

mente por las clases ó los partidos que quieren ejercer una influencia sobre la gran masa de los electores. Mientras que la democracia en Roma logró introducir el escrutinio secreto (*tabellæ*), en el siglo II. av. J.-C. (de 439 á 431); los Jacobinos, Danton á su cabeza, declaraban, para aterrar al pueblo, que el escrutinio público era tan necesario como la luz del día; la aristocracia en Inglaterra ha conservado hasta ahora el escrutinio público con el interés de su influencia y para oponer un correctivo á la extension del sufragio. El escrutinio público es, pues, un arma de dos filos. Se ha querido justificarlo haciendo valer el carácter de funcion pública de la eleccion. Sin embargo, esta funcion, pública en cuanto á su fin, debe llenarse por cada uno en la plena libertad de su conciencia, y esta libertad se ve siempre mas protegida contra las influencias ilegítimas por el escrutinio secreto.

SEGUNDA SECCION.

DE LA ADMINISTRACION Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL SENTIDO MAS GENERAL.

CAPITULO PRIMERO.

DE LA DIVISION Y DE LOS ÓRGANOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACION.

§ CXIX.

I. La administracion, en el sentido general (p. 564), mientras esté opuesta á la constitucion, comprende los tres poderes principales en su ejercicio, el poder gubernamental, el poder legislativo y el ejecutivo. La doctrina completa de la administracion se dividiria en tres clases; la primera trataria

del gobierno,

exponiendo los principios que prescriben al gobierno velar por los intereses generales y permanentes del país, conservarse, apoyándose en la mayoría, sobre los partidos y sus pasiones, dirigir é inspeccionar la administracion propiamente dicha, sin descender á detalles, dejando tambien cierta latitud de accion á los órganos á los cuales están confiados los asuntos, reconocer la necesidad de conservar sus miras y toda su política interior y exterior en

contacto y de acuerdo con las necesidades y los intereses generales, tales como los manifiesta la voz pública de la prensa y los órganos representativos, y acomodar su conducta á los principios de la Constitucion y las leyes, para dar al país el ejemplo del respeto á las leyes y la confianza moral en un orden regular y pacífico de desarrollo.

La segunda parte tendria que tratar

de la legislacion,

del espíritu de que debe inspirarse, espíritu á la vez de derecho y de cultura, del modo como las leyes se establecen con el concurso del gobierno con la representacion, de las diferentes especies de leyes, etc.

Estas dos partes no pueden encontrar una exposicion mas ó menos detallada sino en un tratado mas completo de derecho público.

La tercera parte, que trata

del poder ejecutivo

en su dos ramas ó funciones, la funcion *judicial* y la *administrativa* propiamente dicha, será expuesta aquí sucintamente.

II. Organos superiores de toda la administracion.

En todo Estado bastante grande para ser un Estado completo, los ministerios constituyen tantos órganos superiores como ramos principales hay para la accion del Estado. Estos ministerios son, pues, los de justicia, hacienda, cultos, instruccion pública, ciencias y artes, agricultura, industria y comercio; á estos ministerios se añaden el del interior y el de negocios extranjeros. Hasta ahora no se ha sabido determinar la posicion justa del ministerio del interior en el conjunto de la administracion pública. La generalidad ha pensado que este ministerio correspondia, segun su esencia, á toda la gestion interior de los asuntos, y que los otros ministerios no eran sino ramos separados á consecuencia de una division útil del trabajo político. Pero el ministerio interior es de otro género, corresponde precisamente á esta série ascendente de órdenes que hemos nombrado, al distinguirlos de los órdenes de cultura, ético-orgánicos, comprendiendo en varios grados la vida completa, es decir, las personas individuales, las familias, los municipios, los distritos y las provincias; y esta idea está en perfecto acuerdo con la práctica que demuestra que las funciones de este ministerio corresponden generalmente en primer lugar á lo que se refiere al estado de las personas físicas, á la poblacion, á la estadística, á la naturaliza-

cion, á los derechos de domicilio, al régimen sanitario, á la beneficencia pública, á la direccion política de los municipios, distritos y provincias, á las elecciones, etc. Las necesidades prácticas, por una especie de lógica instintiva, han hecho, pues, que se establezca semejante ministerio, que la ciencia, escudriñando bien el organismo social, no ha logrado hasta estos últimos tiempos concebirlo bien en su naturaleza.

