

¿EXISTEN ELEMENTOS DE BENTHAM Y AUSTIN EN LA DEFINICIÓN DE LEY EN EL CÓDIGO CIVIL?¹

ARE THERE ELEMENTS FROM BENTHAM AND AUSTIN IN THE DEFINITION OF STATUTE IN THE CIVIL CODE?

Carlos Amunátegui Perelló*

Resumen:

El presente artículo analiza la definición de ley del art. 1° del Código Civil, intentando establecer sus fuentes. Al respecto, encontrará que su aparato formal la liga con reflexiones teóricas que, en último término, pueden vincularse con las ideas de John Austin y Jeremy Bentham.

Palabras clave:

Ley, Bentham, Control Constitucional, Soberanía.

Abstract:

This article analyses the definition of statute from article 1 of the Civil Code in order to establish its sources. In doing so, it will find that its formal apparatus links it with the theoretical approximations of John Austin and Jeremy Bentham.

¹ Artículo recibido el 15 de octubre de 2024 y aceptado el 13 de marzo de 2025.

* Doctor en Derecho Patrimonial por la U. Universidad Pompeu Fabra. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Pontificia U. Católica de Chile.  0000-0002-7063-2770. Dirección postal: Alameda 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: camunate@uc.cl.

Key words:

Statute, Bentham, Constitutional Control, Sovereignty.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo intenta establecer la posible influencia de la obra de Jeremy Bentham en la definición de ley que Bello incluye en el primer artículo de su Código Civil. Para ello, intentará establecer las fuentes que Bello utilizó en la composición del artículo, dividiéndolo en tres partes, la ley como declaración de voluntad, la ley en su relación con la Constitución y la ley en sus funciones, de mandar, permitir y prohibir, puesto que cada una de estas partes tiene su propio conjunto de fuentes. En ellos, descubriremos algunas interesantes conexiones entre la codificación de Bello y las ideas de Bentham, las cuales terminen por prefigurar algunas de las teorías que paralelamente desarrollará John Austin, uno de los positivistas más destacados del siglo XIX. El método utilizado en cada una de sus partes será histórico crítico, avanzando desde el texto al contexto histórico que le sirve de fundamento.

En el ámbito de las codificaciones decimonónicas, resulta inusual que un Código Civil contenga una definición de la ley. En efecto, ni el *Landrecht* prusiano, ni el *Code Napoléon*, ni el *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)*, ni el Código de las Dos Sicilias, ni el de Holanda de 1838, ni el Sardo de 1837, ni otros códigos menores² contienen definición alguna de este tipo. En este sentido, la idea de establecer una definición de la ley, en general, dentro de un Código Civil, parece una excentricidad de la codificación de Bello. Sólo dos códigos vigentes a la época de la redacción del Código de Bello contenían definiciones de la ley. El primero, es el Código de las Luisianas, que incluye la siguiente definición en sus artículos 1° y 2°:

2 Podemos mencionar entre ellos el Código del Gran Ducado de Baden de 1839, ni el Código Belga de 1831, ni el Código de Bolivia de 1843, ni el de Dinamarca, ni el de Módena de 1852, ni el de Berna, ni el de Friburgo, ni el de Valais de 1833, ni el de Neuchatel de 1834, ni el del cantón de Soleure de 1848, ni el del cantón de Zurich, contemplan una definición de ley.

Art. 1° La loi est une déclaration solennelle de la volonté législative.

Art. 2° La loi ordonne, elle permet, elle défend elle annonce des récompenses et peines. Elle dispose en général, non sur des cas rares ou singuliers, mais sur ce qui se passe dans le cours ordinaire des choses.

El otro es el Código del Cantón de Tesino de 1838 que señala lo siguiente:

Art. 1° La loi est une disposition générale sanctionnée par les représentants du peuple dans les limites et dans les formes prescrites par l'acte constitutionnel.

En cualquier caso, tal idea tiene un cierto asidero en la tradición didáctica occidental, toda vez que todos los códigos civiles del siglo XIX siguen el modelo institucional gayano-justiniano³. Dicho modelo metodológico, muy posiblemente obra del misterioso jurista de época antonina conocido por nosotros como Gayo⁴, consiste en estructurar la enseñanza del Derecho entorno a tres preguntas fundamentales⁵, quién puede ejercer el derecho (personas, libro I), sobre qué se ejerce el derecho (cosas –libro II, desde 1 hasta el párrafo 99–, donde primero se trata de las corporales y la propiedad, para luego pasar a las incorporales, comenzando por los derechos en cosas ajenas, para luego pasar a las herencias –libro II, párrafo 99 hasta libro III, par–87–, y rematar en las obligaciones –libro III, 88 *in fine*) y, finalmente, cómo se ejerce el derecho (las acciones, en el libro IV). Tal modelo didáctico pasó a la tradición occidental toda vez que Justiniano –o su comisión compiladora, más bien– decidió seguirlo al redactar sus propias Instituciones, dentro del monumental esfuerzo legislativo que resultó en la redacción del *Corpus Iuris*.

