente, las cohortes más jóvenes muestran mayores grados de aceptación, con cifras cercanas al 45% y 50% para aquellos menores de 40 y 30 años, respectivamente. Ambos efectos, de tiempo y edad, sugieren de manera no ambigua que la aprobación al matrimonio homosexual -y de los homosexuales en general- continuará en aumento.

cualquier sólido. Asociamos "levedad" o "liviandad" con movilidad e inconstancia: la práctica nos demuestra que cuanto menos cargados nos desplazemos, tanto más rápido será nuestro avance (Bauman, 2009: p.8).

Es a esta metáfora a la que recurre el autor para intentar explicar un fenómeno cultural actual, consistente en la relativización de muchos valores que alguna vez fueron considerados como inmutables en el espacio y en el tiempo.

Los motivos del porqué ese cambio en la concepción de los valores y de su importancia, se explicarían por razones que apuntan a la reelaboración de nuevos "sólidos", de nuevos valores con valor moderno y duradero, a los cuales echar mano, los que, sin embargo, se han usado materiales tan flexibles, que terminaron siendo tanto o más maleables que antes, disponibles para moldear en cada ocasión, y, hecho esto, aptos para absorber una dimensión valórica antes desconocida y quizás hasta reprochable.

“Los primeros sólidos que debían disolverse y las primeras pautas sagradas que debían profanarse eran las lealtades tradicionales, los derechos y obligaciones acostumbrados que ataban de pies y manos, obstaculizaban los movimientos y constreñían la iniciativa. Para encarar seriamente la tarea de construir un nuevo orden (¡verdaderamente sólido!), era necesario deshacerse del lastre que el viejo orden imponía a los constructores” (Bauman, 2009: p.9), sin embargo, esa desaparición haría que el camino quedase libre para la aparición de la “racionalidad instrumental”.

Sorpresivamente, esta apertura axiológica, no ha sido consecuencia de un gobierno dictatorial u otras causas de absolutismo en el poder, sino que al contrario, provienen de un desenfreno individual en cuanto a una ampliación de la esfera de la libertad personal y de las infinitas posibilidades de elección.

Así, ha comenzado un proceso de cuestionamientos de instituciones de antaño indiscutido sentido y significación social, por ejemplo la idea de la personalidad que tendrían las personas muertas, se ha señalado al respecto que habría un cierto reconocimiento a ellos, v. gr., en la congelación de cadáveres (Pedrals, 1989: p.28), la

responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁵, la posibilidad de comprar y vender tejidos humanos, así, en Irán se estableció un sistema de compraventa controlada y legal de órganos, en el que el propio Estado actuaba como intermediario y los gastos del trasplante corresponderían al gobierno (Benavente, 2010: p.46), experimentación en seres humanos, etc.

En el caso de las *buenas costumbres*, la relativización del concepto, al parecer, ha llegado a tal punto que el legislador no ha considerado su establecimiento en el texto del nuevo Código Procesal Penal, ello si consideramos que su predecesor, el Código de Procedimiento Penal, sí contemplaba en el Art. 454 la noción de *buenas costumbres*. Precisaremos eso sí, que el concepto de *buenas costumbres*, ha sido siempre un concepto relativo en el sentido de que su contenido estará determinado por las circunstancias espacio-temporales en que deba ser aplicado y porque comparte además, las características de los conceptos jurídicos indeterminados.

Cuando analizamos el concepto jurídico determinado, vimos lo que se llama el “halo del concepto”. Si tuviésemos que encontrar una relación entre esta idea y la de “modernidad líquida” diríamos que con las no-reglas que advinieron, con un desenfreno manifiesto ya entrado el siglo XXI, tratándose de aquellas normas de contenido moral que son las *buenas costumbres*, como preceptos socialmente imperantes (o que imperaron), ya nada queda a salvo en ese precitado “halo”. Actualmente todo es discutible. No existe acuerdo ya en el reconocimiento de ciertas prácticas sociales, fuera de las que imponen las normas jurídicas, que deban ser observadas porque respondan a un imperativo moral del buen proceder. Pues, siempre aparecerá el discurso de quiénes pregonan el respeto por la opinión de las minorías y en consecuencia, si a esas minorías no les parece aceptable o no comporten aquellas buenas prácticas sociales (*buenas costumbres*), entonces no tenemos nada. La opinión disidente termina por derribar el núcleo de lo que se creía asentado en la comunidad.

²⁵ Francisco Velozo, Abogado de Albagli Zaliasnik y miembro de Fundación Pro Bono, tiene una controvertida opinión al respecto, en su columna de opinión puede leerse un sugestivo título de una de sus publicaciones: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: un retroceso de siglos”

CAPÍTULO IV

§ 11. LAS POLICÍAS COMO APLICADORES DE LA FIGURA, MÁS QUE LOS TRIBUNALES.

En 2005 a un voluntario, Gonzalo Cid, de una ONG empeñada en la prevención del Sida, y que llevaba una gran cantidad de condones para distribuir a la comunidad fue detenido en la comuna de Providencia por infringir el artículo 373 del Código Penal y tuvo que pasar la noche en una celda.²⁶

El caso de Mónica, vendedora de seguros, no es muy diferente. Una tarde de septiembre del año 2004, ella estaba esperando un taxi en la esquina de Eliodoro Yáñez con Providencia, cuando una mujer mayor la comenzó a insultar sin motivo aparente: “¿Cómo puede andar mostrando sus partes de esa manera? ¡Cochina!”. Sólo entendió de lo que hablaba cuando se percató que su vestido traslucía su figura, “y eso que andaba con ropa interior”, apunta. Acto seguido, la mujer llegó con un carabinero, quien le señaló que podía detenerla por “faltar al artículo que habla de ofensas a la moral y las *buenas costumbres*”.

Sirvan esos dos casos para demostrar la delgada línea que separa la justicia de la injusticia a la que se puede llevar en aplicación de una figura penal en donde su campo de aplicación es demasiado amplio.

¿En manos de quién está la calificación del hecho para que se configure el delito?

Sin duda que es tarea del juez determinar qué es la moral, el pudor y las buenas costumbres y cuándo se los ofende. Pero como el juez no es quien lleva a los sujetos a su estrado para juzgarlos, y en cambio, son las policías por conducto del fiscal quienes ponen a disposición de los tribunales a los justiciables, queda a criterio de Carabineros la calificación de los hechos que puedan revestir los caracteres para configurar el delito, prestándose para situaciones arbitrarias.

²⁶Gonzalo Cid interpuso un reclamo en la misma policía, donde le dijeron que investigarían el caso. No obtuvo resultados. Y en cambio, tuvo que soportar la carga de ir a declarar dos veces al Primer Juzgado de policía Local de Providencia y de ser condenado por la jueza a pagar 40 mil pesos.