En la administracion de un Estado, hay despues órganos *intermedios* y órganos *inferiores*. Sin embargo, es de la mayor importancia que haya para cada especie de órganos, sobre todo para los órganos intermedios, un círculo bastante extendido de asuntos en el cual deciden en última instancia. Cuanto mayor es un Estado, tanto mas esta autonomía es una condicion esencial del *selfgovernment* y una garantía contra el régimen burocrático. Porque este sistema se forma y se fortalece en proporcion á la distancia establecida entre los órganos particulares y el órgano central llamado á decidir en última instancia.

CAPITULO II.

DEL PODER EJECUTIVO EN PARTICULAR.

§ CXX.

De la distincion entre sus dos ramos, la justicia y la administracion propiamente dicha.

El poder ejecutivo tiene la mision de hacer la aplicacion de los principios constitucionales de las leyes y de las prescripciones administrativas que esten conformes con las relaciones y casos individuales, concretos, que nacen sin cesar en el movimiento de la vida. Esta aplicacion, sin embargo, se hace en dos direcciones distintas, en la jurisdiccion ó justicia formal, y en la administracion propiamente dicha, que comprende principalmente la administracion material de la cultura. La division corresponde pues á la distincion que hemos hecho entre el objeto directo del Estado, que consiste en la conservacion del estado del derecho, y el objeto final de cultura, cuya realizacion deben hacer posible el derecho y el Estado.

La distincion entre la justicia y la administracion puede ser establecida de la siguiente manera.

El fundamento, el punto de partida de estos dos ramos del poder

ejecutivo es el mismo; uno y otro están gobernados por leyes ó reglamentos conformes con ellos, y por formas del *derecho*, y es enteramente erróneo el designar á la justicia como principio del *derecho*, y á la administracion el de la *utilidad* ó el bien en general, porque el derecho es el alma del Estado y de su accion, y, por consiguiente, la administracion debe guiarse igualmente segun las leyes y las reglas del derecho. No hay otra diferencia entre estos dos ramos que segun el fin y el modo de su accion.

La *justicia* aplica el derecho en vista y con el *fin del derecho* mismo, se satisface con el valor propio y el poder formal del derecho, conserva y aplica el derecho para el derecho; obra cuando hay que juzgar lo que es formalmente justo en relaciones de derecho entre muchos partidos, bien haya conflicto, bien esas relaciones exijan solamente ser gobernadas por una autoridad de justicia, como, por ejemplo, en asuntos de sucesion. Pero como la justicia no tiene mas que juzgar, no crea los casos sobre los que debe decidir, sino que espera que se presenten ó soliciten su accion. Se deduce de aquí que la funcion intelectual del juez es principalmente una accion formal, lógica, que consiste en subordinar el caso particular á la ley, á la regla.

La administracion, por el contrario, tiene la mision de seguir en el *cuadro* y en los *límites* del derecho, todos los fines de vida política y de cultura en todo lo que, segun el fin del Estado, pueda ser llevado á cabo por poderes políticos. La administracion aplica pues el derecho en vista de todos los *bienes* de vida y de cultura; estos bienes son el fin, y el derecho es el medio, la forma y el límite. A diferencia de la justicia, la administracion no espera solamente á que se presenten casos para sujetarlos á reglas administrativamente, sino que ejerce tambien de muchos modos una funcion de iniciativa, prescribiendo lo que hay que hacer en un orden de bien. Se deduce de aquí que la accion administrativa no es puramente formal, que es mas material, y presupone en el administrador un conocimiento real de los negocios cuyo manejo le está encomendado.

Por esta razon, es necesario separar en la vida práctica la justicia y la administracion. Si van unidas habrá siempre en los funcionarios mayor inclinacion para ejercer la justicia de una manera administrativa para fines que le son extraños, que á imponerse en la administracion cadenas con un formalismo judicial.