3 Al respecto, por todos, véase GUZMÁN (2009), pp. 30-33.

4 Las conjeturas acerca de la personalidad de Gayo son muchas. Van desde un jurista provincial, a un maestro menor de una escuela o, incluso, una mujer, tal vez hija de algún importante jurista, que es nuestra interpretación favorita. Véase WACKE (2008), pp. 63-83. Acerca de Gayo en general, véase: HONORÉ (1962), pp. 12 y ss.

5 GROSSO (1974), p. 5 y GUZMÁN (2008), pp. 2438-2447.

Ahora bien, con el surgimiento del racionalismo en el siglo XVII, el modelo gayano-justiniano fue estimado como un modelo racional, y hasta natural, de organizar los conocimientos jurídicos, por lo que las exposiciones didácticas e incluso académicas de la época tendieron a organizar el tratamiento del derecho privado siguiendo dicho esquema institucional⁶. Tal sistemática fue transmitida a los códigos civiles del siglo XIX, que tendieron a organizarse en cuatro libros, el primero dedicado a las personas, el segundo a los bienes, el tercero a las sucesiones y el cuarto a contratos y obligaciones, toda vez que el tratamiento de las acciones fue relegado a un estudio separado. Considerando que tanto las Instituciones de Justiniano (I. 1.1-2), como las entonces perdidas Institutas de Gayo (Gai 1.1-7) comienzan con una suerte de estudio breve y preliminar sobre el Derecho y sus fuentes, es que la mayor parte de los textos generales sobre el estudio del derecho organizados bajo el esquema institucional hacían lo mismo. En este sentido, la mayor parte de los códigos del siglo XIX solían incluir un título preliminar donde se explicitaban algunas características de la ley, como su vigencia, la necesidad de su publicación y otras particularidades tales. En este sentido, si las características de la ley o su imperio quedaron positivizadas en los diversos códigos civiles, no es por el carácter supletorio de tal rama del Derecho, sino porque la tradición jurídica plurisecular romanista solía tratarlos ahí, a modo introductorio.

No obstante, la mayor parte de las codificaciones del siglo XIX no optaron por definir la ley, sino simplemente por regular sus efectos. La definición de ley, en este sentido, parece una particularidad de las codificaciones inspiradas en la obra de Bello, antes que un fenómeno común en el movimiento codificador de dicha época. Ahora bien, en cuanto a la historia textual de esta definición, la encontramos por primera vez en el Proyecto de 1853 que, como se sabe, fue el primer proyecto completo de Código Civil que fue presentado al gobierno de Chile por el propio Bello, después que la comisión

⁶ Al respecto, véase GROSSI (2010), p. 62.

codificadora de la que formara parte se disolviese, por haber muerto sus integrantes⁷. En su artículo primero disponía⁸: “La lei es una declaracion de la voluntad soberana, que manda, prohíbe o permite”.

La disposición recién transcrita presenta alguna de las características que finalmente quedarán en el texto final del artículo, como es la mención acerca de que la ley es una declaración de la voluntad soberana, y también las funciones que eventualmente ejecutaría, esto es, el mandar, el prohibir y permitir, pero en ella no aparece mención alguna a la necesidad de sujeción a las formas establecidas por la Constitución.

Un poco más adelante, leemos en el llamado Proyecto Inédito⁹ la siguiente redacción¹⁰: “La lei es una declaracion de la voluntad soberana, constitucionalmente expedida, que manda, prohíbe o permite.”

Adicionalmente, agrega en nota al pie una referencia a *Lei 7, D. De legibus*, que se refiere a Digesto 1.3.7, sobre el cual volveremos más adelante.

Aquí, sí encontramos una referencia expresa a la constitucionalidad de la ley, aunque dicha mención difiere de aquella vigente en Chile, tal disposición parece encaminada en la misma ruta que la redacción final. Finalmente, el

7 Para la historia del Proyecto de 1853, véase GUZMÁN (1982), pp. 341-343.

8 BELLO (1888), p. 3. Toda las citas de los proyectos serán realizadas en ortografía Bello, según se utilizaba oficialmente en Chile en la época.

9 El Proyecto Inédito es un texto que, en verdad, nunca existió. Fue compuesto por Amunátegui Reyes a partir de las anotaciones manuscritas encontradas en cuatro ejemplares del Proyecto de 1853 que fueron utilizadas por la Comisión Revisora que fue nombrada para que corrigiese tal texto a fin de ser presentado el proyecto para su aprobación en el Congreso. No se sabe a quién perteneció cada uno de los ejemplares, pero en uno de ellos se leen las iniciales O.C., por lo que sería posible atribuirlo a don Gabriel Ocampo, quien habría actuado como secretario de la comisión. Miguel Luis Amunátegui Reyes editó estas notas en uno solo volumen y las publicó en el tomo XIII de sus obras completas. Véase: GUZMÁN (1982), pp. 370-375, t. I.