Con esta situación quienes más mal lo pasan son las minorías homosexuales y las personas que se dedican al comercio sexual.²⁷

Se ha señalado por los sectores que plantean la necesidad de la derogación de la norma del artículo 373, que éste es el único delito donde se registran más detenciones que denuncias y casi la totalidad de las detenciones se efectuó sin que hubiera una persona que se sintiera ofendida, siendo los únicos testigos del hecho los policías.²⁸

El peligro que se corre con esto es precisamente el vicio en que se incurre al administrar justicia, pues un sujeto que es detenido un día puede pasar perfectamente toda una noche encerrado en una celda esperando ser puesto a disposición del tribunal, para que finalmente, cuando ello ocurre, el juez lo absuelva, como comúnmente ocurre.

§ 12. OBSERVACIONES CRÍTICAS.

De todo cuanto lo dicho hasta aquí queda claro que existe un sinnúmero de cuerpos normativos que regulan la conducta de los hombres y mujeres que viven en sociedad. Están los sistemas normativos religiosos, las normas morales, en todas sus dimensiones, el ordenamiento jurídico, etc., produciéndose una “superposición de sistemas”, lo que ocurrirá cuando todos ellos busquen regular desde con propios mecanismos un bien social determinado o incluso más, una “intersección normativa” que tendrá lugar cuando cualquiera de estos órdenes normativos contemplen soluciones diversas entre sí orientadas a dar salida a un mismo problema. Ahora bien, las notas características de estos (y otros) cuerpos normativos están en que se sustentan en el lenguaje, que se transmiten intergeneracionalmente, que buscan en último término una convivencia social

²⁷ "Este artículo se ha prestado para que detengan a muchas personas, se presta para la discriminación más grande (...), anda un carabinero en la calle y ve a dos hombres tomados de la mano y a él le parece que atenta contra las *buenas costumbres* y por lo tanto detiene a la persona. La norma afecta tanto a homosexuales como a parejas heterosexuales, quienes pueden estar en un parque, en un jardín, abrazándose, dándose un beso. Depende de la mente de cada carabinero, de lo que quiera ver", señaló en una oportunidad la parlamentaria María Antonieta Saa.

²⁸ De acuerdo a una investigación de fines de 2007 basada en cifras de la policía y del poder judicial, el 99,73% de las personas detenidas en virtud de este artículo fueron liberadas en los tribunales por falta de mérito, en un estudio que barajó cifras de los últimos 4 meses de ese año. Según las cifras entregadas por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), Investigaciones y Carabineros de Chile, más de 4.000 personas fueron detenidas por “ofensas al pudor” el año 2003. Las mujeres representan más de la mitad, casi todas ellas prostitutas, mientras que los aprehendidos masculinos alcanzan a mil quinientos. Sólo 296 del total de detenidos fueron puestos a disposición de los tribunales de justicia.

más armónica y estable, que no ponga en riesgo la existencia de la sociedad. Pero, no todos estos órdenes normativos presentan la nota excepcional del derecho; su coercibilidad, esto es la legítima posibilidad de auxiliarse de la fuerza socialmente organizada para obtener el cumplimiento de sus normas. De lo que se no se desprende que necesariamente sea éste el orden más efectivo o eficaz para obtener la pretendida armonía social, pero sí, que es este el sistema más agresivo y represivo de todos.

Si bien se habla de una crisis integral por la que atraviesa el mundo (Pedrals, 2006: p.19), opinión que por cierto compartimos, consideramos, al igual que el autor citado, que dicha crisis es superable, o a lo menos es posible minimizar, por actitudes que reclaman la especial disposición interna de las personas a ello, más no por el mágico accionar de un acervo normativo coactivo que encauce sus vidas hacia la bondad y el altruismo, tanto al Derecho no puede exigírsele.

Se obtiene además una suerte de “superprotección de valores” muchas veces innecesaria, sobre todo considerando que cuando se reclama la intervención del Derecho, este acude con toda su maquinaria burocrática con el consecuente costo social que ello apareja.

Por ello, es que postulamos la prescindencia de la noción de *buenas costumbres* como baremo válido para sancionar las conductas que no encuadren con la finalidad de la norma.

Así las cosas, queda de manifiesto que la noción de *buenas costumbres* no sólo ha sido jurídicamente estéril, por ejemplo, cuando los juzgadores tienen que emitir pronunciamiento sobre ellas, sino que además han traído al mundo del Derecho un caos de incertidumbre manifiestamente innecesario.

Válida sería la crítica que hiciera notar que muchas instituciones jurídicas de nuestro ordenamiento contienen en sí un marcado contenido ético valórico, tales como la noción de buena fe, probidad administrativa, etcétera. Sin embargo, es claro que estas instituciones han tenido un denso desarrollo doctrinario y un acabado análisis jurisprudencial que las ha dotado de un contenido cierto y cronológicamente impermeable.

Nos cuidamos también de caminar por el sensible camino de la a-moralización y de entregar todo cuanto se pueda a las libertades individuales, ese no ha sido, en ningún caso, nuestro propósito. Confiamos que valores y rasgos atávicos son perfectibles, día a día, guiados por el afán sincero de ser mejores individuos y no por la fría mano de un legislador anacrónico y, si se acusa, válidamente, a este, nuestro tiempo, de un excesivo individualismo radical, que conduciría a una ética débil o indolora (Pedrals, 2006: p.124), no debe ser afán del Derecho, conjurarlo.

En definitiva, estimamos que las *buenas costumbres*, así como están, se erigen sólo como un concepto que sirve de instrumento para cometer arbitrariedades, tienen poca aplicación jurisprudencial y son completamente prescindibles.

§ 13. HACIA UNA NOCIÓN ACTUAL DE BUENAS COSTUMBRES.

Después de terminado el análisis sobre lo que versó esta tesina estamos ya en condiciones de extraer una conclusión que dé respuesta a la pregunta que nos hiciéramos como objeto de este trabajo, esto es, si se justifica que nuestra legislación vigente mantenga con efecto normativo la noción de *buenas costumbres*.

Contestaremos a lo anterior señalando que no hay una única respuesta plausible para esta pregunta. Los extremos son dos, o la mantenemos vigente justificándola o la derogamos por injustificadas.

Unos, por la primera opción podrían argumentar que el legislador siempre se ha valido y se seguirá valiendo de conceptos jurídicos indeterminados, que todas las normas jurídicas, cual más o cual menos, tienen un sustrato que es posible de rastrear en la moral social y que para mantener los valores de una sociedad vigentes, es necesario reafirmarlos dotándolos de la facultad de sancionar o hacer sancionar con la fuerza a quienes se aparten de ellos.

Otros, por la segunda opción replicarían que si bien el legislador siempre se vale de conceptos de geometría variable, estos tienen una relación directa con el ámbito de lo

jurídico con una repercusión inmediata en las relaciones que se producen en la vida del Derecho. Allí está el principio de la buena fe para el ámbito contractual, el de orden público para el ámbito constitucional, el de probidad administrativa para la recta gestión de los operadores de la administración, etcétera. ¿Y las *buenas costumbres*? Dirían, parecerían muy ajenas al ámbito jurídico.

Nosotros nos inclinamos por la segunda. No se justifica que se mantenga con efecto normativo en nuestra legislación vigente la noción de *buenas costumbres*.

