

MORAL

No es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico. Hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social.

MORAL CRISTIANA

La referencia hecha en el artículo 13, a la moral cristiana, no implica, como pudiera pensarse, una exigencia de carácter dogmático que suponga un privilegio para esa moral frente a otras. Significa, más bien, la referencia a uno de los elementos constitutivos de la costumbre, la " opinio juris", según la cual la costumbre, para que sea jurídica, debe generar en la comunidad que la observa, la convicción de obligatoriedad. Porque si se acepta que el legislador se dirige a una comunidad cristiana, tiene que tener presente que en ella no puede darse la convicción de obligatoriedad con respecto a un uso que contraría los postulados de esa moral. Sería una contradicción lógica afirmar que alguien está convencido de que es obligatorio algo que juzga perverso o inmoral. Sería como afirmar que tengo por obligatorio algo que considero, no sólo no obligatorio, sino reprochable. Entendida la expresión "moral cristiana" como la moral social o moral general, es evidente que en casos excepcionales tendría validez como fuente del derecho una costumbre que no sea acorde con la moral general del país, pero que sea conforme con la moral de un grupo étnico y cultural en particular.

COSTUMBRE-Obligatoriedad

En tratándose de la costumbre, es ostensible que su fuerza obligatoria viene directamente de la comunidad, es decir, del pueblo, sin que pueda hablarse de que éste delega su poder. Así como los hechos sociales llevan al legislador a dictar la ley escrita, esos mismos hechos, en

ocasiones, constituyen la ley por sí mismos. No tendría sentido a la luz de la democracia reconocerle valor a la ley hecha por los representantes del pueblo, y negársela a la hecha por el pueblo mismo, que es la costumbre.

MORAL EN LA CONSTITUCION VIGENTE

La Constitución de 1991 no es contraria a la moral cristiana. No hay uno solo de sus preceptos que pugne con lo que hoy se entiende por “moral cristiana” en Colombia. El hecho de haber desaparecido del preámbulo de la Constitución la referencia a la Iglesia Católica, Apostólica y Romana como “la de la nación” y como “esencial elemento del orden social”, no trae consigo un cambio en la moral social. Apenas ratifica la separación de la Iglesia y el Estado. No puede, en consecuencia, ser contraria a la Constitución una norma que se limita a reconocer la moral de las mayorías.

COSTUMBRE/LEY-Diferencias

La diferencia fundamental entre la costumbre y la ley, consiste en que la segunda se crea por un acto consciente de un órgano del Estado al cual le está atribuída la función de crearla, en tanto que la primera resulta de la conducta instintiva e inconsciente de la comunidad. De la costumbre existe una clasificación generalmente aceptada, que tiene su origen en el derecho romano y se basa en la conformidad u oposición entre la ley y la costumbre.

Costumbre *secundum legem* es la norma que adquiere su carácter de tal, y, por consiguiente, su fuerza obligatoria, por la expresa referencia que a ella hace la ley. Costumbre *praeter legem* es la relativa a un asunto no contemplado por la ley dictada por el legislador. Costumbre *contra legem* es la norma contraria a la ley creada por el Estado, ya se limite a la inobservancia de la misma, o establezca una solución diferente a la contenida en ella. Los dos casos implican que la ley escrita entra en desuso.

COSTUMBRE PRAETER LEGEM/DERECHO POSITIVO

En concordancia con el artículo 8o. citado, el artículo 13 de la ley 153 de 1887, reconoció fuerza de ley, al decir que “constituye derecho”, a la costumbre general y conforme con la moral cristiana, “a falta de legislación positiva”, es decir, a falta de ley creada por el Estado. Se aceptó, pues, la costumbre *praeter legem*. El derecho positivo, que es lo mismo que

derecho objetivo, es el conjunto de normas vigentes en un pueblo en un determinado momento. Por esta razón, el artículo 13 ha debido referirse a la “falta de legislación dictada por el legislador.”

COSTUMBRE EN LA CONSTITUCION VIGENTE/PRINCIPIO DE AUTONOMIA FUNCIONAL DEL JUEZ

Negarle al pueblo la posibilidad de crear el derecho objetivo representado en la costumbre, sería ir en contra de los principios de la Constitución de 1991 en lo relativo a la democracia participativa. Y sería paradójico que la costumbre, permitida por las constituciones anteriores que consagraban la democracia representativa, estuviera proscrita en la actual. Hay quienes sostienen que la costumbre alcanza a derogar la ley que le es contraria. Entre nosotros, como ya se advirtió, esto no es posible, por expresa prohibición legal, aunque fácilmente puede comprobarse la existencia de leyes que el paso del tiempo ha excluido de la vida social. Para la Corte Constitucional es claro que el inciso primero del artículo 230 no tuvo la finalidad de excluir la costumbre del ordenamiento jurídico. Lo que se buscó fue afirmar la autonomía de los jueces, poner de presente que su misión se limita a aplicar el derecho objetivo, haciendo a un lado toda consideración diferente y todo poder extraño. No sobra advertir que habrá casos en que el juez deba aplicar los principios generales del derecho, que el inciso segundo llama criterios auxiliares, haciendo a un lado el texto de la ley, para no incurrir en el pecado que señala el aforismo latino: derecho estricto, injusticia suprema. Se dice esto para indicar que no puede considerarse al juez como un autómatas, esclavo de la norma estricta. Por ley debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo. Lo dicho hasta ahora permite afirmar que el artículo 13 de la ley 153 de 1887 en cuanto reconoce fuerza de la ley a la costumbre *praeter legem*, no es contrario a la Constitución. Y con mayor razón puede decirse que la costumbre *secundum legem* se ajusta a la Constitución, porque en este caso su fuerza proviene de la propia ley que se remite a ella.

Ref: Expediente D-439

Demanda de inconstitucionalidad del artículo 13 de la ley 153 de 1887.

Actor:

ALEXANDRE SOCHANDAMANDOU.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

Sentencia aprobada, según consta en acta número veintiocho (28), correspondiente a la sesión de la Sala Plena, del día cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Alexandre Sochandamandou, en uso del derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6, y 241, numeral 4o, de la Constitución, presentó ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad del artículo 13 de ley 153 de 1887 “por la cual se adicionan y reforman los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la ley 57 de 1887”.

Por auto del veinticinco (25) de octubre de 1993, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda, ordenó la fijación del negocio en lista para asegurar la intervención ciudadana dispuesta por los artículos 242, numeral 1, de la Constitución, y 7o., inciso segundo, del decreto 2067 de 1991; y dispuso, así mismo, el envío de copia del expediente al Señor Procurador General de la Nación.

Cumplidos todos los requisitos exigidos por el decreto 2067 de 1991 y recibido el concepto el señor Procurador General de la Nación, entra la Corte a decidir.

A.) NORMA ACUSADA.

El texto de la norma demandada es el siguiente :

” Ley 153 de 1887

“que adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

” ...

” Artículo 13.- La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”.

B.) LA DEMANDA.

Se transcriben a continuación, las razones en que se funda el actor para solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma:

" La MORAL o costumbre está constituída por un conjunto de normas de conducta admitidas y tenidas por (sic) incondicionalmente válidas y obligatorias en absoluto, en una época, sea para un grupo determinado de personas o para una persona.

" En consecuencia, el precepto legal que establece que la costumbre, siendo general y conforme con la MORAL cristiana, constituye derecho, vulnera los siguientes preceptos constitucionales:

"1- El preámbulo de la Constitución que establece implícitamente, que la República de Colombia es un Estado que no tiene religión oficial; porque la norma atacada convierte al Estado Colombiano en Codifusor y Coevangelizador de la religión cristiana, al ordenar por mandato de la Ley la observancia de su arquetipo MORAL.

"2- El Artículo 19 de la C.N.: Porque la norma atacada sujeta y subordina legalmente a las personas al cumplimiento de las normas morales del Cristianismo: normas que no son aplicables a quienes pertenecen a otra religión, credo o filosofía.

"3- Los Artículos 1, 7 y 13 de la C.N. Porque:

"a) La norma atacada desconoce el pluralismo, la diversidad étnica y cultural de los diferentes sectores de la Nación Colombiana y discrimina los principios MORALES de quienes no profesan la religión Cristiana o sustentan opiniones contrarias al Cristianismo.

"4- El Título II cap. 5 de la C.N.: porque desconoce que los deberes y obligaciones de la persona y del ciudadano no pueden ser determinados por consideraciones de carácter MORAL con connotaciones religiosas: los deberes y obligaciones deben ser taxativamente determinados por el derecho positivo.

"La MORAL no concierne al orden jurídico sino al fuero interno de cada persona." (mayúsculas y negrillas del texto)

B) INTERVENCIONES

Según consta en el informe secretarial del once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993), el término de fijación en lista transcurrió y venció en silencio.

C) CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Por medio de oficio No. 354, del diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993), el Procurador General de la Nación rindió el concepto de rigor. En él solicita la declaratoria de inexecutable de la expresión "cristiana" contenida en el artículo 13 de la ley 153 de 1887.

Inicia su concepto el señor Procurador, haciendo un análisis del papel de la costumbre en el Derecho, precisando como no puede descalificársela de fuente de derecho, tal como lo plantea el actor en su demanda, toda vez que la costumbre a pesar de tener un lugar secundario dentro del ordenamiento jurídico de occidente " sigue siendo, aún en el presente, una fuente principal e imprescindible de derecho, así que sólo con su ayuda resulta viable enfrentar coherentemente el problema de los " vacíos" legales y de los espacios de "discrecionalidad" en la toma de decisiones judiciales."

Explica que gracias a la costumbre, principios como la "buena fe" y conceptos como el de "dolus malus" pueden ser reconocidos y aplicados en nuestro derecho, especialmente en materia civil y comercial.

Concluye señalando " ... allí donde el derecho codificado deja un espacio para los "vacíos" y para la "discrecionalidad" en las decisiones, la existencia de la costumbre -v.g. de una práctica reiterada y homogénea, y reconocida como jurídicamente vinculante por el conjunto de la comunidad- como fuente de derecho resulta imprescindible".