10 BELLO (1932), p. 41.

texto que termina por entrar en vigencia en 1856 en Chile señala: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”¹¹.

En cualquier caso, a fin de analizar la definición, podemos dividirla en tres partes distintas que apuntan en tres direcciones diferentes. La primera es el género al que pertenecería la ley, a las declaraciones de voluntad soberanas. La segunda sería la necesidad de ceñirse al orden constitucional vigente. La tercera parte indica las funciones de la ley, mandar, prohibir y permitir. Cada una de ellas parece tener fuentes distintas, por lo que el análisis separado se encontraría justificado.

2. DECLARACIÓN DE LA VOLUNTAD SOBERANA

La fuente evidente de esta parte de la disposición es, efectivamente, el art. 1° del Código de las Luisianas¹². La idea que la ley es esencialmente un acto de voluntad es antigua, y puede rastrearse sin problemas hasta San Agustín, que afirma sin ambigüedad que la ley no obligaría si no fuese voluntad (*ne lex iuberet, nisi esset voluntas* Ep. 177.5). Ahora bien, la idea que la ley es un acto de voluntad colectivo se encuentra firmemente enraizada en la mentalidad liberal de comienzos del siglo XIX. En último término, podemos sindicar al propio Montesquieu como uno de sus principales difusores. Al efecto, en su clásico *L'esprit de le lois* (1.3) señala, respecto a las leyes civiles, que:

11 La redacción final tomada por el Código Civil de Colombia –art.4° del Código Civil– difiere de la redacción chilena en varios puntos algunos importantes, otros de mera redacción. En primer término, la oración de Bello es descompuesta en dos, separadas ambas por un punto seguido. Así, se suprime “que”, a continuación de la palabra soberana, a fin de mejorar la lectura de la misma, se reemplaza la palabra “prescrita” por “prevenida” y se agrega la voz “Nacional” a continuación de “Constitución”. Ahora bien, el cambio más sustantivo se manifiesta en la segunda oración, donde se señala que el carácter general de la ley no sería sólo mandar, prohibir o permitir, sino también castigar. Las raíces de esta diferencia son profundamente filosóficas, por lo que deberemos explicarlas detalladamente un poco más adelante.

12 *La loi est une déclaration solennelle de la volonté législative.*

*Les forces particulières ne peuvent se réunir sans que toutes les volontés se réunissent. La réunion de ces volontés, dit encore très bien Gravina, est ce qu'on appelle l'état civil*¹³.

En este sentido, la concepción de los actos de legislación como una suerte de manifestación de voluntad común al interior del Estado, parecen formar parte del acervo cultural propio de la Ilustración, al cual tanto Bello, como el legislador de Luisiana parecen simplemente adherir. La idea rival, fruto de la tradición tomista y suarista sobre la razón como elemento fundamental de la ley, no se encuentra esbozada en esta tradición¹⁴. Ahora bien, parece existir una diferencia importante entre la idea de voluntad soberana y voluntad legislativa que uno y otro cuerpo manifiestan. La voluntad legislativa y soberana difieren, en cuanto a que la primera es común a toda entidad de gobierno que tiene facultades normativas, sea que se constituya como una unidad totalmente independiente o que sea parte de una federación, confederación o imperio, mientras que la soberanía es propia de una entidad que no reconoce pertenencia a ninguna otra asociación superior.

En este sentido, hablar de soberanía implica independencia, mientras que la mera facultad legislativa no. Así, la afirmación del Código de las Luisianas es coherente con la integración de tal territorio dentro de una federación de estados superior, como son los Estados Unidos de Norteamérica, mientras que la derivación de la ley directamente de la soberanía se condice con la independencia de que Chile goza. Así, el artículo en comento refuerza la idea de independencia de los territorios que una vez formaron parte de la Corona de Castilla en Sudamérica, mientras que la voluntad legislativa es

13 MONTESQUIEU (1772).

14 La clásica definición de la q. 90 art. 4 de la *Summa Theologica* es tradicionalmente tomada como punto de partida: *quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*.

Podría agregarse al respecto la definición contemplada en las Siete Partidas de ley (P. 1.T.1): En estas razones que se muestran todas las cosas cumplidamente según son en el entendimiento que han sido llamadas leyes.

No obstante, al menos para la obra tomista, debemos recalcar que el Aquinate suele utilizar la voz ley como sinónimo de Derecho. Al respecto, véase STRAUSS (1952), 1.3515.

acorde con la incorporación de Luisiana a la federación norteamericana. En cualquier caso, Bello mismo se encarga de aclarar el significado de la voz soberanía en su Tratado de Derecho Internacional, donde declara que la soberanía consiste en la independencia de una nación, y precisamente en que no recibe leyes de otra¹⁵ por lo que el poder legislativo es “actual y esencialmente el soberano”¹⁶. Es más, descompone la soberanía en dominio, en cuanto se refiere al poder del Estado sobre cosas, e imperio, cuando rige sobre personas¹⁷ por lo que la idea queda perfectamente aclarada.