La posicion de estos dos ramos con respecto al gobierno es diferente. Teniendo la justicia que aplicar el derecho para el derecho, debe estar independiente de toda influencia gubernamental; la ad-

ministracion, por el contrario, aunque se ve obligada á encerrar su accion en los límites legales, recibe en gran parte su impulso y su direccion del gobierno.

§ CXXI.

De la division de la justicia y de la administracion en sus diversos ramos.

La experiencia demuestra tambien en esta materia que la vida práctica de los pueblos llega á menudo, con una lógica natural intuitiva, á establecer mas justas distinciones que una ciencia abstracta, la cual, guiada por puntos de vista exclusivos, tiene pesada tarea en comprenderlos. Es que las cosas y los principios mas sencillos son los que en general y por mas largo tiempo no se ocurren á la inteligencia. Cuando se parte de la verdad tan sencilla de que el Estado, como todo ser razonable, debe evitar el mal, hacerlo que es justo y bueno, y reparar lo injusto ó el mal que se ha hecho, y cuando se observa que estos tres modos de accion coinciden tambien con las tres formas de *tiempo* en los cuales tiene lugar toda accion humana, se comprenderá fácilmente que debe haber desde luego, bajo el punto de vista formal y por otra parte muy importante, tanto en la justicia como en la administracion, tres divisiones particulares. La justicia se dividirá, pues:

1.º En *justicia preventiva*, llamada generalmente la policia (con mayor exactitud, policia de derecho ó administracion de la *seguridad pública*, *Rechtspolizei*), teniendo en cuenta el porvenir, y tendiendo *directamente* á evitar las infracciones posibles en el orden de derecho y de cultura, siempre que la causa de estas infracciones resida en la accion *voluntaria* injusta é ilegal. Esta policia formal se distingue bastante de la policia administrativa (véase mas abajo).

2.º En justicia que á falta de un nombre técnico exacto queremos nombrar *reguladora*, que tiene por fin arreglar casos, hechos, relaciones jurídicas, como se presentan en la actualidad, con el objeto de imprimirles un carácter de derecho formal; justicia ejercida en dos direcciones, *oficialmente* hoy por una autoridad judicial, como en la tutela, la curatela, la adopcion, el estado civil, en el arreglo de las sucesiones, etc., *voluntariamente* por la *jurisdiccion voluntaria*, que comprende el notariado, el empadronamiento, las hipotecas, etc. El nombre de jurisdiccion voluntaria, que se da algunas veces á todo género de justicia, no designa mas que una parte de esta. Algunos autores en Alemania (M. de Mohl) han que-

rido colocar esta parte bajo la categoría de la justicia preventiva, porque, dicen, los actos de la jurisdiccion voluntaria tienen por objeto evitar las disputas entre las partes. Pero el carácter de esos dos géneros de justicia es muy diferente; para notarlo importa primero observar bien que en el primer género de justicia el objeto de evitar es la intencion *directa*, *inmediata*; por el contrario, en la jurisdiccion voluntaria, el fin directo es solamente imprimir á algunos actos ciertas formas, para darles la certidumbre, la autenticidad, la publicidad, y para asegurarles de antemano ciertos efectos jurídicos, mientras que la justicia preventiva quiere, sin consideracion á partes algunas, evitar directamente las infracciones voluntarias al orden de derecho y de cultura, que el Estado tiene la mision de proteger. Es preciso además distinguir bien en general entre la prevencion directa y la indirecta. Cuando no se tiene en cuenta esta distincion, puédesse colocar toda la actividad del Estado bajo la justicia preventiva, porque la educacion, lo mismo que una buena justicia civil y criminal, evita muchos procesos y crímenes.

3.º En justicia *reparadora*, teniendo por objeto restablecer el estado del derecho, turbado, sea por litigios entre partes (concerniendo no solamente á causas de derecho privado, sino tambien á causas de derecho público, entre los ciudadanos y los poderes públicos), sea por delitos y crímenes: esta justicia se divide en jurisdiccion litigiosa ó contenciosa llamada frecuentemente tambien justicia civil, y jurisdiccion *criminal*: esta última se subdivide todavía, segun las *causas*, en jurisdiccion criminal comun ó militar, de las cuales la última debe determinarse segun las causas y aplicarse solamente á los delitos y crímenes que tienen un carácter militar.