Tenían razón los legisladores que promovieron la derogación de la figura penal que sanciona el ultraje público a las *buenas costumbres*, en 2007. No así quienes un año más tarde la rechazaron. Por las razones ya tan latamente dadas y las consecuencias perniciosas que producen en nuestro sistema. Cuestión que ya no resiste más. Resulta demasiado evidente de qué manera la noción de *buenas costumbres* en lo penal pone en peligrosa tensión el Estado de Derecho mismo, en donde parecen olvidarse las garantías mínimas de que debe gozar cualquier. En especial, la igualdad ante la ley y consecuentemente la libertad.

Pero no nos podemos quedar allí. Sería pecar de conformismo el quedarse con sólo la descriminalización de las *buenas costumbres*. Resulta irrisorio tener que pronunciarse en un sentido, en un paso que nuestros legisladores ya debiesen haber dado.

Además, propugnamos la eliminación de esta noción en toda la legislación positiva, incluida la privada, por ser justamente ajenas al Derecho y acotadamente, a la ley.

Son muchas las razones que nos llevan a adoptar esta posición:

1.- Las *buenas costumbres* en el ámbito que sean, hacer prevalecer el sentir de sólo unos sujetos de la sociedad en perjuicio de otros. Poniendo en grave tensión el principio de igualdad ante la ley. En un caso, el más grave, coartando derechos básicos como la libertad de las personas (detenciones ilegales por el art. 373), o privándole a un sujeto de su patrimonio (aplicación del concepto en la legislación privada).

2.- Tiene escasa aplicación jurisprudencial. Los jueces tienden a no considerarlas y tratándose de la noción penal, del artículo 373, ha tenido además negativos efectos en la función de los tribunales, y al respecto han sido los mismos jueces quienes han reconocido que los casos derivados a la justicia por esa norma en la práctica constituyen una pérdida de tiempo.

3.- Tiene una interpretación ambigua, amplia y discrecional que da paso a diversas arbitrariedades.

4.- En países como Argentina, Perú, México y Uruguay se ha optado, o se está optando, por derogar toda norma que sancione las ofensas a la moral, el pudor o las *buenas costumbres* cuando no esté clara y detalladamente especificado a que se hace referencia dando paso a articulados más precisos, mientras que naciones más desarrolladas, como Alemania, las referencias al tópico en el Código Penal han sido eliminadas.

5.- Se trata de una noción que no se basta por sí misma. Tan indeterminada es que siempre el legislador se ve en la necesidad de acompañarla de otros conceptos, como el orden público o apelar derechamente a la ley. Ocurre idéntica situación en las legislaciones comparadas descritas en el punto anterior.

6.- La moral, las *buenas costumbres* y los valores han pasado por profundas transformaciones en los últimos años, siendo permanentemente mutables, situación hasta ahora no internalizada en la legislación chilena.

7.- Existe consenso de que las sociedades son construidas y vividas por una rica e infinita variedad de expresiones humanas y culturales, donde no impera la homogeneidad, sino que la heterogeneidad.

En fin, con el convencimiento de que no se justifica que sea la ley la que mantenga la noción de *buenas costumbres* como un parámetro limitador de la libertad del individuo, no desconocemos la conveniencia y necesidad de que el concepto sobreviva, aunque en otras parcelas de la realidad. No todo es fuerza. Precisamente si tenemos algo que nos diferencia de los seres no dotados de inteligencia, es la capacidad de respetar a los

demás individuos de la comunidad sin necesidad de ser compelidos ni por la toga ni por el sayo.

BIBLIOGRAFÍA

Aguirre, Javier (2008) “La relación lenguaje y Derecho: JürgenHabermas y el debate iusfilosófico” en *Opinión Jurídica*, enero-julio, año/vol. 7, número 013 citando a Soriano, Ramón (1993). “*Compendio de teoría general del derecho*. Ariel. Barcelona. Disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=94571307>. Fecha última consulta: 11 de octubre de 2011.

Alessandri, Somarriva, Vodanovic (1998) *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*. 7ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Bauman, Zygmunt (2009) *Modernidad Líquida*. 7ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Benavente, María (2010) *La cosificación de la persona*. Edeval.

Borga, Eduardo (1955): *Enciclopedia jurídica Omeba*. Tomo II, Editorial Biblioteca Argentina, Buenos Aires.

Carrara, Francesco (1962) *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*. Vol. VI. Ed. Temis, Bogotá.

Díaz, Mariela (2010): “Norma Jurídica” en *Ensayos jurídicos*. Disponible en <http://www.buenastareas.com/ensayos/Norma-Jurídica/479493.html>. Fecha última consulta: 11 de octubre de 2011.

Ducci, Carlos (2005) *Derecho Civil. Parte general*. 4ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Fontaine Aldunate, Arturo (1945): *De la noción de buenas costumbres en Derecho civil chileno*. Editorial Imprenta Chile, Santiago.

García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón (2006): *Curso de derecho administrativo*, Tomo I. Editorial Aranzadi, Navarra.

Lastra, José Manuel (1991): “Derecho a la lengua y lenguaje jurídico” en *Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas*. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/740/5.pdf>. Fecha última consulta: 11 de octubre de 2011.

Lechner, Norbert (2002): *Las sombras del mañana. La dimensión subjetiva de la política*. LOM ediciones. Santiago.

Maquiavelo, Nicolás (2003) *El príncipe*. Edición electrónica de Escuela de Filosofía Universidad Arcis.
<http://www.philosophia.cl/biblioteca/Maquiavelo/El%20pr%EDncipe.pdf>

Nogueira, Humberto (2006) “La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno” en *Ius et Praxis. Versión On-Line*. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000200002&script=sci_arttext. Fecha última consulta: 12 de octubre de 2011.

Ossorio, Manuel (1992): *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y sociales*. Editorial Helastia, Buenos Aires.

Ortiz, Eduardo (1967) *El delito de ultraje público a las buenas costumbres (arts. 373 y 374 del Código penal)*, Editorial Universitaria S.A., Santiago.

Pedrals, García de Cortázar, Antonio (1989): “Nuevas ideas sobre la personalidad. Una introducción a problemas jurídicos del siglo XXI” en *En el Umbral del siglo XXI ¿Nuevos conceptos e instituciones jurídicas?* Págs. 25-36.

Pedrals, García de Cortázar, Antonio (2006): “Ensayo de serenidad. El profesor universitario en el mundo actual” Edeval, Valparaíso.

Sáinz, Fernando (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Civitas, Madrid.