Por último, debemos señalar que la idea de Derecho de Bello, en muchos puntos, parece estar fuertemente influida por las concepciones de Jeremy Bentham sobre la materia. No puede olvidarse que precisamente fue contratado por James Mill para pasar en limpio los desordenados manuscritos de Bentham, que postulaba la construcción de un código universal –el *pannomion*– y que es el creador de tanto la palabra codificación, como del sintagma Derecho Internacional¹⁸.

En efecto, la influencia de Bentham en Bello es interesante de rastrear, toda vez que Bello efectivamente enseñó un curso privado de Legislación Universal bajo el modelo benthamita¹⁹, e incluso escribió un tratado de filosofía –su Filosofía del Entendimiento²⁰– de corte utilitarista. Ahora bien, no obstante la evidente influencia en materia filosófica y teórica, es difícil rastrear una directa tradición benthamita en materia jurídica. No obstante, la definición de ley parece ser uno de los pocos casos en que tal figura se manifiesta, toda vez que es Bentham el primero que vincula la voluntad y la soberanía de una manera explícita, al estilo de la definición del Código Civil: *A law may be defined as an assemblage of signs declarative of a volition conceived or adopted by the sovereign in a state*²¹.

15 BELLO (1886), p. 28.

16 *Ibid.*, p. 29.

17 *Ibid.*, p. 84..

18 Vid. JANIS (1984), p. 405.

19 Por todos, vid: VICENCIO (2021), pp. 39 y ss.

20 BELLO (1881).

21 BENTHAM (1945) p. 88.

El fragmento es interesante, sobre todo por la vinculación entre voluntad y soberanía a través de la cual delimita la ley, que Bentham es el primero en realizar. Hasta su época, la vinculación era usualmente con el poder legislativo, antes que con la soberanía. Pero esto no es todo, Bentham²², un par de páginas más adelante se dedica a discutir la diferencia entre asociar la ley al poder soberano y al legislativo para concluir:

Such are various sorts of expressions of will to which men would be apt for one reason or other to deny the appellation of a law: such therefore are the points in which the definition here given of that such important word outstretches the idea which common usage has annexed to it²³.

El lector atento habrá notado que la obra que extractamos se publicó sólo en 1945, es decir ochenta años después de la muerte el propio Bello, toda vez que se trata de una edición de manuscritos inéditos pertenecientes a Bentham realizada por Charles Warren Everett. No obstante, dado el conocimiento personal entre ambos, y el hecho que el propio Bello estuvo justamente encargado de realizar el trabajo de puesta en limpio de los manuscritos de Bentham, la influencia es posible, aunque no demostrable. En cualquier caso, las ideas de Bentham penetraron en otro autor importante del siglo XIX que manifiesta expresiones que particularmente resuenan armónicas con aquellas señaladas con Bello. Este es John Austin, uno de los teóricos de Derecho más relevantes e influyentes del positivismo científico. Al respecto, Austin, al igual que Bello, fija la soberanía como fuente de la ley, señalando, al igual que Bello, que esta no es otra cosa que una sociedad política independiente²⁴. Es interesante recalcar que Austin, al igual que Bello, se formó jurídicamente en el círculo de pensadores utilitaristas que orbitaban entorno a las figuras de Jeremy Bentham y James Mill. En este sentido, parecen haber bebido ambos de las mismas aguas. Veremos que la sincronía entre ambos no se limita a la soberanía.

22 BENTHAM (1945), pp. 90-96.

23 Ibid., p. 96.

24 AUSTIN (1998), pp. 191 y ss.

3. LEY Y CONSTITUCIÓN

Hoy resulta una obviedad que la ley debe ceñirse a la Constitución. No obstante, a la época de la redacción del texto del Código Civil esto no resultaba del todo prístino. En primer término, vale la pena recordar que la redacción del Código de la Luisianas no contempla tal requerimiento de constitucionalidad. Ahora bien, el Código del Cantón de Tesino²⁵ sí emplea la expresión exacta de la que se sirve la redacción que entró en vigencia en Chile en 1856 del Código de Bello –*dans les formes prescrites par l'acte constitutionnel*.

Resulta interesante verificar que a lo largo de los proyectos la disposición fue experimentando variaciones que la van acercando a la idea de sujeción de la ley a la Constitución. En efecto, en la redacción del Proyecto de 1853 no se contempla la constitucionalidad como requisito de la ley, mientras que en el Proyecto Inédito figura una redacción más amplia (“constitucionalmente expedida”), que aquélla que finalmente fue adoptada por el Congreso chileno. En efecto, la sujeción de la ley a la Constitución fue, durante el siglo XIX, una materia algo atormentada. Recordemos que la idea de un Derecho sistemático y jerarquizado es obra del positivismo de la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del siglo XX, por lo que al redactarse la disposición en comento no existe, propiamente, una pirámide normativa que establezca una prelación clara en materia legislativa. El mismo Amunátegui Reyes, al comentar la fuerza vinculante de la ley llega a afirmar que: “no importa que se diga que la ley es injusta, inicua, absurda: no importa que se alegue que es inconstitucional; pues, en todo caso, tendrá que ser obedecida: *sic scripta est*”²⁶.