II. La division de la administracion corresponde completamente á la de la justicia.

1. Hay una administracion preventiva, que constituye la *policia administrativa*, cuyo objeto consiste en prevenir todo cuanto pueda atacar, sea á las personas y á su patrimonio, sea al orden de cultura, en una ú otra de sus partes, doble mal cuyas causas se encuentran, fuera de la voluntad mala ó injusta, sea en las fuerzas de la naturaleza (como las epidemias, etc.), sea en las relaciones sociales (como el pauperismo), sea en errores mas bien que en una voluntad injusta: estas causas, exigen, para ser apreciadas, no solamente el conocimiento del derecho formal, sino tambien ante todo conocimientos especiales, técnicos. Este último punto es esencial para distinguir la policia administrativa material de la policia formal de derecho ó de seguridad.

2. La *administración*, que cuida de los asuntos tales como se presentan en la *actualidad*, forma el dominio más importante; se la llama administración por excelencia, y comprende la administración política y la de cultura, de la que tratará también bajo este punto de vista la tercera división.

3. Hay también en la administración reparadora una justicia ó *jurisdicción administrativa*, tanto civil como criminal. La existencia misma de causas litigiosas y delitos en el dominio de la administración no puede sujetarse á discusión. Se trata solamente de saber si los tribunales ordinarios, civiles y criminales, deben decidir de estas causas, ó si es necesario establecer tribunales especiales de justicia administrativa (véase § CXXVI).

Podría suscitarse la pregunta de si no convendría reunir la policía de seguridad y la policía administrativa en manos de una sola autoridad; sin embargo, la policía de seguridad exige en todo caso otros funcionarios (comisarios de policía, agentes, etc.), que la policía administrativa, la cual debe ejercerse por hombres muy instruidos en las materias en que se trata de evitar las lesiones.

Tenemos aun que considerar sumariamente los ramos principales de la justicia y de la administración.

CAPITULO III.

DE LA JUSTICIA.

§ CXXII.

De la justicia preventiva ó de la policía llamada de seguridad.

La justicia preventiva ó la policía de seguridad tiene por objeto proteger el orden social contra los actos voluntarios que, según su naturaleza, puedan herir á este orden, sea en sí mismo, sea en cualquiera de sus partes, ó en uno de sus miembros. Esta justicia debe ejercerse, como toda justicia, en los límites de la constitución, de las leyes y de las prescripciones (ordenanzas) que á ella se refieren; no tiene, por decirlo así, un dominio propio, en el cual pueda moverse cómodamente y hacer valer sus miras especiales de orden, bien y salud pública; es, por el contrario, una división de la justicia (y es de una gran importancia práctica concebirla como tal), y debe conformarse á las leyes, de manera que no le es permitido hacer uso de lo arbitrario, contra lo cual las leyes han

querido proteger directamente á los ciudadanos. También debe haber un tribunal de justicia que decida en todos los casos en que el *derecho* de la policía se pone en duda por los ciudadanos, tribunal ante el cual los empleados de policía pueden comparecer á causa de actos ilegales (§ CXXVI). En la mayor parte de los casos en que su derecho no se disputa, la policía debe hacer comparecer á los contraventores, en los casos en que no puede contentarse con una amonestación, ante un tribunal sencillo de policía que decida de estas contravenciones.

En el acto del castigo la policía se distingue todavía de la justicia criminal reparadora, en que castiga la *posibilidad* del daño ó del mal que un hecho puede producir, que castiga únicamente la contravención hecha á una de sus prohibiciones ó de sus prescripciones. Cuando un coche pasa demasiado de prisa por una calle frecuentada de la ciudad ó invade la acera, hay una infracción de policía, y en su consecuencia una condena á pagar una multa, aunque ningún mal *real* haya resultado. Pero si se ha causado un mal ó daño *efectivo*, no ya un tribunal de policía, sino un tribunal ordinario, es el que debería decidir. Hasta ahora se han llevado por lo regular igualmente á los tribunales de policía los casos de daños ligeros.