Sescovich Rojas, Sonia. *Proceso de Socialización*

<http://www.conductahumana.com/articulos/ciencias-del-comportamiento/proceso-de-socializacion/>

Squella, Agustín (2007): *¿Qué es el Derecho? Una descripción del fenómeno jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

PRENSA

La casa de vidrio (2000)

<http://www.bitacoravirtual.cl/2008/09/04/¿que-fue-de-la-casa-de-vidrio/>. Fecha última consulta: 12 de octubre de 2011

<http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={a65d4de1-ff79-4070-9093-ac49353d2735}>. Fecha última consulta: 12 de octubre de 2011

<http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={cd3f728d-f5ad-4997-ae13-6ada20e5035e}>. Fecha última consulta: 12 de octubre de 2011

<http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={f2c2e9d6-3a22-4323-acf9-e5a2f03b41db}>. Fecha última consulta: 12 de octubre de 2011

<http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={e7a5b1cc-e78c-4d88-a96a-050bb5bb2c8a}>. Fecha última consulta: 12 de octubre de 2011

Helena y el pescador (2001)

http://www.acuaristas.cl/index.php?option=com_k2&view=item&id=43:de-peces-en-licuadoras-a-hombre-convertido-en-comida-de-peces&Itemid=198. Fecha última consulta: 12 de octubre de 2011

<http://www.entretodas.net/2008/04/09/el-dilema-moral-y-la-crueldad-helena-y-el-pescador/>. Fecha última consulta: 12 de octubre de 2011

<http://www.emol.com/noticias/magazine/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=241755>. Fecha última consulta: 12 de octubre de 2011

Spencer Tunick (2002)

<http://www.emol.com/noticias/magazine/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=88955>.

Fecha última consulta: 12 de octubre de 2011

<http://www.emol.com/noticias/nacional/2002/06/26/88698/presentan-recurso-para-impedir-que-tunick-fotografie-desnudo-masivo.html>. Fecha última consulta: 12 de octubre de 2011

<http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={7f0d692e-e0df-4c78-b738-1eaafc6f0de9}>. Fecha última consulta: 12 de octubre de 2011

<http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=125354>.

Fecha última consulta: 12 de octubre de 2011

Caso Ripetti (2011)

<http://www.biobiochile.cl/2011/08/05/protesta-de-carabinero-desnudo-provoca-masiva-persecucion-policia.shtml>. Fecha última consulta: 12 de octubre de 2011

<http://m.biobiochile.cl/2011/08/05/protesta-de-carabinero-desnudo-provoca-masiva-persecucion-policia.shtml>. Fecha última consulta: 12 de octubre de 2011

http://www.terra.cl/actualidad/index.cfm?id_cat=302&id_reg=1704422. Fecha última consulta: 12 de octubre de 2011

Exhibicionista de Quirihue (2011)

<http://www.soychile.cl/Chillan/Sociedad/2011/05/31/18332/Detienen-a-joven-exhibicionista-en-Cementerio-de-Quirihue.aspx>. Fecha última consulta: 12 de octubre de 2011

Caso Gonzalo Cid y Mónica. En párrafo “Las Policías como aplicadores de la figura, más que los tribunales”

<http://rie.cl/lanacion/?a=30368>. Fecha última consulta: 1 de noviembre de 2011.

REVISTAS

- 1.- Gaceta de los tribunales. Tomos citados.
- 2.- Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomos citados.

ANEXO

§ Referencias legislativas a las <i>buenas costumbres</i> _____	1
⌘ A. Referencias en la Constitución Política de la República (1980) _____	2
⌘ B. Referencias en el Código Civil (1855) _____	3
⌘ C. Referencias en la ley orgánica constitucional de enseñanza (1990) _____	4
⌘ D. Referencias en ley general de educación (2009) _____	6
⌘ E. Referencias en la ley del Consejo Nacional de T.V. (1992) _____	6
⌘ F. Referencias en el Código Penal (1874) _____	8
⌘ G. Referencias en el Código Procesal Penal (versión actual y anterior) _____	10
⌘ G.1. Código de Procedimiento Penal (1906) _____	10
⌘ G.2. Referencias en el Código Procesal Penal (2000) _____	10
⌘ H. Referencias en el Código de Comercio (1865) _____	10
⌘ I. Referencias en el Código de Procedimiento Civil (1902) _____	10
⌘ J. Referencias en la ley del tránsito 18.290 (1984) _____	10
⌘ K. Reglamento de establecimientos penitenciarios (2006) _____	10
⌘ L. Referencias en la ley de propiedad industrial (2005) _____	11
⌘ LL. Referencias en ley sobre calificación cinematográfica _____	13
⌘ M. Referencias en el decreto de personalidad jurídica 110 (1979) _____	13
⌘ N. Referencias en el Código aeronáutico (1990) _____	14
⌘ Ñ. Referencias en el Código de aguas (1981) _____	14
⌘ O. Referencias en el Código de derecho internacional privado (1934) _____	14
⌘ P. Referencias en el Código de justicia militar (1944) _____	14

α Q. Referencias en el Código de minería (1983)	15
α R. Referencias en el Código del trabajo (2002)	15
α S. Referencias en el Código orgánico de tribunales (1943)	15
α T. Referencias en el Código sanitario (1967)	15
α U. Referencias en el Código tributario (1974)	15
α V. Referencias en la ley sobre protección de los derechos de los consumidores (1997)	15
α W. Referencias en la ley sobre acceso a la información pública (2008)	15
α X. Referencias en la ley de matrimonio civil (2004)	15
α Y. Referencias en la ley sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (2001)	16
α Z. Referencias en la ley que consagra el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de internet (2010)	16

§ REFERENCIAS LEGISLATIVAS A LAS *BUENAS COSTUMBRES*

A continuación presentamos las referencias legislativas más significativas que pueden encontrarse en nuestra legislación positiva. Desde las que son posibles de hallar en la Constitución Política de la República, pasando por toda la legislación contenida en Códigos, así como en distintas leyes especiales y normativa de inferior jerarquía. No pretendimos agotar acá todas las referencias legislativas que a la noción de *buenas costumbres* se refieran, pero sí hemos realizado la labor de rastrear los cuerpos normativos más importantes y podemos decir con certeza que en el presente trabajo están contenidas la mayor parte de las referencias que en nuestro derecho tiene el concepto de *buenas costumbres*.

Hemos decidido de manera deliberada mantener en nuestro trabajo la mención a aquellos cuerpos normativos donde no se hallan referencias, por considerarlo de valor metodológico. También consideramos conveniente aludir a lo que acontecía con el Código de Procedimiento Penal, que aunque derogado, permite la comparación con el nuevo Código. Lo mismo hemos hechos con la Ley orgánica constitucional de enseñanza y la nueva Ley general de educación.

Las referencias las presentamos con el título del cuerpo normativo de que se trate, añadiendo el año. El que permitirá comparar y constatar cuestiones como el que en los textos normativos más antiguos hay mayores referencias a las *buenas costumbres* o que en leyes que regulan una misma materia, las que pasan a derogar a sus predecesoras, ya no contemplan el concepto entre sus normas.

Así mismo, para que el lector pueda conseguir la acertada inteligencia de las normas. Hemos hecho referencia en su encabezado al capítulo, título y/o epígrafe en el que se encuentran la norma que contiene el concepto, en los determinados textos normativos.

A. Referencias en la Constitución Política de la República (1980)

Capítulo III

De los derechos y deberes constitucionales.

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

6°.- La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las *buenas costumbres* o al orden público.

Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas.

Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor. Los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones.

11°.- La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, *las buenas costumbres*, el orden público y la seguridad nacional.

La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna.

Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.

Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel.