25 Art. 1° *La loi est une disposition générale sanctionnée par les représentants du peuple dans les limites et dans les formes prescrites par l'acte constitutionnel.*

26 AMUNÁTEGUI (1891), p. 174.

En este sentido, la sujeción de la ley a la Constitución es una idea que se encuentra en pleno desarrollo dentro de la ciencia jurídica europea a la época de la dictación del Código. Al efecto, mientras que en la legislación continental no habían aún surgido mecanismos eficaces de control de constitucionalidad, en el *common law* sí que despuntaba la idea de supervisión judicial sobre la constitucionalidad de las leyes. No es casual que el caso *Marbury v. Madison* se haya convertido tempranamente en el eje en torno al cual se construyó la idea de control de constitucionalidad. Al respecto, tales ideas llegan a Bello desde sus estudios de Derecho Internacional, de entre los que destaca su acucioso estudio de los *Commentaries* de James Kent, que fue una fuente que Bello conocía bien y de la que se sirvió en su redacción del Código, especialmente en este título preliminar²⁷. Ahí, en efecto, se encuentra una definición de ley –*statute*– similar a la utilizada por Bello²⁸ en el Proyecto Inédito, pero a continuación de ella se expresa la idea del control de constitucionalidad por el poder judicial, cuestión exótica a la mentalidad continental:

*In this [the United States], and all other countries where there is a written constitution, designating the powers and duties of the legislative, as well as of the other departments of the government, an act of the legislature may be void as being against the constitution. It must conform, in the first place, to the constitution of the United States, and then to the subordinate constitution of its own state, and if it infringes the provisions of either, it is void*²⁹.

Ahora bien, entre tanto, la idea relativa a una necesidad de sujeción a la constitución fue incorporada en términos bastante amplios por Bello a su definición de ley, al punto que en el Proyecto Inédito encontramos la referencia a la necesidad que la ley sea “constitucionalmente expedida”. Lo interesante de este precepto es que, en línea con lo establecido por la

27 *Ad ex*, en el art. 60 que define el domicilio y en el art. 593 relativo al mar adyacente, ambos en la numeración chilena.

28 *Statute law is the express written will of the legislature, rendered authentic by certain prescribed forms and solemnities.* KENT (1826), p. 419.

29 *Ibid.*, pp. 420 y 421.

jurisprudencia norteamericana, la sujeción no se limitaba a la forma, es decir, no se enmarca exclusivamente en la observancia de la ritualidad del proceso nomogenético, sino que parece, más bien, apuntar también al fondo.

Ahora bien, es justamente en este punto en que la redacción sufre un importante cambio, producto de la doctrina influyente francesa, que limita y morigera el control de constitucionalidad de las leyes. Durante el Antiguo Régimen, el poder normativo de los reyes fue sistemáticamente minado por los parlamentos franceses. Estos eran tribunales de apelación, establecidos teóricamente por el rey para imponer el derecho del real sobre las costumbres locales de carácter feudal. Existían trece en Francia y eran sumamente poderosos. En este contexto, cuando una ordenanza real era estimada contraria a los usos y costumbres constitucionales de Francia, los parlamentos de Francia se la representaban al rey, negándose a inscribirla como tal en sus registros. Ante ello, el rey podía emitir un decreto de insistencia y forzarlos a tal acto, pero en muchas ocasiones estos mismos parlamentos volvían a representar el decreto al rey a fin que aclarase su contenido, lo cual derivaba en un abierto conflicto de poderes. Al efecto, incluso en los días previos a la Revolución Francesa, una disputa entre Luis XVI y el Parlamento de París (1787-1788) se agrió hasta tal punto que, forzando la convocatoria de los Estados Generales, fue el antecedente inmediato de la Revolución.

A fin de cuentas, en el medio francés había una actitud eminentemente contraria a que los tribunales revisasen la constitucionalidad de fondo de las leyes. Esto se tradujo en que la idea de proceder a una revisión de la misma fuese dejada a órganos *ad hoc* de carácter político, como el senado consular francés de 1799³⁰ cuyos resultados fueron dudosos. En este sentido, el control constitucional en Francia devino en meramente formal, lo cual se tradujo en la idea que la ley debía respetar las formas constitucionalmente

30 Al respecto, la constitución consular de 1799 dispone en su artículo 20: *Article 21. Il [Sénat] maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou par le gouvernement: les listes d'éligibles sont comprises parmi ces actes.*

establecidas. Así, leemos en Delvincourt, “*Ce qui y est appelé proprement Loi, est un acte du Pouvoir législatif, rendu dans les formes prescrites par la Charte constitutionnelle*”³¹.

Y, a continuación, se dedica a describir el proceso nomogenético de la ley en su época, sin plantear ni por asomo la posibilidad de establecer la inconstitucionalidad de fondo.