La policía, sin perjuicio de su misión propia, lleva á cabo, en el organismo del Estado, una *auxiliar*, como *policía judicial*, cuyo deber consiste, por un lado, en informar á la justicia cuando un mal ó daño ha sido causado realmente; y, por otro, en investigar por requerimiento del Ministerio público cerca de un tribunal, todo lo que se relaciona con un crimen, y buscar en caso necesario al mismo criminal.

Las *medidas* de la policía son de muchos géneros, determinados por los derechos ó bienes de cultura que puedan estar amenazados por actos voluntarios.

Hay medidas que tomar contra lesiones posibles del *orden del Estado* en general, medidas contra sociedades secretas, medidas de vigilancia contra grandes Asambleas populares al aire libre, medidas contra reuniones, tumultos, etc.

Hay medidas para proteger á las *personas particulares* en su vida, libertad, patrimonio, con prohibiciones hechas á los farmacéuticos de vender, sin orden del médico, venenos, con la vigilancia de los entierros, de los individuos sospechosos, etc.

Hay que tomar medidas contra lesiones posibles de los diferentes órdenes de cultura; medidas respecto de la *moralidad*, como la

prohibicion de juegos de azar, exposiciones indecentes, casas públicas de prostitucion (*).

Pueden tomarse medidas con respecto á las lesiones posibles por medio de la *prensa*; la vigilancia debe ejercerse por el Ministerio público instituido cerca de los tribunales, porque es la autoridad que hará el exámen en vista de la causa; cuando se encarga de esta vigilancia, contra el principio justo, la Administracion sola ó aun á la vez (como en Prusia) el Ministerio público y la Direccion de policia, la prensa no puede esperar mas que recogidas frecuentes y enredos, sin dar lugar á proceso.

Hay todavía medidas que se relacionan con el órden económico, concernientes á los pesos justos, etc.; medidas respecto á las vías de comunicacion, etc.

Los empleados de policia deben ser responsables (como en Inglaterra) de las contravenciones que cometan en el ejercicio de sus cargos, contra las leyes. Los tribunales deben decidir en estos casos (V. § CXXVI).

§ CXXIII.

De la justicia civil y criminal.

La distincion que hemos establecido ya (§ XXXV) entre la justicia criminal y civil, ha sido hecha, en primer lugar, para el caso en que en una lesion, la voluntad ha sido *directa*, que se ha manifestado inmediatamente, sea por dolo ó por falta, en el objeto (causa criminal), ó en que la lesion haya sido *indirecta*, que se haya cubierto de formas legales, habiendo tenido efecto en negocios, por ejemplo, en una venta, perfectamente legales de suyo. Tambien

(*) En esta materia impura, importa separar de los principios todas las falsas consideraciones. A pesar de lo que hayan podido decir los médicos á favor de estas casas, de la facilidad de la vigilancia, etc., toda sana teoría, que se empieza tambien á considerar como la mejor para la práctica, debe rechazar lo que puede llamarse el sistema de burdel, por el cual el Estado reconoce un oficio, el de empresarios de semejantes casas, oficio que vive de la inmoralidad ajena, y emplea todos los medios para arrastrar y mantener á las jóvenes en este abismo de inmoralidad. No está en manos del Estado evitar toda la prostitucion, deberá tolerar lo que puede llamarse el sistema individual, respetando el derecho de domicilio interior; pero las medidas sanitarias que toma la policia no pueden justificarse sino en vista de los peligros á que están expuestas las personas inocentes y hasta las generaciones futuras. M. de Mohl es quien, en su *Ciencia de la policia* (aleman), 1843, se ha declarado enérgicamente contra el primer sistema y hasta contra toda medida sanitaria por parte de una autoridad pública. Bajo este último punto, nos parece que no ha tenido en cuenta á las personas inocentes que pueden ser atacadas.

por esta razon el fin de la justicia criminal debe consistir, en primer lugar, en la reparacion, en la correccion de la voluntad mala é injusta por la enmienda, mientras que el fin de la justicia civil consiste en ventilar el litigio, fijando los derechos y obligaciones de las partes segun la naturaleza de la relacion jurídica establecida formalmente entre ellas.