B. Referencias en el Código Civil

Código Civil (1855)

Título XXXIII

De las personas jurídicas

Art. 548. Las ordenanzas o estatutos de las corporaciones, que fueren formados por ellas mismas, serán sometidos a la aprobación del Presidente de la República, que se la concederá si no tuvieren nada contrario al orden público, a las leyes o a las *buenas costumbres*.

Todos aquellos a quienes los estatutos de la corporación irrogar en perjuicio, podrán recurrir al Presidente, para que en lo que perjudicaren a terceros se corrijan; y aún después de aprobados les quedará expedito su recurso a la justicia contra toda lesión o perjuicio que de la aplicación de dichos estatutos les haya resultado o pueda resultarles.

Título II

De los actos y declaraciones de voluntad

Art. 1461. No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las *buenas costumbres* o al orden público.

Art. 1467. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las *buenas costumbres* o al orden público.

Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

Título IV

De las obligaciones condicionales y modales

Art. 1475. La condición positiva debe ser física y moralmente posible.

Es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las *buenas costumbres* o al orden público.

Se mirarán también como imposibles las que están concebidas en términos ininteligibles.

Título XXII

De las convenciones matrimoniales y de la sociedad conyugal

Art. 1717. Las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las *buenas costumbres* ni a las leyes. No serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes.

C. Referencias en la ley orgánica constitucional de enseñanza 18.962 (Fecha Publicación: 10-MAR-1990. Última Modificación: 17-NOV-2006 Ley 20129)

Título preliminar {ARTS. 1-9}

Normas Generales y Conceptos

Artículo 6°.- La enseñanza que se imparta en los establecimientos o instituciones educacionales no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las *buenas costumbres*, el orden público y la seguridad nacional.

Los establecimientos o instituciones educacionales, cuya enseñanza sea reconocida oficialmente, no podrán orientarse a propagar tendencia político partidista alguna.

Título III

Reconocimiento Oficial del Estado a las Instituciones de Educación Superior.

Párrafo 3° {ARTS. 44- 55}

Del reconocimiento oficial de las universidades

Artículo 53.- Por decreto supremo fundado del Ministerio de Educación Pública, previo informe del Consejo Superior de Educación, y escuchada la entidad afectada, se cancelará la personalidad jurídica y revocará el reconocimiento oficial a una universidad, en los siguientes casos:

- a) Si ella no cumple con sus objetivos estatutarios;
- b) Si realizare actividades contrarias a la moral, al orden público, a las *buenas costumbres* y a la seguridad nacional;
- c) Si incurriere en infracciones graves a sus estatutos,
- d) Si dejare de otorgar títulos profesionales de aquéllos que requieren haber obtenido previamente el grado de licenciado.

En la fundamentación del decreto respectivo deberá dejarse constancia de la causal que originó la cancelación de la personalidad jurídica y la revocación del reconocimiento oficial.

Párrafo 4° {ARTS. 56- 63}

Del reconocimiento oficial de los institutos profesionales

Artículo 63.- Por decreto supremo fundado del Ministerio de Educación Pública previo informe del Consejo Superior de Educación y escuchada la entidad afectada, se podrá revocar el reconocimiento oficial en los siguientes casos:

- a) Si la institución no cumple sus fines;
- b) Si realizare actividades contrarias a la moral, al orden público, a las *buenas costumbres* y a la seguridad nacional;
- c) Si incurriere en infracciones graves a lo establecido en su escritura social o en su reglamento académico, y
- d) Si dejare de otorgar títulos profesionales.

En la fundamentación del decreto respectivo deberá dejarse constancia de la causal que originó la revocación del reconocimiento oficial.

Los institutos profesionales se disolverán en la forma establecida en sus estatutos, sin perjuicio de lo establecido precedentemente.

Párrafo 5° {ARTS. 64- 70}

Del reconocimiento oficial de los Centros de Formación Técnica

Artículo 70.- Por decreto supremo fundado del Ministerio de Educación Pública, escuchada la entidad afectada, se podrá revocar el reconocimiento oficial en los siguientes casos:

- a) Si la institución no cumple sus fines;
- b) Si el Ministerio de Educación Pública así lo dispone de acuerdo al artículo anterior:
- c) Si realizare actividades contrarias a la moral, al orden público, a las *buenas costumbres* y a la seguridad nacional;
- d) Si incurriere en fracciones graves a lo establecido en su escritura social o en su reglamento académico, y e) Si dejare de otorgar títulos de técnico de nivel superior.

En la fundamentación del decreto respectivo deberá dejarse constancia de la causal que originó la revocación del reconocimiento oficial.

Los centros de formación técnica se disolverán en la forma establecida en sus estatutos, sin perjuicio de lo establecido precedentemente.

D. Referencias en la ley general de educación 20.370 (Fecha Publicación: 02-JUL-2010. Última Modificación: 17-SEP-2011 Ley 20536)

No hay referencias

E. Referencias en la ley del Consejo Nacional de Televisión 18838 (Fecha Publicación: 30-SEP-1989. Última Modificación: 30-NOV-2004 Ley 19982)

Título II

De la Competencia

Artículo 12°:

El Consejo Nacional de Televisión tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

- a) Velar porque los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y los servicios limitados de televisión se ajusten estrictamente al "correcto funcionamiento", que se establece en el artículo 1° de esta ley.
- b) Promover, financiar o subsidiar la producción, transmisión o difusión de programas de alto nivel cultural o de interés nacional o regional, así calificados por el Consejo Nacional de Televisión. Anualmente, la Ley de Presupuestos del sector público contemplará los recursos necesarios, de acuerdo con lo establecido en la letra a) de la

artículo 32° de esta ley. Estos recursos deberán ser asignados por el Consejo, previo concurso público en el que podrán participar concesionarias de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y productores independientes. En el caso de asignaciones a productores independientes, antes de la entrega de los recursos, el productor beneficiado deberá, dentro de los 60 días siguientes a la resolución del concurso, acreditar que la transmisión del respectivo programa está garantizada por una concesionaria de libre recepción. Vencido dicho plazo sin que se acredite esta circunstancia, la asignación beneficiará al programa que haya obtenido el segundo lugar en el concurso público respectivo. Para estos efectos, el Consejo, al resolver el concurso, deberá dejar establecido el orden de preferencia.

c) Fomentar y encargar estudios sobre los efectos de la radiodifusión televisiva en los habitantes del país.

d) Recabar de los concesionarios de servicios de televisión, la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones, estando obligado el requerido a remitirla, sin perjuicio de las limitaciones legales y reglamentarias que rijan al respecto.

e) Otorgar, renovar o modificar las concesiones de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y declarar el término de estas concesiones, de conformidad con las disposiciones de esta ley.

f) Regular, dentro del ejercicio de sus facultades, la transmisión y recepción de la televisión por satélite.

g) Administrar su patrimonio.

h) Dictar normas e instrucciones para la celebración de los actos y contratos destinados a cumplir los fines del Consejo Nacional de Televisión.

i) Aplicar, a los concesionarios de radiodifusión televisiva y de servicios limitados de televisión, las sanciones que correspondan, en conformidad a las normas de esta ley.

j) Establecer su reglamento interno de funcionamiento.