La redacción, como se ve, es íntimamente similar a la del Código del Cantón de Tesino, y probablemente le ha servido de inspiración. La redacción definitiva del Proyecto de 1855 sigue de cerca a Delvincourt y termina por señalar que la ley es manifestada “en la forma prescrita por la Constitución”, redacción final que quedó en el Código de Chile. La redacción final que contempla el Código Civil de Colombia se aparta sutilmente de la chilena en este punto, escogiendo decir que la ley debe ser “manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional”, pero mantiene, en cualquier caso, el carácter formal de la sujeción de la ley a la Constitución, y será el desarrollo del constitucionalismo del siglo XX el que venga a crear un verdadero sistema de control de constitucionalidad.

4. MANDAR, PROHIBIR, PERMITIR O ¿CASTIGAR?

La presente es una de las diferencias más notables entre el Código de Chile y el de Colombia, puesto que, donde el primero sólo habla de mandar, prohibir o permitir, el segundo agrega castigar. La explicación es eminentemente histórica y sus consecuencias son relevantes para la Teoría del Derecho. En primer término, es aquí donde entra a jugar la mención realizada por Bello de D.1.3.7, en nota al pie de su Proyecto de 1853. La misma nos reenvía a un texto celeberrimo en la tradición jurídica: *Modestinus libro secundo regularum. Legis virtus hace est imperare vetare permitre punire*. [La fuerza de la ley es esta: mandar, prohibir, permitir y castigar].

31 DELVINCOURT (1834), p. 9.

Como se aprecia, Modestino indica cuatro funciones para la ley: mandar, prohibir, permitir y castigar. En este sentido, la tradición romanista tomó por descontado que estas cuatro son las funciones esenciales de la ley. Al efecto, este era un lugar común de la literatura de la época de la codificación señalar que la ley tenía estas cuatro misiones³².

No obstante, y a pesar del peso de la tradición, ya desde la primera tentativa de definición de ley, enunciada en el Proyecto de 1853, la omisión de la función de castigar figura notoriamente. Es más intrigante aún tal supresión, toda vez que Bello hace un reenvío en su nota al pie justamente al fragmento de Modestino. En verdad, en todo el cuerpo de escritos de Bello no hemos encontrado una explicación convincente para tal separación de la tradición. Una pista interesante se encuentra en uno de los ejemplares del Proyecto de 1855 –hoy en el archivo de la Universidad de Chile³³– que contiene notas manuscritas tomadas aparentemente por don Gabriel Ocampo, quien fue amigo cercano de Bello y actuó como secretario de la Comisión Revisora que reelaboró el Proyecto de 1853 para convertirlo en el Proyecto de 1855, efectivamente presentado al congreso. Junto al artículo 1º se lee una nota manuscrita presumiblemente de Ocampo lo siguiente: “Se ha suprimido el *punire*, porque la ley no castiga, sino que manda castigar.”³⁴

Como se observa, la nota nos reenvía específicamente a los *Eléments du Droit Civil Français* del célebre autor Victor–Napoléon Marcadé, donde podemos leer lo siguiente:

32 Así, por ejemplo, Domat señala: *L’usage et autorité de toutes les loix foit naturelles, ou arbitraires, consiste à ordonner, défendre, permettre, et puni. (cita a modestino) Par.19. Les loix repriment et punissent non seulement ce qui blesse évidemment le sens de leurs termes, mais encore tout ce qui paroissant n’avoir rien de contraire aux termes, blesseroit directement, ou indirectement leur intention, et tout ce qui seroit fait en fraude de la loy, et pour l’é luder.* DOMAT (1689), p. 12.

33 Disponible en línea en <https://libros.chile.cl/568>.

34 MARCADÉ (1844), introd. nº5.

Les Lois, en effet, se divisent en: 1° impératives ou perceptives; 2° prohibitives ou défensives; 3° facultatives ou permissives. [Aparte] Quant à la quatrième classe, qu'on ajoute ordinairement à ces trois premières, celle des lois pénales, elle n'existe pas comme distincte des trois autres... Une loi pénale n'est rien autre chose que le commandement qu'est enjoint aux fonctionnaires du pouvoir judiciaire, de prononcer, et à ceux du pouvoir exécutif d'infliger, telle peine, quand telle violation de loi sera légalement constatée; mais si c'est un commandement, c'est donc une loi impérative³⁵.