En relación con los conceptos de "moral" y moral " cristiana", el Procurador comparte los argumentos del demandante, cuando afirma que no puede tenerse a la costumbre como fuente de derecho, sólo cuando ella esté conforme a la moral "cristiana", porque ello contraría el espíritu secularizante y pluralista de la Constitución. Al respecto, afirma:

" Habiendo sido sustituidas la religión y la moral católicas por la nueva carta demo-liberal de Derechos como eje ético-material y ético-procedimental -v.g. como rasero moral- para la

determinación del carácter justo o injusto del ordenamiento jurídico en su conjunto, y de las normas jurídicas, en particular -leyes y costumbres-, resulta incongruente con el espíritu y con la letra de la Constitución de 1991 admitir, por cuanto contraría al secularismo y al pluralismo, y con ellos a la libertad de cultos y de conciencia y al principio de igualdad (preámbulo, artículos 1, 7, 13 y 19 de la Constitución), la subordinación de la costumbre -y del derecho en general- a la pauta ético-material de la moral cristiana.”

Para el Agente del Ministerio Público, el término “cristiana” es inconstitucional en la medida en que no se le pueda despojar de su carácter confesional- religioso. Sin embargo, esto no implica que también deba desaparecer del artículo 13 de la ley 153 de 1887, la remisión que se hace a la “moral”, porque éste es un criterio “intrajurídico” para la determinación del carácter justo o injusto de las normas, incluída la costumbre.

La separación radical entre la moral y el derecho, como lo pretende el actor, no es posible porque el ordenamiento jurídico en general y en especial el colombiano, están fundados sobre un concepto de “moral pública”, representada en el derecho natural a través de conceptos como la libertad y la dignidad. Así parece haberlo entendido la Corte Constitucional, según el Procurador, cuando declaró inconstitucionales algunas normas del Estatuto Nacional contra el secuestro.

De esta manera, es válido que una norma exija que la costumbre se adecúe a la moral, pero a una moral “pública” y universal de los ciudadanos, no la personalísima de cada individuo. A esta conclusión llega el Agente del Ministerio Público, porque según él “ el nuevo constitucionalismo colombiano parece haber adoptado una posición intermedia [entre el positivismo y el moralismo radical] que posibilita la coexistencia de la dogmática jurídica como ciencia independiente para el estudio del puro derecho positivo, con el reconocimiento del carácter jurídicamente vinculante del punto de vista de la moral pública -v.g. de la Justicia Política-, en orden a determinar el grado de justicia o injusticia que habita en las leyes, pero sobre todo en el sistema jurídico-político en su conjunto.”

II.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Procede la Corte Constitucional a decidir este asunto, previas las siguientes razones.

Primera.- Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso, en virtud de lo dispuesto por el numeral 4o. del artículo 241 de la Constitución.

Segunda.- La moral y el derecho

La moral y el derecho son sistemas de normas cuyo destino es la regulación de la conducta del hombre. Aquí radica la similitud entre los dos.

Pero entre ellos existen diferencias que la filosofía jurídica contemporánea señala: la moral es unilateral, en tanto que el derecho es bilateral; la moral gobierna el ámbito interno, y el derecho es externo; la coercibilidad, es decir, la posibilidad de hacerlo cumplir mediante la fuerza, es propia del derecho, y falta, por el contrario, en la moral. Kelsen afirma que la coacción es un elemento esencial del derecho y al señalar las diferencias entre éste y la moral, dice: “La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria... Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo”. (“Teoría pura del derecho”, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1983, págs. 79 y 81).

Pero, de las diferencias entre la moral y el derecho, no puede deducirse que exista entre ellos una separación absoluta, pues la realidad es la contraria. Al respecto se lee en Josserand:

“El derecho y la moral.- Son innumerables los puntos de contacto entre estas dos disciplinas -puntos de contacto que se convierten a veces en puntos de razonamiento-: emanan una y otra, de la conciencia humana; son ambas productos sociales; tratan igualmente de suministrar al hombre una dirección, una línea de conducta. Son incesantes los servicios que se prestan mutuamente; de una parte, las reglas del derecho son, en su casi totalidad, tomadas a préstamo de la moral, hasta el punto de que el derecho no es sino la moral en la medida en que ésta reviste carácter obligatorio; por otra parte, ocurre que la ley positiva

ejerce una repercusión sobre las costumbres de un país; hay leyes que son moralmente saludables y otras que son perniciosas: la famosa frase: *quid leges sine moribus?* es tan solo una verdad relativa. Entre el derecho y la moral, las afinidades son, pues, ciertas y su interpenetración es permanente y profunda". ("Derecho Civil", Ediciones Jurídicas Europa - América, Bs. Aires, 1952, Tomo I, vol. I, pág. 5).

Sobre las relaciones entre la moral y el derecho, escribió Georges Ripert la obra clásica de "La regla moral en las obligaciones". Allí se lee:

"Por mucho que los redactores del Código Civil francés hayan deseado separar el dominio del derecho del de la moral, no han logrado eliminar completamente la necesaria apelación a las buenas costumbres. Si el artículo 6o. del Código Civil puede explicarse como una simple aplicación del valor obligatorio de las leyes de orden público en cuanto por ese precepto la regla moral no se impone al respeto sino después de su consagración legal, los artículos 900 y 1172 sobre la condición, 1133 sobre la causa, 1387 sobre las convenciones matrimoniales limitan expresamente el poder contractual por el necesario respeto de las buenas costumbres. En virtud de estos textos se confía a los tribunales un derecho de inspección, que consiste precisamente en asegurar la observancia de la regla moral. El juez, constituido en guardián de la moral pública, debe censurar las manifestaciones abusivas de las voluntades individuales". ("La regla moral en las obligaciones civiles", Georges Ripert, Eds. Gran Colombia, Bogotá, 1946, pág. 41).

En la legislación colombiana, la alusión a la moral no se encuentra únicamente en el artículo 13 de la ley 153 de 1887. Está en otras normas del Código Civil, con la denominación de buenas costumbres, o con la referencia expresa o tácita a la moral:

- a) Según el artículo 16, "no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres";
- b) El artículo 1537 se refiere a las condiciones inductivas a hechos ilegales o inmorales;
- c) El artículo 1524 define la causa ilícita como la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público;
- d) El artículo 472 autoriza excluir del inventario que debe hacer el guardador al asumir su

cargo, los objetos “que fueren conocidamente de ningún valor o utilidad, o que sea necesario destruir con algún fin moral”;

e) El artículo 627 consagra como causal de remoción de los guardadores la “conducta inmoral de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo”;

f) El artículo 586, ordinal 8o., establece la incapacidad para ser guardadores de “los de mala conducta notoria”, pues la “mala conducta” debe valorarse en relación con la moral vigente.

Además, la Constitución se refiere a la moral social en su artículo 34, y consagra la moralidad como uno de los principios fundamentales de la función administrativa, en el 209.

En síntesis: no es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico.

Tercera.- El derecho a la luz de la moral

Por ser la moral y el derecho órdenes sociales distintos, es posible calificar las normas jurídicas como ajustadas a la moral o contrarias a ella. Al respecto se lee en Kelsen: “De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o malo... Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica”. (Ob. cit., págs. 56 y 57).

En la medida en que las normas jurídicas obedezcan a la moral general vigente, será mayor

su cumplimiento. En los Estados Unidos, un profundo conocedor de los fenómenos sociales escribió:

“La causa inmediata de muchos delitos en el sector de cuello blanco es, simplemente, que ahora hay muchas leyes en los libros que no son sentidas de corazón. La gente obedece esas leyes, no porque sienta que esto es moralmente justo, sino porque tiene miedo de que la atrapen. Como “la prohibición”, los impuestos sobre la renta, las regulaciones en tiempos de guerra y los controles de precios, que existen sin el apoyo de una firme convicción moral. Es simplemente ilegal defraudarlos, pero muchas veces se considera hábil hacerlo.

“Las leyes sin convicciones morales que las apoyen invitan al delito, pero lo que resulta mucho más importante, alientan el desarrollo de una actitud oportunista, amoral”. (C. Wright Mills, “Diagnóstico de nuestro malestar moral”, en “Política, poder y pueblo”, Fondo de Cultura Económica, 1964, pág. 261).

En conclusión: la moral es una realidad social diferente al derecho pero relacionada con éste. Y que, en algunos casos y dentro de ciertos límites, le sirve de sustento.

Cuarta.- La moral, ¿universal e inmutable o relativa?

La aparente contradicción no existe si se acepta la distinción entre la moral general y la moral positiva, entendiendo la primera como aquella aceptada por todos los hombres en todas las épocas, y la segunda como la de cada pueblo en el momento particular de su devenir histórico. Dicho en otros términos: la moral es una, pero sus manifestaciones cambian en razón de la diversidad de las sociedades en el espacio y en el tiempo. “Toda la moral consiste en este proceso de sublimación, purificación o catarsis de la conciencia individual, merced al cual ésta se reúne a lo universal, y en esto concuerdan sustancialmente todos los preceptos morales de todos los pueblos y de todas las filosofías. Concordancia que es bien notable y bien significativa, cuando se piensa que se llega a las mismas conclusiones morales partiendo de diversos criterios (por ejemplo, ateísmo o naturalismo), o usando métodos opuestos (por ejemplo, empírico o racional). No es otro el significado de la máxima evangélica: “No hagas a los demás aquello que no querrías que te hicieran a ti” (máxima que fue expresada en forma parecida por CONFUCIO). Y la misma idea, expresada en forma filosófica más rigurosa, es la de KANT: “Obra de modo que la máxima de tu conducta pueda valer como un principio de una legislación universal”. (“Filosofía del Derecho”, Giorgio del

Vecchio, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1946, tomo I, pág. 591).

Hay, pues, “una moral común, genérica, que incluye todos los hombres y que constituye el mínimo indispensable para todos”. Pero cada pueblo en un momento histórico, determinado por las circunstancias sociales, económicas y culturales, tiene una moral positiva, es decir, la manifestación de la moral universal e inmutable en su propia circunstancia. Recasens Siches escribió: “Hay valores éticos y jurídicos que se refieren a la esencia de lo humano y, por tanto, fundan normas ideales de aplicación general para todos los hombres y todas las sociedades. Pero así mismo hay otros valores que (teniendo validez también objetiva) implican en su propia materia o contenido una indicación particular a la situación de una persona, de una nación o de un momento histórico. Hay, desde luego, una moral común, genérica que incluye a todos los hombres y que constituye el mínimo indispensable para todos. Pero además de los valores que fundan esas normas generales, hay una serie de morales vocacionales y de las situaciones concretas e individuales, que no contradicen ni menoscaban aquella moral general, pero que la complementan. La actualización de los deberes concretos de cada una de esas morales vocacionales y situacionales está determinada por la presencia de los hechos de vocación o de situación congruentes. De la misma manera que hay vocaciones individuales -las cuales son el resultado de la articulación de una persona concreta con un contorno también concreto-, así mismo hay vocaciones para las colectividades... Cada situación de un proceso histórico determina la posibilidad de conocimiento y el deber de realización de tareas fundadas en valores singulares cuya ocasión quizá sea singular, intransferible y no se repite. Y así como desde el punto de vista moral podríamos decir que cada individuo tiene el deber de ser auténtico, fiel a sí mismo, fiel a su vocación, de igual manera podríamos decir que a cada época histórica y a cada pueblo le corresponde el cumplimiento de determinadas misiones; porque cada época, cada colectividad -lo mismo que cada individuo- ocupa una especial perspectiva en virtud de la cual puede y debe realizar valores singulares”. (“Estudios de Filosofía del Derecho”, UTEHA, México, 1946, pág. 667).