En el ejercicio de esta atribución, el Consejo podrá contemplar la organización y funcionamiento de comités asesores en materia de televisión, en los cuales podrá dar participación a representantes de los Ministerios de Educación Pública y de Transportes y Telecomunicaciones; de los concesionarios u operadores de televisión; de organizaciones de padres de familia; de organizaciones de educadores, y de organizaciones y entidades dedicadas a la actividad cultural en todas o cualesquiera de sus manifestaciones. Igualmente, el Consejo podrá llamar a integrar los comités aquí señalados a aquellas personas o entidades que considere conveniente, por los aportes que puedan proporcionar al desarrollo y correcto funcionamiento de la televisión como

medio de comunicación social. Ningún miembro del Consejo podrá formar parte de comités asesores de televisión.

Los comités asesores tendrán por objeto evacuar los informes que el Consejo Nacional de Televisión les solicite sobre las materias que les indique o aquellas que considere convenientes para el mejor cumplimiento de los objetivos de esta ley. Con todo, dichos informes no podrán referirse a materias relacionadas con el ejercicio de las facultades sancionadoras del Consejo ni al otorgamiento o término de concesiones.

k) Informar al Presidente de la República, al Senado y a la Cámara de Diputados sobre las materias de su competencia, cuando ello le sea solicitado.

l) Establecer que las concesionarias deberán transmitir una hora de programas culturales a la semana, entendiéndose por tales los dedicados a las artes o a las ciencias. Estas transmisiones deberán hacerse en horas de alta audiencia, quedando a criterio de cada concesionaria determinar el día y la hora dentro de dicho horario.

El Consejo deberá dictar normas generales para impedir efectivamente la transmisión de programas que contengan violencia excesiva, truculencia, pornografía o participación de niños o adolescentes en actos reñidos con la moral o las *buenas costumbres*.

Se considerará como circunstancia agravante el hecho que la infracción se cometa en horas de transmisión a las que normalmente tenga acceso la población infantil.

Las normas que dicte el Consejo y sus modificaciones deberán publicarse en el Diario Oficial y regirán desde la fecha de su publicación.

Los informes que evacúen los comités asesores deberán contener las opiniones y proposiciones de sus miembros.

F. Referencias en el Código Penal. (1874)

“4. De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución”

Art. 158. Sufrirá la pena de suspensión de sus grados mínimo a medio, si gozare de renta, y la de reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando prestare servicios gratuitos, el empleado público que arbitrariamente:

1° Derogado

2° Prohibiere un trabajo o industria que no se oponga a la ley, a las *buenas costumbres*, seguridad y salubridad públicas.

3° Prohibiere o impidiere una reunión o manifestación pacífica y legal o la mandare disolver o suspender.

4° Impidiere a un habitante de la República permanecer en cualquier punto de ella, trasladarse de uno a otro o salir de su territorio, en los casos que la ley no lo prohíba; concurrir a una reunión o manifestación pacífica y legal; formar parte de cualquier asociación lícita, o hacer uso del derecho de petición que le garantiza la ley.

5° Privare a otro de la propiedad exclusiva de su descubrimiento o producción, o divulgare los secretos del invento, que hubiere conocido por razón de su empleo.

6° Expropiare a otro de sus bienes o le perturbare en su posesión, a no ser en los casos que permite la ley.

10. De las asociaciones ilícitas (ARTS.292-295BIS)

Art. 292. Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las *buenas costumbres*, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse.

8. De los ultrajes públicos a las buenas costumbres (ARTS. 373-374)

Art. 373. Los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las *buenas costumbres* con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código, sufrirán la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

Art. 374. El que vendiere, distribuyere o exhibiere canciones, folletos u otros escritos, impresos o no, figuras o estampas contrarios a las *buenas costumbres*, será condenado a las penas de reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

En las mismas penas incurrirá el autor del manuscrito, de la figura o dela estampa o el que los hubiere reproducido por un procedimiento cualquiera que no sea la imprenta.

La sentencia condenatoria por este delito ordenará la destrucción total o parcial, según proceda, de los impresos o de las grabaciones sonoras o audiovisuales de cualquier tipo que sean objeto de comiso.

G. Referencias en el Código Procesal penal (versión actual y anterior)

G.1. Código de Procedimiento Penal (1906)

Título IV (ARTS. 451-488 bis)

De la prueba y de la manera de apreciarla

Art. 454. (482) Las diferentes actuaciones de prueba se practicarán en audiencia pública, excepto cuando la publicidad fuere peligrosa para las buenas costumbres; lo cual declarará en auto especial el juez de la causa.

Los jueces durante el plenario cuidarán de señalar horas diversas para recibir la prueba en cada causa.

G.2. Código Procesal Penal (2000)

No hay referencias a las buenas costumbres.

H. Código de Comercio (1865)

No hay referencias.

I. Código de Procedimiento Civil (1902)

No hay referencias.

J. Ley del tránsito 18.290 (Fecha Publicación: 07-FEB-1984 Última Modificación: 07-NOV-2009 Ley 20388)

Artículo 92.- Los pasajeros tienen la obligación de pagar la tarifa y respetar las normas de comportamiento que determinan la ley, la moral y las *buenas costumbres* y abstenerse de ejecutar cualquier acto que impida el normal desempeño del conductor. Asimismo, les estará estrictamente prohibido fumar.

K. Reglamento de establecimientos penitenciarios Decreto 518 (Fecha Publicación: 21-08-1998 Última Versión: 14-05-2011)

Artículo 80.- Sólo se considerarán faltas leves, las siguientes:

a) Los atrasos en llegar a las cuentas (encierros, desencierros, medio día, salida a Tribunales y otros similares);

b) Pretextar enfermedades inexistentes, o dar excusas falsas, como medio para sustraerse a las cuentas o al cumplimiento de sus deberes;

- c) El desaseo en su presentación personal o en las dependencias que habite el interno, entendiéndose por tal la suciedad o mal olor evidentes;
- d) La participación culpable en actos que afecten el orden y el aseo de recintos del establecimiento;
- e) Alterar el descanso de los demás internos en cualquier forma;
- f) Tener mal comportamiento en los traslados y permanencia en Tribunales o en comisiones exteriores (gritar, mofarse del público, insultar y otros actos similares) o realizar actos reñidos con la moral y las *buenas costumbres*, sin grave escándalo y trascendencia;
- g) Presentarse a los establecimientos penitenciarios después de las horas fijadas cuando se hace uso de permiso de salida, o regresar a ellos en estado de intemperancia o causando alteraciones o molestias a los demás internos, aun cuando no exista ebriedad, y
- h) Formular reclamaciones relativas a su internación, sin hacer uso de los medios reglamentarios o establecidos en disposiciones internas del establecimiento.