La nota es bastante interesante, toda vez que explicaría la aparente omisión de la voz castigar. De acuerdo a Marcade, las punitivas, esto es las penales, no serían un tipo distinto de las tres anteriores, toda vez que su función no sería más que mandar aplicar una pena. Aunque la pista es interesante, en verdad suscita dudas. Aunque Marcade fue un autor relevante a mediados del siglo XIX, su influencia en Bello parece mínima. En efecto, no figura mencionado en las notas de Bello de su Proyecto de 1853, ni en el Proyecto Inédito, ni en las fuentes detectadas en la edición con fuentes del Código de Bello³⁶, y ni siquiera ha sido establecido como fuente en ninguno de los artículos del Comentario Histórico-Dogmático al Libro IV³⁷. Por otra parte, la nota no pertenece a Bello, sino a Ocampo, y no figura en los ejemplares utilizados por Amunátegui Reyes para componer su Proyecto Inédito. Bien puede tratarse de una observación del propio Ocampo acerca de un texto encontrado con posterioridad a la redacción del Código Civil que vino a confirmar las ideas ya plasmadas en él, mas no ser determinante en la concepción de Bello.

35 MARCADE (1844), p. 18.

36 AMUNÁTEGUI (2019), pp. 31 y ss.

37 AMUNÁTEGUI (2023), pp. 21 y ss.

Otra posible fuente para esta omisión se encuentra en Delvincourt, quien sí influyó profundamente en Bello, e incluso en la misma redacción del precepto en cuestión, como ya hemos mencionado. Al respecto, señala: “[...] *la Loi ordonne, défend ou permet. De là, la division des Lois, en impératives, prohibitives, et facultatives*”³⁸.

En sus notas, al mismo respecto, profundiza: “*Nous observerons à l’égard de ces deux espèces de lois, impératives et prohibitives, que toute loi de ce genre doit contenir une sanction. On appelle ainsi, comme nous l’avons dit, la partie de la loi renfermant la peine qui doit être infligée au transgresseur*”³⁹.

Lo que se manifiesta en el texto de Delvincourt es la idea que toda ley implica la posibilidad de imponer un castigo cuando es transgredida, lo cual es significativo. En este sentido, no importaría si la ley manda, prohíbe o permite, cualquier transgresión a ella sería castigada, por lo que, en definitiva, toda ley sería coercitiva. Ahora bien, estas ideas tienen un sabor a positivismo clásico bastante pronunciado, hasta el punto que recuerdan a aquéllas expuestas por John Austin respecto a la coercitividad de la ley⁴⁰.

De conformidad a Austin, justamente todas las leyes son mandamientos (*commands*) que se encuentran respaldados por la capacidad coercitiva del soberano, y en este sentido se pueden distinguir las reglas morales de las jurídicas con nitidez. Ahora bien, al igual que en el caso de la soberanía, las ideas de Bentham pueden rastrearse en las de Austin, toda vez que el primero también entendía que la función de castigar es intrínseca a toda norma jurídica. En este sentido, llega a afirmar: “*In every law must be comprised two things: 1. A specification of the cases in which the punishment is to attach; 2. A specification of the punishment itself: without punishment, no such thing as law: without motive, no such thing as action*”⁴¹.

38 DELVINCOURT (1834), p. 10.

39 Ibid.

40 AUSTIN (1998), pp. 9 y ss.

41 BENTHAM (1945), p. 53.

Resulta significativo que tanto Bello como Austin muestren ideas sincrónicas entorno a aspectos relevantes de la noción de ley, como son la soberanía y la coercitividad. Ambos podrían rastrearse hasta Bentham y es posible que su influencia haya gatillado a ambos pensadores, uno como legislador, el otro como teórico, a llegar a conclusiones similares.

En cualquier caso, el legislador colombiano, percibiendo la desviación de Bello respecto de la ortodoxia teórica de su época, corrige el texto y vuelve a incorporar la antigua función de la ley de castigar –*punire*– como una función autónoma de la ley y no un elemento implícito en cualquier manifestación normativa.

La pregunta que queda, de alguna manera, en el aire, es si verdaderamente toda ley es coercitiva, en cuyo caso la supresión de Bello de la función de castigar tendría sentido, o no, situación en la cual la intervención del legislador colombiano sería pertinente. Naturalmente, esta es una cuestión teórica que no podemos resolver en el presente artículo, pero es interesante constatar que la propia definición de ley resulta relevante para abrir el debate.

5. CONCLUSIONES

Nuestra primera conclusión es que el sistema de fuentes que inspiraron a Bello en la redacción de su definición de ley en el Código Civil es sustancialmente más complejo que aquél que se desprende de la lectura de los proyectos de Código. En efecto, no sólo parece influir en él la cita de Digesto 1.3.7, sino también una pléyade de fuentes adicionales, entre las que contamos al Código del Cantón de Tesino, el Código de las Lousianas y la obra de Delvincourt. Amén de este conjunto de fuentes conocidas y directas, emerge otro conjunto de fuentes que llamaremos indirectas, que parecen constituir el fondo ideológico sobre el cual descansa la concepción teórica de Bello respecto a la ley en general y la codificación en particular. En este fondo, como ya antes ha puesto de manifiesto Vicencio en su trascendental

obra sobre Bello⁴², Bentham emerge como una influencia fundamental en la concepción del Derecho de Bello. En este sentido, creemos haber demostrado la influencia directa de las ideas de Bentham en Bello al respecto de la definición de ley en dos aspectos distintos, en la conexión entre ley y soberanía y en la supresión de la función de castigar, que de acuerdo a Modestino cumple la ley. En ambos aspectos, existe más una sincronía con las ideas de Austin, antes que una influencia. Tanto Austin como Bello tuvieron vínculos de colaboración estrechos con Bentham, y la influencia de este último en ellos es una materia bastante acreditada por sus obras filosóficas. De esta manera, Bentham parece haber sido el factor que gatilló la emergencia de ideas sobre la ley en ambos, que más adelante se darán lugar al primer positivismo jurídico.