En resumen: hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social.

Quinta.- La “moral cristiana” en el artículo 13 de la ley 153 de 1887

Las anteriores explicaciones permiten entender porqué en el artículo 13 de la ley 153 de 1887, se dijo: “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva”.

En primer lugar, la expresión “moral cristiana” designa la moral social, es decir, la moral que prevalecía y prevalece aún en la sociedad colombiana.

Se dijo “moral cristiana” refiriéndose a la religión de la mayoría de la población, como en Turquía habría debido decirse “la moral islámica”. La ley se limitó a reconocer un hecho social.

Y obsérvese que la costumbre, además de ser conforme con la moral cristiana, debe ser general. Si es general y a la vez es conforme con la moral cristiana, es porque ésta es también la moral general.

De otra parte, la referencia hecha en el artículo 13, a la moral cristiana, no implica, como pudiera pensarse, una exigencia de carácter dogmático que suponga un privilegio para esa moral frente a otras. Significa, más bien, la referencia a uno de los elementos constitutivos de la costumbre, la “opinio juris”, según la cual la costumbre, para que sea jurídica, debe generar en la comunidad que la observa, la convicción de obligatoriedad. Porque si se acepta que el legislador se dirige a una comunidad cristiana, tiene que tener presente que en ella no puede darse la convicción de obligatoriedad con respecto a un uso que contraría los postulados de esa moral. Sería una contradicción lógica afirmar que alguien está convencido de que es obligatorio algo que juzga perverso o inmoral. Sería como afirmar que tengo por obligatorio algo que considero, no sólo no obligatorio, sino reprochable.

Entendida la expresión “moral cristiana” como la moral social o moral general, es evidente que en casos excepcionales tendría validez como fuente del derecho una costumbre que no sea acorde con la moral general del país, pero que sea conforme con la moral de un grupo étnico y cultural en particular. Sería el caso, por ejemplo, de algunas tribus indígenas cuyas costumbres se basan en una moral diferente a la general de los colombianos. En virtud de los artículos 70., 246, 247 y 330 de la Constitución, los individuos que componen tales grupos, podrían invocar sus costumbres, acordes con su propia moral social.

No sobra, desde luego, advertir que la costumbre no puede ir contra la ley.

Sexta.- La Constitución de 1991 y la moral cristiana

Ahora bien: la Constitución de 1991 no es contraria a la moral cristiana. No hay uno solo de sus preceptos que pugne con lo que hoy se entiende por “moral cristiana” en Colombia. El hecho de haber desaparecido del preámbulo de la Constitución la referencia a la Iglesia Católica, Apostólica y Romana como “la de la nación” y como “esencial elemento del orden social”, no trae consigo un cambio en la moral social. Apenas ratifica la separación de la Iglesia y el Estado.

Pero aun aceptando que la referencia a la “moral cristiana” tenga una especial connotación religiosa, tampoco sería inconstitucional por este motivo el artículo 13 de la ley 153 de 1887. ¿Por qué? Sencillamente, por esto:

1o.- Pese a la ausencia de estadísticas exactas en este campo, como en otros, es un hecho incontrovertible que la religión Católica es la de la mayoría de la población.

2o.- Pero la religión Católica es sólo una de las iglesias cristianas, la mayor por su número, pero apenas una de ellas. Si a sus adeptos se suman los de las demás iglesias cristianas existentes en Colombia, la mayoría distaría de la unanimidad sólo un pequeño porcentaje.

3o.- La Constitución, como todas las que han existido en Colombia, está basada en la democracia liberal, uno de cuyos principios es el reconocimiento de las mayorías.

No puede, en consecuencia, ser contraria a la Constitución una norma que se limita a reconocer la moral de las mayorías.

El respeto a las minorías, también proclamado por el Liberalismo, no puede llegar hasta el extremo absurdo de pretender que las mayorías se sometan a ellas, o que renuncien al derecho de hacer prevalecer sus opiniones. Por ello, si en lugar de referirse a la moral de la mayoría de los colombianos, la ley pretendiera imponer a éstos la moral de una tribu indígena confinada en un remoto lugar de la selva amazónica, tal ley sí sería contraria a la Constitución.

4o.- Tampoco pugna el artículo acusado con la libertad religiosa que ha existido siempre en Colombia y que el artículo 19 de la Constitución consagra expresamente, como la consagraba el artículo 53 de la anterior.

Y no se ve cómo la referencia a la moral generalmente aceptada, pugne con la diversidad étnica y cultural reconocida por el artículo 7o. y con la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 13.

Tampoco se opone al artículo 95 en cuanto éste señala los “deberes de la persona y del ciudadano”, deberes que consultan los postulados de la moral generalmente aceptada por los colombianos.

Séptima.- El artículo 230 de la Constitución y el artículo 13 de la ley 153 de 1887

Está claro, de conformidad con lo expuesto, que la referencia a la “moral cristiana” que se hace en el artículo 13 de la ley 153 de 1887, no es contraria a la Constitución. Conviene, sin embargo, examinar la norma a la luz del inciso primero del artículo 230 de la misma Constitución, por esto:

Según el inciso primero del artículo 230, “Los jueces, en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley”. Por su parte, el artículo 13 dispone: “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”.

Como el derecho a que se refiere el artículo 13, es el derecho objetivo, la ley, es evidente que se está equiparando la costumbre que reúne algunos requisitos, a la ley. Pero, ¿tal equiparación no es contraria al precepto que somete a los jueces únicamente al imperio de la ley? Dicho en otros términos: ¿la mención a la ley en el inciso primero del artículo 230 de la Constitución, no excluye la costumbre?

Para responder este interrogante, es necesario reflexionar sobre el tema de la costumbre.

A) La costumbre

Al decir de Bonnet, “la costumbre es una regla de derecho que resulta de la unión de dos elementos: uno, de orden material, que consiste en la práctica por medio de la cual se resuelve, en una época dada y al margen de la ley, una dificultad jurídica determinada; el otro, de orden psicológico, constituido por la convicción en los que recurren a ella, o en los que la sufren, de su fuerza obligatoria. En suma, la costumbre es una regla de derecho que se constituye progresivamente bajo la influencia subconsciente de la noción de derecho y de

las aspiraciones sociales, o en otras palabras, de las fuentes jurídicas reales...” (“Elementos de Derecho Civil”, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana, México, 1985, tomo I, pág. 71).

La diferencia fundamental entre la costumbre y la ley, consiste en que la segunda se crea por un acto consciente de un órgano del Estado al cual le está atribuída la función de crearla, en tanto que la primera resulta de la conducta instintiva e inconsciente de la comunidad.

De la costumbre existe una clasificación generalmente aceptada, que tiene su origen en el derecho romano y se basa en la conformidad u oposición entre la ley y la costumbre:

a) Costumbre *secundum legem* es la norma que adquiere su carácter de tal, y, por consiguiente, su fuerza obligatoria, por la expresa referencia que a ella hace la ley. Es el caso de las reparaciones locativas, definidas por el artículo 1998 del Código Civil como “las que según la costumbre del país son de cargo de los arrendatarios”; o de la presunción simplemente legal de hacerse a prueba “la venta de todas las cosas que se acostumbra vender de ese modo”, presunción de que trata el inciso segundo del artículo 1879 del mismo código.

b) Costumbre *praeter legem* es la relativa a un asunto no contemplado por la ley dictada por el legislador.

c) Costumbre *contra legem* es la norma contraria a la ley creada por el Estado, ya se limite a la inobservancia de la misma, o establezca una solución diferente a la contenida en ella. Los dos casos implican que la ley escrita entra en desuso.

En Colombia, por expresa disposición del Código Civil, no es aceptable la costumbre *contra legem*. Establece el artículo 8o.: “La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley.

No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea”. Además, el artículo 246 de la Constitución que faculta a las “autoridades de los pueblos indígenas” para ejercer funciones jurisdiccionales de conformidad con sus propias normas y procedimientos, exige que éstos “no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”. E igual exigencia habría que hacer, en virtud del artículo 4o., en el caso de la conformación y reglamentación de los consejos que deben gobernar los territorios indígenas, según el artículo 330.

B) La costumbre en el código civil colombiano

Según lo recuerda el señor Claro Solar, en su proyecto Don Andrés Bello, bajo el influjo del antiguo derecho español y del derecho consuetudinario inglés, reconocía fuerza de ley a las costumbres que no fueran contrarias a la ley. Después, la Comisión Revisora optó por la solución restringida de permitir solamente la costumbre *secundum legem*, tal como lo estatuye el artículo 2o. del Código Civil chileno: “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”.

Al adoptarse el Código chileno por el Estado de Cundinamarca, que lo sancionó como su Código Civil el 8 de enero de 1859, se consagró el mismo principio en el artículo 3o.: “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que a ella se remite la lei”.

Dicho sea de paso, en el artículo 4o. del Código Civil de Cundinamarca se definió la costumbre y se le exigió un mínimo de vigencia temporal:

“Costumbre es la práctica o uso lícito de un pueblo o Distrito, o de la mayor parte de sus moradores, observado por un tiempo que no pase de diez años, salvo las restricciones que de este tiempo haga la lei en casos especiales”.

El Código Civil, adoptado en virtud del artículo 1o. de la ley 57 de 1887, consagró, en su artículo 8o., como ya se vió, una solución contraria: prohibir únicamente la costumbre *contra legem*.