L. Ley de propiedad industrial 1996 (Fecha Publicación: 11-MAR-2005)

Artículo 20.- No podrán registrarse como marcas:
a) Los escudos, las banderas u otros emblemas, las denominaciones o siglas de cualquier Estado, de las organizaciones internacionales y de los servicios públicos estatales.

b) Respecto del objeto a que se refieren, las denominaciones técnicas o científicas, el nombre de las variedades vegetales, las denominaciones comunes recomendadas por la Organización Mundial de la Salud y aquellas indicativas de acción terapéutica.

c) El nombre, el seudónimo o el retrato de una persona natural cualquiera, salvo consentimiento dado por ella o por sus herederos, si hubiera fallecido. Sin embargo, serán susceptibles de registrarse los nombres de personajes históricos cuando hubieran transcurrido, a lo menos, 50 años de su muerte, siempre que no afecte su honor.

Con todo, no podrán registrarse nombres de personas cuando ello constituya infracción a las letras e), f), g) y h).

d) Las que reproduzcan o imiten signos o punzones oficiales de control de garantías adoptados por un Estado, sin su autorización; y las que reproduzcan o imiten medallas, diplomas o distinciones otorgadas en exposiciones nacionales o extranjeras, cuya inscripción sea pedida por una persona distinta de quien las obtuvo.

e) Las expresiones o signos empleados para indicar el género, naturaleza, origen, nacionalidad, procedencia, destinación, peso, valor o cualidad de los productos, servicios o establecimientos; las que sean de uso general en el comercio para designar cierta clase de productos, servicios o establecimientos, y las que no presenten carácter distintivo o describan los productos, servicios o establecimientos a que deban aplicarse.

f) Las que se presten para inducir a error o engaño respecto de la procedencia, cualidad o género de los productos, servicios o establecimientos, comprendidas aquellas pertenecientes a distintas clases cuyas coberturas tengan relación o indiquen una conexión de los respectivos bienes, servicios o establecimientos.

g) Las marcas iguales o que gráfica o fonéticamente se asemejen, en forma de poder confundirse con otras registradas en el extranjero para distinguir los mismos productos, servicios o establecimientos comerciales o industriales, siempre que ellas gocen de fama y notoriedad en el sector pertinente del público que habitualmente consume esos productos, demanda esos servicios o tiene acceso a esos establecimientos comerciales o industriales, en el país originario del registro.

Rechazado o anulado el registro por esta causal, el titular de la marca notoria registrada en el extranjero, dentro del plazo de 90 días, deberá solicitar la inscripción de la marca. Si así no lo hiciera, la marca podrá ser solicitada por cualquier persona, teniendo prioridad dentro de los 90 días siguientes a la expiración del derecho del titular de la marca registrada en el extranjero, aquella a quien se le hubiera rechazado la solicitud o anulado el registro.

De igual manera, las marcas registradas en Chile que gocen de fama y notoriedad, podrán impedir el registro de otros signos idénticos o similares solicitados para distinguir productos, servicios o establecimiento comercial o industrial distintos y no relacionados, a condición, por una parte, de que estos últimos guarden algún tipo de conexión con los productos, servicios o establecimiento comercial o industrial que distingue la marca notoriamente conocida y que, por otra parte, sea probable que esa protección lesione los intereses del titular de la marca notoria registrada. Para este caso, la fama y notoriedad se determinará en el sector pertinente del público que habitualmente consume esos productos, demanda esos servicios o tiene acceso a esos establecimientos comerciales o industriales en Chile.

h) Aquellas iguales o que gráfica o fonéticamente se asemejen de forma que puedan confundirse con otras ya registradas o válidamente solicitadas con anterioridad para productos, servicios o establecimiento comercial o industrial idénticos o similares, pertenecientes a la misma clase o clases relacionadas.

Esta causal será igualmente aplicable respecto de aquellas marcas no registradas que estén siendo real y efectivamente usadas con anterioridad a la solicitud de registro dentro del territorio nacional. Rechazado o anulado el registro por esta causal, el usuario de la marca deberá solicitar su inscripción en un plazo de 90 días. Si así no lo hiciera, la marca podrá ser solicitada por cualquier persona, teniendo prioridad dentro de los 90 días siguientes a la expiración del derecho del usuario, aquella a quien se le hubiera rechazado la solicitud o anulado el registro.

No obstante lo dispuesto en el párrafo primero de esta letra, el Departamento podrá aceptar los acuerdos de coexistencia de marcas, siempre que no transgredan derechos adquiridos por terceros con anterioridad o induzcan a confusión al público consumidor.

i) La forma o el color de los productos o de los envases, además del color en sí mismo.

j) Las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen, legalmente protegidas, en relación con el objeto que ellas amparan.

k) Las contrarias al orden público, a la moral o a las *buenas costumbres*, comprendidas en éstas los principios de competencia leal y ética mercantil.

Artículo 38.- No son patentables las invenciones cuya explotación comercial deba impedirse necesariamente para proteger el orden público, la seguridad del Estado, la moral y las *buenas costumbres*, la salud o la vida de las personas o de los animales, o para preservar los vegetales o el medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga sólo por existir una disposición legal o administrativa que prohíba o que regule dicha explotación.

LL. Ley sobre calificación cinematográfica Decreto Ley 679 (derogada) (Fecha Publicación: 10-OCT-1974 Última Modificación: 04-ENE-2003 Ley 19846)

Artículo 9°.- El Consejo rechazará las películas que fomenten o propaguen doctrinas o ideas contrarias a las bases fundamentales de la Patria o de la nacionalidad, tales como el marxismo u otras, las que ofendan a Estados con los cuales Chile mantiene relaciones internacionales, las que sean contrarias al orden público, la moral o las buenas costumbres, y las que induzcan a la comisión de acciones antisociales o delictuosas.

Artículo 16°.- De las calificaciones que el Consejo haga de cada película, se dejará constancia en el sello aprobatorio correspondiente, el que obligatoriamente deberá ser exhibido junto con ella, en la forma que señale el Reglamento. No se podrá modificar de manera alguna esta calificación, a pretexto de propaganda o de cualquier otra causa. La infracción de esta disposición será castigada con la pena señalada en el inciso 2° del artículo anterior.

Las empresas Cinematográficas deberán indicar la calificación de las películas en los avisos e informaciones de propaganda por prensa, radio y televisión. Asimismo, en las salas de espectáculos deberán señalar diariamente la calificación de las películas que se exhiben mediante carteles colocados en un sitio visible de cada una de las boleterías.

No se podrá exhibir propaganda de escenas que no corresponden a películas calificadas por el Consejo, o que, siéndolo, ofendan el pudor o las buenas costumbres.

Siempre que se exhiban dos o más películas cuya calificación sea diferente, deberá indicarse la que corresponda a cada una de ellas y, en especial, la más restrictiva.

Ningún cine podrá exhibir sinopsis ni películas de cortometraje cuya calificación sea más restrictiva que la de la película de la función.

M. Decreto de personalidad jurídica Decreto 110 (Fecha Publicación: 20-MAR-1979 Última Modificación: 31-DIC-2009 Decreto 4780 exento)

Artículo 25.- El Presidente de la República podrá cancelar la personalidad jurídica a una corporación desde el momento en que la estime contraria a las leyes, al orden público o a las *buenas costumbres*, o no cumpla con los fines para que fue constituida o incurra en infracciones graves a sus estatutos. No obstante, podrá dejarse sin efecto esa medida si se probare, dentro de los tres meses siguientes de la fecha de publicación del decreto de cancelación, que ella fue producto de un error de hecho.