En cuanto a la vinculación formal entre ley y constitución que establece la definición de ley de Bello, ésta encuentra su propio sistema de fuentes directas e indirectas. Entre las primeras parecen estar el Código del Cantón de Tesino y la obra de Delvincourt, mientras que indirectamente influyen los Comentarios de Kent y, en último término, la doctrina del *common law* sobre la sujeción de la ley a la constitución que emana del propio caso *Marbury v. Madison*. En este sentido, en la definición de Bello se encuentran las bases para la construcción de la supremacía constitucional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AMUNÁTEGUI, Carlos (2019): Código Civil de Chile. Edición Concordada, Anotada y con Fuentes (Valencia, Tirant).

AMUNÁTEGUI, Carlos (2023): Comentario Histórico Dogmático al Libro IV del Código Civil (Valencia, Tirant).

42 Vid. VICENCIO (2021), p. 39.

AMUNÁTEGUI, Miguel Luis (1891): “Definición de Ley”, en: Revista Forense Chilena (Vol. 7 N°1), s/p.

AUSTIN, John (1998): *The Province of Jurisprudence Determined* (Cambridge Indianapolis, Hackett).

BELLO, Andrés (1881): “Filosofía del Entendimiento”, en: *Obras Completas de don Andrés Bello* (Santiago de Chile, Pedro G. Ramírez), v.1.

BELLO, Andrés (1886): “Derecho Internacional”, en: *Obras Completas de don Andrés Bello* (Santiago de Chile, Pedro G. Ramírez), v.10.

BELLO, Andrés (1888): “Proyecto de Código Civil (1853)”, en: *Obras Completas de don Andrés Bello* (Santiago de Chile, Pedro G. Ramírez), v.12

BELLO, Andrés (1932): “Proyecto de Código Civil”, en: *Obras Completas* (Santiago de Chile, Nascimento), t. 3.

BENTHAM, Jeremy (1945): *The Limits of Jurisprudence Defined* (New York, Columbia University Press).

DELVINCOURT, Claude (1834): *Cours de Code Civil* (Paris, Videcoq), v.1.

DOMAT, Jean (1689): *Les Loix Civiles dans leur Ordre Naturel* (Paris, Coignard).

GROSSI, Paolo (2010): *De la Codificación a la Globalización del Derecho* (Navarra, Thomson Reuters).

GROSSO, Giuseppe (1974): *Problemi sistematici nel diritto romano* (Torino, Giappichelli).

GUZMÁN BRITO, Alejandro (1982): *Andrés Bello Codificador. Historia de la Fijación y Codificación del Derecho en Chile* (Santiago de Chile, Universidad de Chile).

GUZMÁN BRITO, Alejandro (2008): “La tripartición del *omne ius* en *personae res actiones* y la doctrina retórica de las *circumstantiae*”, en: *Revista General de Derecho Romano* (Nº 11), s/p.

GUZMÁN BRITO, Alejandro (2009): *Estudios de Historia Dogmática y Sistemática sobre el Código Civil Chileno-Colombiano* (Medellín, Diké).

HONORÉ, Tony (1962): *Gaius* (Oxford, Clarendon Press).

JANIS, Mark (1984): “Jeremy Bentham and the Fashioning of International Law”, en: *The American Journal of International Law* (Vol. 78 Nº 2), pp. 405-418.

KENT, James (1826): *Commentaries on American Law* (New York, Halsted), v. 1.

MARCADE, Victor–Napoléon (1844): *Eléments du Droit Civil Français* (Paris, Cotillon).

STRAUSS, Leo (1952): *Persecution and the Art of Writing* (Chicago, University Press of Chicago).

VICENCIO EYZAGUIRRE, Felipe (2021): “Estudio Preliminar: Las Ideas de Jeremías Bentham en la Obra Jurídica de Andrés Bello y su Influencia en Chile”, en: *Teoría de la legislación Universal, según Jeremías Bentham* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 39-112.

WACKE, Andreas (2008): “War ‘Gaius? Das männliche Pseudonym einer Juristin? Zur Stellung römischer Frauen in Recht und Justiz”, en: OIR (N°12), pp. 63-83.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Decreto con Fuerza de Ley N°1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N°4.808, sobre registro civil, de la Ley N°17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N°16.618, ley de menores, de la Ley N°14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.

Código Civil Colombiano, de 1873.

Código Civil de Luisiana, de 1808.

Código Civil del Catón de Tesino, de 1819.