En concordancia con el artículo 8o. citado, el artículo 13 de la ley 153 de 1887, reconoció fuerza de ley, al decir que “constituye derecho”, a la costumbre general y conforme con la moral cristiana, “a falta de legislación positiva”, es decir, a falta de ley creada por el Estado. Se aceptó, pues, la costumbre *praeter legem*. Entre paréntesis, hay que aclarar que se incurre en un error al considerar que la “legislación positiva” o “el derecho positivo” es solamente la ley dictada por el legislador. Si así fuera, las naciones en las cuales predomina el derecho consuetudinario carecerían de derecho positivo, o éste se reduciría a unas cuantas normas. No, el derecho positivo, que es lo mismo que derecho objetivo, es el conjunto de normas vigentes en un pueblo en un determinado momento. Por esta razón, el artículo 13 ha debido referirse a la “falta de legislación dictada por el legislador.”

En consecuencia, a la luz de los artículos 8o. del Código Civil, y 13 de la ley 153 de 1887, la situación de la costumbre es ésta:

a) Está prohibida la costumbre contra legem. Y hoy lo está, además, por el artículo 4o. de la Constitución, pues si hay que presumir que las leyes se ajustan a ella, la costumbre que contraría una ley, indirectamente contraría la Constitución.

b) Quedan la costumbre praeter legem y la costumbre secundum legem.

El examen, pues, en relación con el inciso primero del artículo 230 de la Constitución, puede limitarse a estas dos clases de costumbre.

C) ¿De dónde viene la fuerza obligatoria de la costumbre?

En el caso de la ley dictada por el legislador, su fuerza obligatoria, su calidad de tal, nace del proceso en el cual el órgano del Estado al cual le está atribuída la función de crearla, la adopta. Por ejemplo, es la Constitución la que en el artículo 150 asigna al Congreso la potestad de “hacer las leyes”.

Pero el Congreso hace las leyes en virtud del poder que el pueblo le ha delegado. Así hay que entenderlo no sólo en virtud de toda la teoría democrática, sino por la expresa declaración de la Constitución. En efecto:

En el preámbulo se dice que EL PUEBLO de COLOMBIA, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios, “decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia”.

Y en el artículo tercero se dice:

“La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.

En tratándose de la costumbre, es ostensible que su fuerza obligatoria viene directamente de la comunidad, es decir, del pueblo, sin que pueda hablarse de que éste delega su poder. Así como los hechos sociales llevan al legislador a dictar la ley escrita, esos mismos hechos, en

ocasiones, constituyen la ley por sí mismos. No tendría sentido a la luz de la democracia reconocerle valor a la ley hecha por los representantes del pueblo, y negársela a la hecha por el pueblo mismo, que es la costumbre.

En apoyo de esta tesis, pueden citarse algunas autoridades.

El profesor Jean Carbonnier llega a afirmar que, en una democracia, la costumbre procede del Estado:

“En cambio, es más acusada la contraposición entre la ley -como Derecho consciente y voluntario- y la costumbre en calidad de Derecho inconsciente e instintivo. La costumbre no procede de la voluntad estatal. ¿Procede acaso del Estado? ¿Se la puede calificar de mecanismo estatal, tal como se hizo con la ley? Si se identifica al Estado con los gobernantes, por contraposición a la masa de los gobernados, debe responderse negativamente, pues no parece que la costumbre traiga su origen de lo alto, de los que gobiernan, sino de abajo, de la masa de los súbditos. Únicamente en un Estado popular, esto es, en una democracia, no existe separación entre gobernantes y gobernados, por lo menos en teoría, y puede decirse que la costumbre procede del Estado en el sentido de que no procede del individuo; la costumbre, pues, al igual que la ley, tiene su origen en la comunidad. La costumbre es, por otra parte, un mecanismo estatal, a causa de que crea derechos sancionados mediante su ejercicio judicial. El Estado, valiéndose de sus jueces, dispensa a la costumbre el apoyo de la fuerza y su violación, al igual que la violación de la ley, apareja una sanción coactiva”. (Derecho Civil, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1960, tomo I, vol. I, pág. 25).

Lo expuesto coincide con lo que se ha afirmado: la costumbre, creada por el pueblo, recibe su fuerza obligatoria del pueblo mismo.

D) La Constitución de 1991 y la costumbre

De otra parte, hay que afirmar con toda claridad que negarle al pueblo la posibilidad de crear el derecho objetivo representado en la costumbre, sería ir en contra de los principios de la Constitución de 1991 en lo relativo a la democracia participativa. Y sería paradójico que la costumbre, permitida por las constituciones anteriores que consagraban la democracia representativa, estuviera proscrita en la actual.

Se dirá que la Constitución establece las formas en que el pueblo puede participar en la expedición de las leyes, y que por esto es innecesaria la costumbre, porque los ciudadanos pueden buscar la expedición de una ley con su mismo contenido. Este argumento podría tener alguna validez en relación con las costumbres extendidas por toda la nación y que interesen a la mayoría o a un gran sector de la población. Pero, hay costumbres regionales o locales, generalizadas solamente en uno o dos departamentos. En estos casos, ¿qué posibilidad real tendrían los interesados en lograr la adopción de una ley? ¿Y por qué extender, por medio de una ley, una costumbre local a toda la nación?

Además, si el Estado “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”, no es posible sostener que la Constitución prohíbe la costumbre. En la cultura de una comunidad están comprendidas sus costumbres en sentido jurídico. Con razón se ha dicho que Colombia es un país de regiones, pero más propio sería afirmar que en Colombia coexisten muchos países cuya suma es la nación, que tiene en la diversidad cultural una de las razones de su existencia y de su fuerza.

Tal es la fuerza de la costumbre, que hay quienes sostienen que ella alcanza a derogar la ley que le es contraria. Entre nosotros, como ya se advirtió, esto no es posible, por expresa prohibición legal, aunque fácilmente puede comprobarse la existencia de leyes que el paso del tiempo ha excluído de la vida social. Con razón escribía Josseland: “En fin, al atribuir a las leyes perennidad, salvo abrogación que resulte de una ley más reciente, se llega a resultados inesperados y bastante ridículos: se sabe, entonces que nuestro Código Civil se llama en realidad Código Napoleón, por no haberse abrogado jamás el decreto de 1852 que le confirió aquel nombre, y que los fumadores caen bajo el peso de la ley penal, porque una ordenanza de 1634 que había establecido la prohibición de fumar no ha sido nunca derogada. En realidad, el tiempo acaba con todo, hasta con lo ridículo: “Hasta los dioses se mueren”, y lo mismo ocurre con las leyes; se gastan a la larga por el uso y se hunden en el olvido, lo mismo que las instituciones y las palabras”. (“Derecho Civil”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. Aires, 1952, tomo I, volumen I, pág. 107).

E) Razón de ser del inciso primero y segundo del artículo 230 de la Constitución

Para la Corte Constitucional es claro que el inciso primero del artículo 230 no tuvo la finalidad de excluir la costumbre del ordenamiento jurídico. Lo que se buscó fue afirmar la autonomía

de los jueces, poner de presente que su misión se limita a aplicar el derecho objetivo, haciendo a un lado toda consideración diferente y todo poder extraño. La Corte así lo definió en sentencia de octubre 28 de 1993:

“17. Rechazada la tesis de los actores de limitar el vocablo “ley” que aparece en el primer inciso del artículo 230 de la CP al concepto de ley en sentido formal y establecido que su campo semántico no es otro que el de la totalidad del ordenamiento jurídico, resta precisar el propósito de la norma constitucional.

“18. La enfática prescripción del artículo 230 de la CP -“los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”-, tiene el sentido de rodear a la actividad judicial de una plena garantía de independencia funcional frente a la intromisión de cualquier otro órgano público o privado. La factura reactiva de la garantía revela el indicado designio. La necesidad de la independencia judicial se deriva del sentido y alcance de la actividad sentenciadora de los jueces, la que se sujeta únicamente al ordenamiento jurídico estructurado a partir de la Constitución, sus principios y valores superiores y aplicado al caso concreto en términos de verdad y de justicia.

“La misión que la Constitución confía a los jueces de aplicar el derecho con miras a la vigencia de un orden justo (CP. art. 2), sólo es posible si ellos no son objeto de interferencias, presiones, instrucciones procedentes del ejecutivo, del legislativo, de los partidos, de las partes, en suma, si se asegura que la única voz que pueden escuchar y atender sea la voz del ordenamiento jurídico. De ahí que la garantía se construya proclamando que la única fidelidad que liga al juez en su delicada tarea de investigar la verdad y decir el derecho sea aquélla que lo vincula con el ordenamiento jurídico.

“Sin perjuicio de la existencia de instancias y recursos, el juez aplica el derecho de acuerdo con su propia conciencia y convencimiento, basado desde luego en una determinada cultura científica y observando las reglas de la sana crítica. No está atado el juez por los precedentes judiciales ni, en principio, por las órdenes de sus superiores. La aplicación preferente de la Constitución, de otra parte, debe llevarlo a inaplicar las normas jurídicas que sean incompatibles con aquélla”. (Sentencia No.C-486, de octubre 28 de 1993, Magistrado Ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

En síntesis, nada autoriza una interpretación diferente del artículo 230. Y no sobra advertir

que habrá casos en que el juez deba aplicar los principios generales del derecho, que el inciso segundo llama criterios auxiliares, haciendo a un lado el texto de la ley, para no incurrir en el pecado que señala el aforismo latino: derecho estricto, injusticia suprema. Se dice esto para indicar que no puede considerarse al juez como un autómatas, esclavo de la norma estricta.

No sobra advertir que, en la misma sentencia citada, la Corte rechazó la tesis según la cual el artículo 230 se refiere a la ley en sentido formal y excluye la costumbre. Por el contrario: por ley debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo.

F) Razones especiales en cuanto a la costumbre secundum legem

Lo dicho hasta ahora permite afirmar que el artículo 13 de la ley 153 de 1887 en cuanto reconoce fuerza de la ley a la costumbre *praeter legem*, no es contrario a la Constitución.

Y con mayor razón puede decirse que la costumbre *secundum legem* se ajusta a la Constitución, porque en este caso su fuerza proviene de la propia ley que se remite a ella. Es lo que sucede, por ejemplo, en los artículos 3o. y 9o. del Código de Comercio que ya la Corte Constitucional declaró exequibles en la sentencia C-486, citada. En tratándose de la costumbre *secundum legem*, la propia ley se completa con la costumbre a que se refiere, como si formara un todo con ella.