La justicia civil y criminal es un cargo cuya direccion forma parte de los poderes del Estado; sin embargo, esta funcion, como todos los poderes y sus diferentes ramos, debe estar ejercida por una participacion de órganos populares elegidos indistintamente en el seno del pueblo ó en una clase del pueblo.

Los pueblos libres no han abandonado nunca á las autoridades solas el juicio sobre sus mas importantes poderes; lo mismo que en Grecia y en Roma, los pueblos germánicos juzgaban al principio sobre los crímenes en sus Asambleas; mas tarde, sobre todo desde Carlomagno, es un tribunal formado del pueblo, el *Tribunal de los regidores* (*Schöffengericht*, de *scaphan*, sacar ó encontrar, es decir el juicio), el cual, bajo la presidencia de un órgano oficial que dirige solamente, sin tomar parte en el voto, fallaba á la vez sobre el hecho injusto, sobre la culpabilidad y sobre la pena. Estos tribunales se fueron desvaneciendo cada vez más desde el reconocimiento oficial del derecho romano en 495, y el absolutismo, tan favorecido por ese derecho, se apoderó cada vez más de la justicia. Mas de tres siglos atestiguan á qué extravíos y á qué refinamientos de crueldad (recuérdese la tortura), á qué pérdida de sentido comun (por ejemplo, en la teoría de las pruebas y de los indicios), se ve conducida fatalmente la justicia, cuando se vuelve puramente oficial, separándose de la conciencia moral y del buen sentido de la nacion (pág. 449). A Inglaterra fué reservada la noble mision de conservar el elemento popular en toda la jurisdiccion civil y criminal, y darle la forma particular del *jurado*. Antes de Guillermo el Conquistador, la justicia anglo-sajona estaba organizada de la misma manera que en el continente; Guillermo, y mas particularmente Enrique II, en 1176, verificaron un cambio importante haciendo fallar por justicieros (*justiciarii itinerantes*), presidentes de los Tribunales de justicia que tenian en sus torneos, sobre la pena, despues de provista la prueba de los hechos anticipados ó del crimen. A consecuencia principalmente de la prohibicion de las ordalias por el Concilio de Latran de 1215, en tiempo de Inocencio III, y en vista de la necesidad de instituir desde entonces otro medio de prueba, se formó el jurado en su estado actual. Hay di-

vergencia de opiniones sobre la manera en que el jurado se ha formado en número de doce miembros, pero es lo cierto que este jurado, que se había establecido ya para los procesos civiles, entre 1164 y 1170, organizóse antes de 1221 para las causas criminales. Este jurado se ha mantenido hasta ahora para los dos géneros de causas, y ha sido adoptado en los Estados-Unidos.

En la segunda mitad del siglo XVIII fijóse la atención, sobre todo por Montesquieu (en Alemania por J. Moser, en sus *Fantasmas patrióticas de 1769*), en la institución del Jurado como jurisdicción penal. Desgraciadamente Montesquieu presentó este Jurado bajo un punto de vista esencialmente erróneo, declarando, según una falsa división, análoga á la que había hecho de los tres poderes, que el Jurado sentenciaba sobre los hechos, y el juez sobre el derecho, es decir, sobre la pena que, según la ley, debía ser aplicada al caso presente. Pero el jurado inglés responde á la cuestión de si el acusado es culpable ó no culpable del crimen que se le imputa. Para esta decisión se reconoce al Jurado la capacidad de saber lo que es un asesinato, un homicidio, un robo, una falsificación, etc., y de fallar, según estas nociones de derecho, positiva ó negativamente sobre la culpabilidad. Por el contrario, el error de Montesquieu, unido al espíritu legista alimentado por el derecho romano, y rehusando admitir que el pueblo pudiera comprender nada del derecho, hizo falsear el Jurado desde su introducción en Francia, y en seguida en todo el continente. Sin embargo, en Alemania, J. Moser (que trataba, desde 1768, de reanimar los antiguos fundamentos germánicos de la libertad) había hecho ya observar que, si se negaba á las gentes del pueblo la capacidad de sentenciar un crimen, no podía castigárselas por haber cometido un crimen, porque la perpetración imputable de un crimen presuponia necesariamente la conciencia de lo que era un crimen; pero no se tuvo en cuenta este justo razonamiento, y cuando el Jurado, después de una larga y fuerte oposición por parte de los jurisconsultos, fué establecido igualmente en Alemania, desde 1848, se determinó, como en Francia, que las diversas nociones de crímenes, dadas por el Código penal, debían distinguirse, para la inteligencia del Jurado, en sus distintas partes ó en sus elementos más sencillos, y que el Jurado tendría que responder sobre cada uno de los elementos ó hechos que á menudo formaban una lista bastante larga. Mientras que en Inglaterra el Jurado está considerado como una reunión de hombres formales, con bastante lógica natural para reunir los hechos en una noción común, se ve tratado en el con-