El Ministerio de Justicia podrá practicar por sí o a través de otras dependencias del Estado, la correspondiente investigación para verificar los hechos justificativos de la cancelación, como asimismo, para constatar la existencia del error de hecho a que se refiere el inciso precedente.

Artículo 34.- El Presidente de la República, previo informe del Consejo de Defensa del Estado, podrá autorizar a corporaciones o fundaciones que hayan obtenido personalidad jurídica en el extranjero, para que desarrollen actividades en el país, siempre que se ajusten a las leyes chilenas y no contraríen las *buenas costumbres* y el orden público.

N. Código aeronáutico (1990)

No hay referencias

Ñ. Código de aguas (1981)

No hay referencias

O. Código de derecho internacional privado (1934)

Capítulo II

De los contratos en general

Art. 178. Es también territorial toda regla que prohíbe que sean objeto de los contratos, servicios contrarios a las leyes y a las *buenas costumbres* y cosas que estén fuera del comercio.

Capítulo III

Del contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio

Art. 189. Tienen igual carácter (de orden público internacional) los preceptos que se refieren al mantenimiento de las leyes y las *buenas costumbres*, a los efectos de las capitulaciones respecto de terceros y a su forma solemne.

P. Código de justicia militar (1944)

Art. 158. La prueba y la manera de apreciarla se regirán por las reglas del Título IV de la Segunda Parte del Libro II del Código de Procedimiento Penal, con estas variantes:
1a Las actuaciones relativas a la prueba se practicarán en audiencia pública, salvo que la publicidad se estime peligrosa para las *buenas costumbres*, para el orden público o la seguridad y disciplina del cuerpo armado, lo que declarará el Fiscal en auto especial. Sin embargo, esta restricción de publicidad, no podrá impedir la asistencia a todos los trámites de la prueba, del Fiscal General Militar, del Fisco, del reo y de su defensor.

2a Los testigos serán examinados por el fiscal al tenor de las preguntas escritas que deberán presentar las partes hasta las doce horas del día anterior al de la audiencia señalada para su examen, pudiendo el fiscal rechazar aquellos puntos que considere

impertinentes.

3a El reo, el Fiscal General o el Fisco, en su caso, podrán también interrogar a los testigos con permiso del fiscal, quien lo concederá para hechos pertinentes. No podrá negarlo cuando las preguntas se dirijan a establecer causales de inhabilidad de los testigos. El fiscal podrá también interrogarlos y hacerles preguntas para aclarar las formuladas por el reo, el Ministerio Público Militar o el Fisco.

4a Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 460 del Código de Procedimiento Penal, se considerará acusador particular al que hubiere sido reconocido como parte perjudicada en los términos de los artículos 133, 133 A y 133 B.

Q. Código de minería (1983)

No hay referencias.

R. Código del trabajo (2002)

No hay referencias

S. Código orgánico de tribunales (1943)

No hay referencias.

T. Código sanitario (1967)

No hay referencias.

U. Código tributario (1974)

No hay referencias.

V. Ley sobre protección de los derechos de los consumidores 19946 (Fecha Publicación: 07-MAR-1997 Última Modificación: 21-OCT-2011 Ley 20543)

No hay referencias.

W. Ley sobre acceso a la información pública 20285 (Fecha Publicación: 20-AGO-2008)

No hay referencias.

X. Ley de matrimonio civil 19947 (Fecha Publicación: 17-MAY-2004 Última Modificación: 15-SEP-2008 Ley 20286)

No hay referencias.

Y. Ley sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo 19733
(Fecha Publicación: 04-JUN-2001 Última Modificación: 08-SEP-2010 Ley 20461)

Artículo 32.- La difusión de noticias o informaciones emanadas de juicios, procesos o gestiones judiciales pendientes o afinados, no podrá invocarse como eximente o atenuante de responsabilidad civil o penal, cuando dicha difusión, por sí misma, sea constitutiva de los delitos de calumnia, injuria o ultraje público a las *buenas costumbres*.

Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior las publicaciones jurídicas de carácter especializado, las que no darán lugar a responsabilidad civil ni penal por la difusión de noticias o informaciones de procesos o gestiones judiciales que estuvieren afinados o, si se encontraren pendientes, siempre que no se individualice a los interesados.

Artículo 34.- El que cometiere alguno de los delitos de ultraje público a las *buenas costumbres* contemplados en los artículos 373 y 374 del Código Penal, a través de un medio de comunicación social, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo a medio y multa de once a ochenta unidades tributarias mensuales.

Constituirá circunstancia agravante al ultraje público a las *buenas costumbres*, la incitación o promoción de la perversión de menores de edad o que el delito se cometiere dentro del radio de doscientos metros de una escuela, colegio, instituto o cualquier establecimiento educacional o de asilo destinado a niños y jóvenes.

Z. Referencias en la ley que consagra el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de internet 20453 (Fecha Publicación: 26-AGO-2010)

Artículo 24 H.- Las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones que presten servicio a los proveedores de acceso a Internet y también estos últimos; entendiéndose por tales, toda persona natural o jurídica que preste servicios comerciales de conectividad entre los usuarios o sus redes e Internet:

a) No podrán arbitrariamente bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red. En este sentido, deberán ofrecer a cada usuario un servicio de acceso a Internet o de conectividad al proveedor de acceso a Internet, según corresponda, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de éstos, habida cuenta de las distintas configuraciones de la conexión a Internet según el contrato vigente con los usuarios.

Con todo, los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones y los proveedores de acceso a Internet podrán tomar las medidas o acciones necesarias para la

gestión de tráfico y administración de red, en el exclusivo ámbito de la actividad que les ha sido autorizada, siempre que ello no tenga por objeto realizar acciones que afecten o puedan afectar la libre competencia. Los concesionarios y los proveedores procurarán preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la seguridad de la red. Asimismo, podrán bloquear el acceso a determinados contenidos, aplicaciones o servicios, sólo a pedido expreso del usuario, y a sus expensas. En ningún caso, este bloqueo podrá afectar de manera arbitraria a los proveedores de servicios y aplicaciones que se prestan en Internet.

b) No podrán limitar el derecho de un usuario a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales y que los mismos no dañen o perjudiquen la red o la calidad del servicio.

c) Deberán ofrecer, a expensas de los usuarios que lo soliciten, servicios de controles parentales para contenidos que atenten contra la ley, la moral o las *buenas costumbres*, siempre y cuando el usuario reciba información por adelantado y de manera clara y precisa respecto del alcance de tales servicios.

d) Deberán publicar en su sitio web, toda la información relativa a las características del acceso a Internet ofrecido, su velocidad, calidad del enlace, diferenciando entre las conexiones nacionales e internacionales, así como la naturaleza y garantías del servicio.

El usuario podrá solicitar al concesionario o al proveedor, según lo estime, que le entregue dicha información a su costo, por escrito y dentro de un plazo de 30 días contado desde la solicitud.