VII.- CONCLUSION

VIII.- DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

DECLARASE EXEQUIBLE el artículo 13 de la ley 153 de 1887, entendiéndose que la expresión “moral cristiana” significa “moral general” o “moral social”, como se dice en la parte motiva de esta sentencia.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta Constitucional.

JORGE ARANGO MEJIA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia No. C-224/94

MORAL CRISTIANA/MORAL SOCIAL (Salvamento de voto)

La expresión “conforme a la moral cristiana” contenida en el artículo 13 de la ley 153 de 1887 es manifiestamente contraria a la Constitución, ya que condiciona el alcance de una fuente de derecho – la costumbre – a su conformidad con una específica concepción religiosa, privilegiándola. La Corte pretende demostrar que no existe tal privilegio, equiparando la moral cristiana con la moral social, no percatándose que, por esta vía, no sólo niega la diversidad étnica y cultural de la Nación, sino que desvirtúa los propios códigos de conducta de la moral cristiana al identificarlos con la moral social. La Corte inaugura una peculiar dicotomía en materia de control constitucional al encontrar conforme a la Constitución una norma legal por el hecho de que, a su juicio, reconoce la realidad social, dejando a salvo, en calidad de excepciones a la regla general, aquellas situaciones excluidas de los beneficios de la ley por tener un expreso fundamento constitucional.

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA-Efectos (Salvamento de voto)

Si todas las interpretaciones de la norma son contrarias a la Carta Política, la única alternativa para la Corte es declarar la inexecutable pura y simple de la norma impugnada. No es lógico que la Corte diga que un enunciado normativo A es constitucional siempre y cuando lo entendamos como no A, puesto que allí simplemente se estaría declarando inexecutable este enunciado normativo. Por consiguiente, si se efectúa una declaratoria de constitucionalidad condicionada pero de manera tal que lo declarado constitucional resulta inaplicable y pierde toda eficacia jurídica por los condicionamientos que se imponen a la interpretación de la norma, entonces se ha efectuado una declaración de inexecutable a pesar de la apariencia formal del fallo de constitucional condicionada.

COSTUMBRE COMO FUENTE DE DERECHO (Salvamento de voto)

La Corte declara constitucional una norma que estatuye que la costumbre *praeter legem* puede ser fuente de derecho, siempre y cuando ella sea general y conforme con la moral cristiana. Pero, acto seguido, considera necesario indicar, tanto en la parte motiva como en la

parte resolutive de la sentencia, que en realidad la costumbre no tiene que ser conforme con la moral cristiana sino con la moral social. La Corte declara constitucional la expresión pero volviéndola inaplicable como tal, puesto que, según la sentencia, tal enunciado normativo simplemente está reiterando que la costumbre, constituye derecho, a falta de legislación positiva, siempre y cuando sea costumbre. Tal decisión puede llevar a algunos jueces a pensar que la costumbre tiene que ser general para ser fuente de derecho, cuando esta Corporación había reconocido que en materia de derecho privado la costumbre podía ser local y no obstante servir como fuente de derecho. Y la sentencia de la que disintimos puede también hacer creer a los jueces que ellos deben comparar la costumbre con una etérea moral social a fin de determinar su legitimidad constitucional como fuente de derecho, cuando, como creemos haberlo mostrado, la conclusión que deriva de la sentencia es que la Corte ha señalado que la costumbre, siempre y cuando pueda ser considerada jurídicamente como costumbre, constituye derecho a falta de legislación positiva.

MORAL CRISTIANA (Salvamento de voto)

La Constitución de 1991 no invoca ninguna forma de moralidad religiosa, por lo cual la referencia a la moral cristiana establecida por la ley de 1887 constituye una discriminación contra otras formas de moralidad religiosa que pueden ser diversas a la cristiana pero conformes con la Constitución. Quienes suscribimos este salvamento reconocemos que entre la moral cristiana y los valores reconocidos por la Constitución hay numerosos puntos de contacto, en gran parte porque una y otra se fundamenta en el reconocimiento de la dignidad intrínseca de la persona humana. También aceptamos que la gran mayoría de los colombianos se proclaman como cristianos. Sin embargo, es una petición de principio deducir de lo anterior, como lo hace la Corte, que la moralidad cristiana, la moralidad social y los valores constitucionales coinciden integralmente. La expresión demandada “conforme con la moral cristiana”, no sólo viene a contraer en demasía a la costumbre como fuente supletiva del derecho, sino que, además resulta una imposición, rechazada por la Carta Política actual.

COSTUMBRE-Características (Salvamento de voto)

No compartimos tampoco la interpretación que acogió la Sala del artículo 13 acusado, según la cual “la costumbre, además de ser conforme con la moral cristiana, debe ser general. Si es

general, y a la vez conforme con la moral cristiana, es porque esta es también la moral general". Dos elementos trae la norma para que la costumbre, según lo dispone constituya derecho: el primero, que sea general, es decir, que exista en cuanto tal en todo el territorio del Estado; y el segundo, que sea conforme con la moral cristiana. Luego una costumbre puede ser general según la norma, y si no es conforme con la moral cristiana, no constituirá derecho, es decir, no podrá ser tenida como fuente del derecho. Interpretación ésta no sólo impuesta por la exégesis sino también por la teleología del precepto, y no se pueden, como de manera ligera y desatinada lo hace la sentencia, invertir los efectos de lo general que trae el precepto, para concluir de allí, que la moral general es también la moral cristiana. No quiere esto decir que no constituya la moral cristiana un basamento de la sociedad colombiana, tanto por sus contenidos como por su amplia aceptación, sino simplemente que el nuevo orden constitucional otorga a las confesiones religiosas no cristianas un tratamiento igualitario.

MORAL-Universalidad (Salvamento de voto)

Es cierto que la diversidad de opiniones morales individuales no es una razón para desvirtuar el absolutismo axiológico. Sin embargo, si con ello se quiere decir que el fundamento de la universalidad moral no depende del acuerdo entre los hombres, es decir, no puede ser lograda por medio de la razón, entonces se está negando el sustento racional del iusnaturalismo y, en consecuencia, se está acudiendo a otro fundamento de tipo teológico o metafísico, que tampoco resulta claro, si se tiene en cuenta que la moral universal – como lo dice la sentencia – es la que “prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia”. Cuando se afirma, entonces, que “la moral es una pero sus manifestaciones cambian en razón de la diversidad de las sociedades en el espacio y en el tiempo”, se está enunciando una oración en la cual el predicado contradice el sujeto, de la misma manera como la diversidad es contraria a la unidad. Ahora bien, si la decisión mayoritaria no quiso involucrarse en estos difíciles problemas de filosofía moral, sino más bien defender una posición normativa a la luz de la Constitución colombiana, entonces su razonamiento tendría más sentido, como aceptación de la diversidad moral y cultural. Sin embargo, en esta perspectiva sería necesario asumir que sus conclusiones conducen justamente a lo opuesto de lo que se pretendía demostrar.

MORAL-Principio de las mayorías (Salvamento de voto)

MAYO 5 DE 1994

Ref.: D- 439

Demanda de inconstitucionalidad del artículo 13 de la ley 153 de 1887

Actor:

ALEXANDRE SOCHANDAMANDOU

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ARANGO MEJIA

Los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz respetuosamente disentimos de la decisión de la Corte que declaró exequible el artículo 13 de la Ley 153 de 1887 que establece que “la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”. Las razones para no compartir el fallo de la Corte pueden agruparse en cuatro aspectos, a saber: 1) naturaleza y contenido de la norma demandada; 2) declaración de su constitucionalidad condicionada; 3) inconstitucionalidad material de la expresión “conforme a la moral cristiana”; 4) confusión de perspectivas frente a la relación entre derecho y moral.

1- Naturaleza y contenido de la norma demandada

El artículo 13 de la ley 153 de 1887 es una norma de rango legal expedida hace ya más de un siglo. Se trata de una norma que reconoce que la costumbre es fuente de derecho en ciertas circunstancias – ausencia de legislación positiva – y cuando cumple con determinadas condiciones – ser general y conforme a la moral cristiana -. La constitucionalidad del artículo demandado, no obstante, depende de hasta dónde la regulación legal de la fuerza jurídica de la costumbre es compatible con la nueva Constitución.

La Carta Política de 1991 imprime una impronta pluralista y respetuosa de la diversidad étnica y cultural al orden jurídico (CP preámbulo, arts. 1, 7), en contraposición a la adscripción del Estado a una determinada fe religiosa como sucedía en la Constitución de 1886, una de cuyas leyes de desarrollo fue la ley 153 de 1887. En efecto, la superación del

Estado federal, instaurado en la Constitución radical de Rionegro (1863), y la necesidad de forjar una unidad nacional, una de cuyas bases debía ser la religión católica, reconocida constitucionalmente como “la religión de la Nación colombiana”, son factores político-jurídicos que explican el condicionamiento de la fuerza jurídica de la costumbre a su generalidad y conformidad con la moral cristiana. Otro es, sin embargo, el contexto jurídico-político en el que fue expedida la Constitución de 1991 y los valores esenciales en los que se inspiró el Constituyente para regular la libertad de conciencia, de religión, de cultos, el pluralismo, la diversidad étnica y cultural y la igualdad de todas las confesiones religiosas ante la ley.

La expresión “conforme a la moral cristiana” contenida en el artículo 13 de la ley 153 de 1887 es manifiestamente contraria a la Constitución, ya que condiciona el alcance de una fuente de derecho – la costumbre – a su conformidad con una específica concepción religiosa, privilegiándola.

La Corte pretende demostrar que no existe tal privilegio, equiparando la moral cristiana con la moral social, no percatándose que, por esta vía, no sólo niega la diversidad étnica y cultural de la Nación, sino que desvirtúa los propios códigos de conducta de la moral cristiana al identificarlos con la moral social. Dice la Corte: “ La expresión “moral cristiana” designa la “moral social”, es decir, la moral que prevalecía y prevalece en la sociedad colombiana”. De esta forma, el condicionamiento legal a la costumbre acaba legitimado por el hecho de que la “realidad social” es como la ley de 1887 la describe, y no porque ésta sea compatible con los principios de neutralidad del orden jurídico en materia religiosa, de pluralismo, de tolerancia frente a la diferencia, de diversidad étnica y cultural y de igualdad de las todas las confesiones religiosas. Se opera, con la prestidigitación de la Corte, una inversión del orden jurídico, al pasar a depender la constitucionalidad de una norma legal de la realidad empírica, de manera que ésta se convierte en regla general y los preceptos constitucionales en excepción, como se desprende de lo afirmado por la Corte pretendiendo salvar la contradicción:

“Entendida la expresión ‘moral cristiana’ como la moral social o moral general, es evidente que en casos excepcionales tendría validez como fuente del derecho una costumbre que no sea acorde con la moral general del país, pero que sea conforme con la moral de un grupo étnico y cultural en particular. Sería el caso, por ejemplo, de algunas tribus indígenas cuyas

costumbres se basan en una moral diferente a la general de los colombianos. En virtud de los artículos 7, 246, 247 y 330 de la Constitución, los individuos que componen tales grupos, podrían invocar sus costumbres acordes con su propia moral social” (negritas no originales).

En síntesis, la Corte inaugura una peculiar dicotomía en materia de control constitucional al encontrar conforme a la Constitución una norma legal por el hecho de que, a su juicio, reconoce la realidad social, dejando a salvo, en calidad de excepciones a la regla general, aquellas situaciones excluidas de los beneficios de la ley por tener un expreso fundamento constitucional.

2- Una declaración de inconstitucionalidad bajo la forma de constitucionalidad condicionada.

La sentencia declara exequible la norma impugnada pero de manera condicionada, puesto que señala en la parte resolutive que debe entenderse que “la expresión “moral cristiana” significa “moral general” o “moral social”, como se dice en la parte motiva de esta sentencia”. A nuestro parecer, y con todo respeto, esta decisión de la Corte es lógicamente inconsistente.

Para ello conviene recordar que el efecto de una declaratoria de inexequibilidad es el de retirar del ordenamiento jurídico una norma, mientras que el efecto de una constitucionalidad condicionada es el de mantenerla dentro del ordenamiento, pero precisando qué interpretaciones de la misma son conformes con la Constitución. Esto significa que una declaración de constitucionalidad condicionada se justifica sólo si es necesario excluir ciertas interpretaciones y aplicaciones de la norma revisada por contrariar la Constitución, manteniendo otras que sí se ajustan al ordenamiento constitucional. Si todas las interpretaciones de la norma son contrarias a la Carta Política, la única alternativa para la Corte es declarar la inexequibilidad pura y simple de la norma impugnada. No es lógico que la Corte diga que un enunciado normativo A es constitucional siempre y cuando lo entendamos como no A, puesto que allí simplemente se estaría declarando inexequible este enunciado normativo. Por consiguiente, si se efectúa una declaratoria de constitucionalidad condicionada pero de manera tal que lo declarado constitucional resulta inaplicable y pierde toda eficacia jurídica por los condicionamientos que se imponen a la interpretación de la

norma, entonces se ha efectuado una declaración de inexecutableidad a pesar de la apariencia formal del fallo de constitucional condicionada.

Esto sucede precisamente en el caso sub-examine. En efecto, la Corte declara constitucional una norma que estatuye que la costumbre *praeter legem* puede ser fuente de derecho, siempre y cuando ella sea general y conforme con la moral cristiana. Pero, acto seguido, considera necesario indicar, tanto en la parte motiva como en la parte resolutive de la sentencia, que en realidad la costumbre no tiene que ser conforme con la moral cristiana sino con la moral social.

Luego de reducir la moral cristiana – entendida como conjunto de normas de conducta acogidas por las doctrinas cristianas – a la moral social, la Corte realiza una nueva reducción al afirmar que la moral cristiana no es más que la reiteración de uno de los elementos de la costumbre. En efecto, para la Corte esa referencia a la moral cristiana – entendida como moral social – no es más que una reiteración de uno de los elementos integrantes de la costumbre: la llamada “*opinio iuris*”, según la cual para que una práctica social pueda ser considerada costumbre, desde el punto de vista jurídico y no sociológico, es necesario no sólo que ella sea reiterada sino además que las personas la consideren obligatoria, esto es que sea conforme con el sentido social de moralidad prevaleciente en una sociedad en un momento determinado. La sentencia expresamente sostiene que la “referencia hecha en el artículo 13, a la moral cristiana, no implica, como pudiera pensarse, una exigencia de carácter dogmático que suponga un privilegio para esa moral frente a otras. Significa más bien, la referencia a uno de los elementos constitutivos de la costumbre, la ‘*opinio iuris*’, según la cual la costumbre, para que sea jurídica, debe generar en la comunidad que la observa, la convicción de la obligatoriedad”.

Sin embargo, al hacer estas dos precisiones, la Corte ha incurrido en una contradicción lógica, puesto que ha decidido mantener en el ordenamiento normativo la expresión “conforme a la moral cristiana” a la cual quita toda eficacia normativa. En efecto, el sentido normativo de esta expresión es el de agregar una condición a la costumbre para que ésta pueda ser fuente de derecho, ya que, según el mandato de esta norma, no basta que exista la costumbre, que ésta sea general y que no exista ley positiva para que ella pueda ser fuente de derecho. Es necesario, además, que ella sea conforme a la moral cristiana. En cambio, la Corte declara constitucional la expresión pero volviéndola inaplicable como tal,

puesto que, según la sentencia, tal enunciado normativo simplemente está reiterando que la costumbre, constituye derecho, a falta de legislación positiva, siempre y cuando sea costumbre. En efecto, para la Corte, reiteramos, la expresión conforme a la moral cristiana debe ser entendida como conforme a la moral social; y esto último constituye simplemente una reiteración de uno de los elementos integrantes de la costumbre, la *opinio iuris*.

Ello explica porque, contra toda previsión lógica a la luz del texto y la norma demandada, se afirma en la sentencia que la moral de un grupo étnico y cultural particular que no sea acorde con la moral general del país tendría validez como fuente de derecho. En efecto, aquí la Corte reconoce que la costumbre puede ser fuente de derecho sin ser general o sin ser conforme a la moral cristiana, incluso si ésta se entiende como moral general del país. ¿En dónde queda entonces la exigencia normativa declarada constitucional por la sentencia, según la cual la costumbre debe ser general y conforme con la moral cristiana?

Por todo lo anterior creemos que la sentencia ha otorgado un mero valor simbólico de constitucionalidad a una expresión que ha sido declarada materialmente inconstitucional. No podemos compartir esa decisión, no sólo por su inconsistencia argumentativa sino porque creemos que lo más negativo de un fallo de esta naturaleza es que esta inconsistencia lógica puede tener efectos perjudiciales en la práctica jurídica. En efecto, tal decisión puede llevar a algunos jueces a pensar que la costumbre tiene que ser general para ser fuente de derecho, cuando esta Corporación había reconocido, en sentencia C-486/93, que en materia de derecho privado la costumbre podía ser local y no obstante servir como fuente de derecho. Y la sentencia de la que disentimos puede también hacer creer a los jueces que ellos deben comparar la costumbre con una etérea moral social a fin de determinar su legitimidad constitucional como fuente de derecho, cuando, como creemos haberlo mostrado, la conclusión que deriva de la sentencia es que la Corte ha señalado que la costumbre, siempre y cuando pueda ser considerada jurídicamente como costumbre, constituye derecho a falta de legislación positiva.

3- La inconstitucional material de la expresión “conforme a la moral cristiana”.

Consideramos que tal exigencia era explicable en el contexto histórico de su expedición, en el año 1887, puesto que en tal época acababa de ser expedida la Constitución de 1886 que, en su artículo 38 consagraba que la “Religión Católica, Apostólica, Romana es la de la

Nación; los Poderes Públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social”. Igualmente, el artículo 40 de esa Constitución establecía que “es permitido el ejercicio de todos los cultos que no sean contrarios a la moral cristiana ni a las leyes. Los actos contrarios a la moral cristiana o subversivos del orden público, que se ejecuten con ocasión o pretexto del ejercicio de un culto, quedan sometidos al derecho común”.

Esto significa que la Constitución de 1886, si bien no establecía una religión oficial, sí constitucionalizaba los mandatos éticos del cristianismo, puesto que no sólo la religión católica era un elemento integrante del orden social sino que, además, los actos contrarios a la moral cristiana quedaban sometidos al derecho común. Era pues razonable que la ley exigiera como requisito de legitimidad constitucional de la costumbre su conformidad con la moral cristiana.

En cambio, la Constitución de 1991 no invoca ninguna forma de moralidad religiosa, por lo cual la referencia a la moral cristiana establecida por la ley de 1887 constituye una discriminación contra otras formas de moralidad religiosa que pueden ser diversas a la cristiana pero conformes con la Constitución.

La sentencia busca eludir esa discriminación con dos argumentos. De un lado, estableciendo una constitucionalidad condicionada, según la cual la moral cristiana debe ser entendida como la moral social general. Pero, como mostramos en el punto anterior, ello equivale a declarar inconstitucional, sin decirlo, la expresión cristiana. De otro lado, la Corte considera que esa moral cristiana es la de las mayorías, por lo cual “no puede, en consecuencia, ser contraria a la Constitución una norma que se limita a reconocer la moral de las mayorías”.

Quienes suscribimos este salvamento reconocemos que entre la moral cristiana y los valores reconocidos por la Constitución hay numerosos puntos de contacto, en gran parte porque una y otra se fundamenta en el reconocimiento de la dignidad intrínseca de la persona humana. También aceptamos que la gran mayoría de los colombianos se proclaman como cristianos. Sin embargo, es una petición de principio deducir de lo anterior, como lo hace la Corte, que la moralidad cristiana, la moralidad social y los valores constitucionales coinciden integralmente.

De un lado, hay múltiples morales cristianas, que tienen a veces puntos de conflicto. No son

idénticas en todos los aspectos las morales del anglicanismo, del catolicismo o del presbiterianismo, por no citar sino tres ejemplos. Y sin embargo todas ellas son cristianas.

De otro lado, empíricamente hay elementos en los cuales existe un amplio divorcio entre algunas formas de la moral católica – que podríamos decir que es la iglesia cristiana mayoritaria en nuestro país – y la moral social. Así, por no citar sino un ejemplo, el catecismo de la Iglesia Católica prohíbe todo método anticonceptivo diverso a la continencia o al llamado método Ohino. Según la Iglesia, “es intrínsecamente mala toda acción que, o en previsión del acto conyugal, o en su realización, o en el desarrollo de sus consecuencias naturales, se proponga como fin o como medio, hacer imposible la procreación” (Catecismo de la Iglesia Católica. 2370). Ahora bien, en la práctica, es conocido que una gran mayoría de colombianos, a pesar de reconocerse como católicos, recurren a métodos de planificación familiar diversos a los de la Iglesia.

Era inescapable concluir con el actor y el concepto fiscal que la expresión “conforme a la moral cristiana” contenida en el artículo 13 de la ley 153 de 1887, contradice los artículos 1º, 7º, 13 y 19 de la Constitución. La norma demandada no se ajusta al carácter laico, no confesional, del Estado Social de Derecho ni al pluralismo político sobre el que está erigido el orden jurídico del país. Constituye, a la vez, un paradójico respeto de la diversidad étnica y cultural (CP art. 1º), sustraerle a las costumbres no conformes con la “moral cristiana” la posibilidad de regular la vida social o comunitaria de culturas incompatibles con preceptos morales específicos, como serían aquellas tradiciones en las que la poligamia define los vínculos familiares. Además, el hecho de que sólo las prácticas sociales que se inscriban dentro de una específica moral, en ausencia de legislación positiva, tengan la virtud de regular en forma obligatoria el comportamiento, vulnera el principio de igualdad entre confesiones religiosas (CP art. 19), al otorgar mayor valor normativo a las creencias históricamente dominantes sobre otras creencias portadoras de preceptos morales diferentes, las que acaban siendo discriminadas al no otorgárseles, sin una justificación objetiva y razonable, fuerza jurídica alguna (CP art. 1).

La expresión demandada “conforme con la moral cristiana”, no sólo viene a contraer en demasía a la costumbre como fuente supletiva del derecho, sino que, además resulta una imposición, tal como se señaló atrás, rechazada por la Carta Política actual.

No compartimos tampoco la interpretación que acogió la Sala del artículo 13 acusado, según la cual “la costumbre, además de ser conforme con la moral cristiana, debe ser general. Si es general, y a la vez conforme con la moral cristiana, es porque esta es también la moral general”. Dos elementos trae la norma para que la costumbre, según lo dispone constituya derecho: el primero, que sea general, es decir, que exista en cuanto tal en todo el territorio del Estado; y el segundo, que sea conforme con la moral cristiana. Luego una costumbre puede ser general según la norma, y si no es conforme con la moral cristiana, no constituirá derecho, es decir, no podrá ser tenida como fuente del derecho. Interpretación ésta no sólo impuesta por la exégesis sino también por la teleología del precepto, y no se pueden, como de manera ligera y desatinada lo hace la sentencia, invertir los efectos de lo general que trae el precepto, para concluir de allí, que la moral general es también la moral cristiana.

No quiere esto decir que no constituya la moral cristiana un basamento de la sociedad colombiana, tanto por sus contenidos como por su amplia aceptación, sino simplemente que el nuevo orden constitucional otorga a las confesiones religiosas no cristianas un tratamiento igualitario, como en su oportunidad lo expresamos en los debates que antecedieron a la decisión.

4- Confusión de perspectivas frente a la relación entre derecho y moral

4.1 ¿ Es la moral universal e inmutable ?. Con el objeto de resolver semejante problema – que ha dividido a la filosofía del derecho desde sus orígenes – la sentencia reúne citas de Confucio, Kant y Recasens Siches, para llegar a la conclusión de que la moral social es la que “prevalece en cada pueblo, en su propia circunstancia”. Entendida así – dice la sentencia – la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social.

Lo primero que se pregunta un lector apenas iniciado en estos temas, es si la aseveración de la Corte tiene fundamento constitucional o simplemente se trata de una afirmación teórica e independiente del fundamento normativo.

Suponiendo que la intención de la mayoría hubiese sido la de limitarse a resolver un asunto puramente analítico y no normativo, las contradicciones saltan a la vista.

Para defender el carácter universal de la moral – que parece ser lo que pretende el fallo – es

necesario demostrar la universalidad de sus contenidos axiológicos. Cuando se afirma que la moral social es “la que prevalece en cada pueblo o circunstancia”, en primer lugar no se demuestra nada y, en segundo lugar, se postula una especie de historicismo esencialmente relativista en materia de valores, para cuya fundamentación – además- de nada sirven las citas de Confucio, Recassens y Kant.

Es cierto que la diversidad de opiniones morales individuales no es una razón para desvirtuar el absolutismo axiológico. Sin embargo, si con ello se quiere decir que el fundamento de la universalidad moral no depende del acuerdo entre los hombres, es decir, no puede ser lograda por medio de la razón, entonces se está negando el sustento racional del iusnaturalismo y, en consecuencia, se está acudiendo a otro fundamente de tipo teológico o metafísico, que tampoco resulta claro, si se tiene en cuenta que la moral universal – como lo dice la sentencia – es la que “prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia”

Cuando se afirma, entonces, que “la moral es una pero sus manifestaciones cambian en razón de la diversidad de las sociedades en el espacio y en el tiempo”, se está enunciando una oración en la cual el predicado contradice el sujeto, de la misma manera como la diversidad es contraria a la unidad.

Ahora bien, si la decisión mayoritaria no quiso involucrarse en estos difíciles problemas de filosofía moral, sino más bien defender una posición normativa a la luz de la Constitución colombiana, entonces su razonamiento tendría más sentido, como aceptación de la diversidad moral y cultural. Sin embargo, en esta perspectiva sería necesario asumir que sus conclusiones conducen justamente a lo opuesto de lo que se pretendía demostrar.

4.2 Así como el fallo se refiere a la universalidad de la moral en términos teóricos para solucionar un problema que es normativo, cuando expone la importancia del principio de las mayorías utiliza un criterio normativo para solucionar un asunto que es de naturaleza sociológica o fáctica.

El criterio mayoritario es un mecanismo esencial para dirimir conflictos y opiniones relacionados con asuntos que requieren de una posición unificada institucionalmente. La moral, en cambio, como manifestación individual o colectiva, en principio no necesita de ningún trámite encaminado a la unificación o al consenso y cuando ello sucede la cuestión moral se subsume dentro de un asunto jurídico o político.

La moral no puede ser sometida al principio de las mayorías, simplemente porque ella no es negociable, ni siquiera conciliable. Una cosa es que la moral pueda ser el fundamento de una opción política y otra diferente es que la política pueda ser el criterio para solucionar divergencias de tipo moral.

Por eso la utilización del principio normativo de las mayorías no tiene sentido cuando se aplica a un ámbito social e individual en el cual la Constitución postula la libertad.

Al aceptar la diversidad moral se descarta toda diferenciación fundada en la legitimidad de las mayorías. La aceptación del pluralismo – incluso político – entraña el derecho igual de todas las manifestaciones a participar. Esta igualdad cultural, política o moral, no desconoce la posibilidad de que en un juego político alguna de ellas adquiera mayor legitimidad que las otras. Sin embargo, dicha legitimidad es posterior y no afecta de ninguna manera el derecho de las minorías a mantener su propia entidad y a no confundirse con los vencedores.

Fecha ut supra,

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

Salvamento de voto a la Sentencia No. C-224/94

COSTUMBRE (Salvamento de voto)

Dentro de un sistema legislado, la costumbre puede consagrarse expresamente como fuente formal subsidiaria y autónoma (como en Colombia durante la vigencia de la Constitución de 1886), tolerarse en esa misma condición (como en Inglaterra) o excluirse. Empero, cuando se consagra expresamente o se tolera, está subordinada a la legislación mas no deriva de ella. En eso consiste su status de fuente a la vez subsidiaria y autónoma (no reductible a la legislación). Desde esta particular perspectiva, entonces, la costumbre no sólo no queda

comprendida dentro del concepto ley sino que se le opone, del mismo modo que el proceso consuetudinario, inconsciente, se opone al proceso legislativo en tanto que ejercicio de la reflexión, encaminado a la creación de la norma.

COSTUMBRE COMO FUENTE DE DERECHO/PLEBISCITO/REFERENDUM (Salvamento de voto)

Carece de fuerza convincente el argumento aducido en la sentencia, según el cual resultaría incongruente que una Constitución informada de una filosofía de participación democrática, excluyera la costumbre como fuente formal de derecho. Precisamente, la diferencia más significativa entre la Constitución anterior y la actual, consiste en la mayor participación que ésta le confiere al pueblo, en tanto que sujeto del poder soberano, para contribuir de manera efectiva a la formación de la voluntad estatal, concretada en la iniciativa legislativa y en las demás instituciones propias de la democracia directa recogidas en nuestra Carta Política, tales como el plebiscito y el referéndum, encaminadas a crear derecho por la vía que el Constituyente juzgó más adecuada y pertinente, a saber: la legislativa. Porque no hay duda, en mi sentir, de que ante el dilema de cuál es el camino más expedito hacia la regulación justa de la conducta humana, el racional o el instintivo, el Constituyente optó por el primero. Resulta claro que es la legislación la que puede responder ágil y oportunamente a las necesidades sociales nuevas, que permanentemente se suscitan y que no pueden esperar al lento discurrir del tiempo generador de la costumbre, porque cuando ésta llega a ser tal, ya las necesidades son otras.

DERECHO-Factor de Progreso (Salvamento de voto)

El derecho ha de ser no sólo factor de conservación sino también -y ante todo- de progreso. No ha de consistir su función en preservar supersticiones insensatas sino en propiciar pautas razonables de conducta que contribuyan a informar de mayor reflexión y de menos instinto la acción humana.

A propósito de la sentencia C-486/93, expuse las razones de mi disensión tendientes a demostrar que la costumbre *praeter legem* desapareció de nuestro ordenamiento por inconstitucionalidad sobreviniente. Juzgo oportuno reiterarlas ahora en la sentencia C-224/94.

En ese salvamento de voto se dijo:

“1. Me parece claro que el artículo 230 de la Carta Política hace alusión a las fuentes formales del derecho con el objeto de fijarlas de modo taxativo y de conferirles rango constitucional. Cuando dice, entonces, que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley” (subrayo) se refiere a la norma jurídica que surge del proceso legislativo, acepción ésta que no comprende la costumbre, norma resultante del proceso consuetudinario, sino que precisamente la excluye.

En el inciso segundo, el mismo artículo se refiere a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, para atribuirles la función de “criterios auxiliares de la actividad judicial”, no de fenómenos capaces de generar normas válidas. Desde luego, habría podido reconocerles esa capacidad generadora, pero justamente se abstuvo de hacerlo, proclamando el carácter eminentemente legislativo de nuestro ordenamiento. Tal decisión de la voluntad constituyente puede enjuiciarse como plausible o censurable, según las preferencias, pero no es descabellada ni carente de consistencia lógica.

2. Argüir que cuando la ley consagra la costumbre *praeter legem* como fuente formal subsidiaria, al aplicar ésta el juez se fundamenta en la autoridad de aquélla, es desconocer el tipo de relación jerárquica que existe entre ley y costumbre cuando ambas se consagran como fuentes, la primera como principal y la segunda como subsidiaria.

En una obra, aún joven y no obstante ya clásica, “El concepto de Derecho” H.L.A. Hart esclarece el punto en los siguientes términos: “Es importante distinguir entre esta subordinación relativa de un criterio a otro y la derivación, ya que como consecuencia de confundir estas dos ideas se ha logrado algún fundamento espurio para el punto de vista de que todo el derecho es “esencialmente” o “realmente” (aunque más no sea que en forma tácita) el producto de la legislación. En nuestro sistema la costumbre y el precedente están subordinados a la legislación, puesto que las reglas consuetudinarias y las reglas del common law pueden verse privadas de su status de derecho, por una ley” (tal como ha sucedido hasta ahora en Colombia con la costumbre). Y continúa: “Sin embargo ellas no deben su status de derecho, por precario que éste sea, a un ejercicio tácito de potestad legislativa, sino a la aceptación de una regla de reconocimiento que les acuerda ese lugar independiente aunque subordinado.”¹

Entre nosotros, esa regla de reconocimiento está explícitamente formulada. Es el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, que -por vía de disposición general- estatuye: “La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”. Es claro que en otros ordenamientos (en el inglés v.gr.) no está explícitamente formulada, pero no está excluida por el derecho legislado como juzgo que ha ocurrido en Colombia, precisamente, en virtud del artículo 230 de la Carta.

En síntesis: dentro de un sistema legislado, la costumbre puede consagrarse expresamente como fuente formal subsidiaria y autónoma (como en Colombia durante la vigencia de la Constitución de 1886), tolerarse en esa misma condición (como en Inglaterra) o excluirse (como a mi juicio ha sucedido bajo la vigencia de la actual Carta Política). Empero, cuando se consagra expresamente o se tolera, está subordinada a la legislación mas no deriva de ella. En eso consiste su status de fuente a la vez subsidiaria y autónoma (no reductible a la legislación). Desde esta particular perspectiva, entonces, la costumbre no sólo no queda comprendida dentro del concepto ley sino que se le opone, del mismo modo que el proceso consuetudinario, inconsciente, se opone al proceso legislativo en tanto que ejercicio de la reflexión, encaminado a la creación de la norma.

3. Es que por más que se estime importante la operancia de la costumbre dentro de un ordenamiento, ella no deja de ser un factor meramente contingente del mismo. Su existencia está condicionada a que la forma de creación consuetudinaria del derecho esté reconocida expresa o tácitamente como un mecanismo apto para incorporar nuevas normas al sistema jurídico o para privar de ese status a las ya existentes, bajo determinadas condiciones. Afirmar que ella es inherente a cualquier ordenamiento, equivale a postular limitaciones de orden metafísico a la voluntad del constituyente, lo que se aviene mal con una concepción del derecho racional y desacralizada.

4. De ordinario, a las posturas que proclaman la inherencia de la costumbre a cualquier sistema de derecho positivo, subyace el misticismo sociológico de la escuela historicista, que tras un lenguaje pretendidamente científico y de vocación democrática, escamotea un trascendentalismo vergonzante de inequívoco signo retardatario. Basta recordar la célebre controversia entre Antonio Thibaut y F.C. Savigny² (a principios del siglo XIX), en la que el segundo entona el epinicio del derecho consuetudinario cifrando la búsqueda de la justicia no en un proceso intencional, consciente y deliberado, emprendido por los hombres, sino en un

oscuro discurrir subterráneo e instintivo del “espíritu del pueblo” que de modo imperceptible iría señalando los cauces indiscutibles de la conducta humana.

Los argumentos de Savigny, en su replica a Thibaut, son reproducción fidedigna, en el reino de lo jurídico, de los que había utilizado Edmund Burke en su requisitoria contra el racionalismo triunfante en la revolución francesa, tan brillantemente defendido por Thomas Paine, en un plano estrictamente político.

Que Burke, visible adalid del moderno conservadurismo, defendiera las instituciones decantadas de un proceso milenario, puede controvertirse desde una perspectiva ideológica, pero no exige mayores esfuerzos explicativos en presencia de los hechos históricos. Más complejo, sin duda, es defender la acción benéfica de los procesos irracionales en comunidades que aún no han logrado, por razones que ni siquiera es preciso aducir, su identidad cultural. En estas, parece razonable pensar que la reflexión aplicada a la búsqueda de formas adecuadas de relación y convivencia, constituya un factor de progreso más eficaz que el ciego instinto.

5. En ese orden de ideas, carece de fuerza convincente el argumento aducido en la sentencia, según el cual resultaría incongruente que una Constitución informada de una filosofía de participación democrática, excluyera la costumbre como fuente formal de derecho.

Es que, precisamente, la diferencia más significativa entre la Constitución anterior y la actual, consiste en la mayor participación que ésta le confiere al pueblo, en tanto que sujeto del poder soberano, para contribuir de manera efectiva a la formación de la voluntad estatal, concretada en la iniciativa legislativa y en las demás instituciones propias de la democracia directa recogidas en nuestra Carta Política, tales como el plebiscito y el referéndum, encaminadas a crear derecho por la vía que el Constituyente juzgó más adecuada y pertinente, a saber: la legislativa. Porque no hay duda, en mi sentir, de que ante el dilema de cuál es el camino más expedito hacia la regulación justa de la conducta humana, el racional o el instintivo, el Constituyente optó por el primero.

6. Es altamente controvertible el argumento, invocado por el ponente, de que la costumbre flexibiliza el derecho positivo. Más bien los hechos parecen abonar la conclusión contraria. Basta con examinar la noción de costumbre jurídica en función de sus dos

elementos constitutivos: *inveterata consuetudo et opinio juris seu necessitatis*, para advertir que la condición esencial para que ella surja es, justamente, el transcurso de un largo tiempo en virtud del cual se crea en la conciencia de los individuos que constituyen la comunidad, la convicción de que la práctica largamente repetida es jurídicamente vinculante.

En respaldo de la tesis contraria es pertinente citar a Hart, quien al analizar el paso gradual de un ordenamiento jurídico primitivo e imperfecto, constituido sólo por reglas primarias de obligación (casi siempre de carácter consuetudinario) a uno evolucionado y maduro, integrado no sólo por éstas sino también por las secundarias o de reconocimiento, luego de examinar un primer defecto del hipotético ordenamiento primitivo, consistente en la falta de certeza, derivada de no saberse a ciencia cierta cuáles son las reglas aplicables a una situación concreta, observa: “Un segundo defecto es el carácter estático de las reglas. El único modo de cambio de éstas conocido por tal sociedad será el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos, se transforman primero en habituales o usuales, y luego en obligatorios; y el inverso proceso de declinación, cuando las desviaciones, tratadas al principio con severidad, son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas. En tal sociedad no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas; porque, también aquí, la posibilidad de hacer esto presupone la existencia de reglas de un tipo diferente a las reglas primarias de obligación, que son las únicas que rigen la vida de esta sociedad”.³

Resulta claro, entonces, que es la legislación la que puede responder ágil y oportunamente a las necesidades sociales nuevas, que permanentemente se suscitan y que no pueden esperar al lento discurrir del tiempo generador de la costumbre, porque cuando ésta llega a ser tal, ya las necesidades son otras.

7. Desde luego, no puede tampoco dejar de mencionarse la desventaja (también aludida por Hart) de las normas consuetudinarias con respecto a las legislativas, consistente en que las primeras son, con mayor frecuencia, generadoras de incertidumbre, mientras las segundas aportan seguridad jurídica y no es ésta, ciertamente, un valor desdeñable.

Si aún acerca del llamado *corpus* de la costumbre (la práctica antigua) pueden suscitarse

dudas: ¿sí existe la práctica? ¿Desde cuándo? ¿Puede considerarse antigua su existencia? ¿A partir de cuándo puede decirse que una práctica es antigua?, muchas más dudas, desde luego, plantea el animus o elemento psicológico: ¿En qué consiste la convicción de obligatoriedad? ¿Si se trata de una convicción social, que tan extensa ha de ser? ¿Puede sentirse una persona jurídicamente obligada (dentro de un sistema predominantemente legislativo) por una regla cuya existencia misma es cuestionable y que no ha sido formulada por el legislador? ¿Debe el juez compartir esa convicción o, mejor aún, ha de ser ésta preferentemente suya?.

Las anteriores preguntas son apenas una pequeña muestra de las incertidumbres que el derecho consuetudinario puede originar y que refuerzan las razones que subyacen a una norma como el artículo 230 superior, según la interpretación que de él se hace en el presente salvamento de voto, que puede no ser del todo descabellada.

8. Empero, vale la pena aclarar que las precedentes argumentaciones, no afectan en nada la verdadera función que la costumbre (a secas), cumple en el derecho, a saber, la de servir de fuente material de primer orden. Porque si el legislador pretende que su tarea tenga sentido y que las normas que formule incidan en la realidad (sean eficaces) ha de estar atento a la realidad social cuyo control le incumbe. Y esa realidad se manifiesta de modo preponderante en prácticas sociales que van arraigando y cuya conveniencia y rectitud compete evaluar al legislador, en función de los fines que, dentro del amplio esquema que la constitución le ofrece, juzgue conveniente perseguir. Porque no todas las prácticas han de ser propiciadas, así tengan la virtualidad de generar esa situación gaseosa e inasible nombrada con palabras que participan de esa misma connotación: *Opinio juris*. El derecho ha de ser no sólo factor de conservación sino también -y ante todo- de progreso. No ha de consistir su función en preservar supersticiones insensatas sino en propiciar pautas razonables de conducta que contribuyan a informar de mayor reflexión y de menos instinto la acción humana.

Me parece que así puede interpretarse la voluntad constituyente y que esa voluntad es plausible, progresista, propiciatoria de certeza y nada incompatible con la búsqueda de un orden justo dentro de un ambiente participativo y democrático.

Fecha ut supra.

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

1El concepto de derecho, Abeledo – Perrot, 1968, págs. 126 y ss.

2Tribaut – Savigny, La Codificación, Aguilar, 1970.

3 Hart, El concepto de derecho, pág. 115.