tinente como un compuesto de hombres que no tienen bastante sentido común para formar semejante noción, y que tienen necesidad de ser conducidos con andadores con preguntas muy especificadas, como si la elevada y lata inteligencia de un jurisconsulto fuera la única capaz de combinar estas cuestiones en una noción común, de examinar si el crimen en cuestión está bastante determinado y de pronunciar la pena. La posteridad comprenderá difícilmente cómo un error tan grave ha podido imponerse y mantenerse tan largo tiempo en pueblos ilustrados; verá en él una nueva prueba del hecho de que las verdades más sencillas son rechazadas por las autoridades oficiales cuando hieren ciertos puntos de vista desde los cuales se tiene la costumbre de considerar las cosas. En los últimos tiempos, sin embargo, en Francia y en Alemania, la práctica, como los estudios históricos y filosóficos, ha hecho reconocer cada vez más este grave error, y se ve aumentar sin cesar el número de criminalistas que piden se vuelva á los principios justos (1).

En el Jurado no hay separación, sino concurso de dos funciones, porque solamente se considera el crimen bajo dos puntos de vista distintos, el punto de vista subjetivo de la culpabilidad, juzgada, según los hechos y según toda la moralidad del acusado, por la conciencia moral del jurado, y después, una vez probado el primer punto, el punto objetivo de la ley, la cual, sin embargo, deberá dejar al juez una latitud bastante grande con el objeto de poder aplicar la ley según el grado de culpabilidad y de maldad que el proceso haya revelado en el criminal. El juez no ejerce tampoco una función abstracta, mecánica, juzga también al hombre según la manera de haberse llevado á cabo el crimen.

El Jurado debe encontrar su aplicación en todos los crímenes de alguna gravedad. En el continente solo los casos más graves se reservan al juicio del Jurado. Esta restricción no se sabía justificar. Sin embargo, hay un orden inferior de delitos en los que el gran aparato del Jurado no tendría proporción alguna con su importancia. Para sostener sin embargo el principio fundamental de la par-

(1) En mi Memoria dirigida (como diputado de la Universidad) á la primera Cámara de Sajonia, en 1864, sobre un proyecto del Jurado, emanado de la iniciativa de la segunda Cámara, insistí en la necesidad de volver al justo principio, y hacer fallar al Jurado con sí ó no sobre la culpabilidad; pero fué rechazado todo el proyecto. En la sesión actual, el gobierno ha propuesto un proyecto, y ha declarado querer establecer el Jurado sobre bases verdaderas. Este proyecto está adoptado ahora, y Sajonia será así el primer país del continente que habrá establecido el Jurado según su verdadero espíritu.

ticipacion de elementos populares en toda jurisdiccion criminal, se han instituido en muchos paises de Alemania (primero en Hannover) *Tribunales de regidores* (*Schoffengerichte*), asemejándose más á los antiguos Tribunales de regidores, y compuestos, por una parte, de un juez, y, por otra, de dos asesores legos elegidos por el distrito, y juzgan juntos á la vez sobre la culpabilidad y la pena. Esta institucion ha tenido un éxito perfecto (1) y no dejará de encontrar una aplicacion cada vez mas lata.

En la jurisdiccion criminal, sobre todo, hay además una institucion de origen francés, la del Ministerio público (procurador ó abogado imperial) cerca de los Tribunales, la cual, desconocida en Inglaterra y rechazada por jurisconsultos ingleses eminentes, como Brougham, Campbell y otros, es tambien desaprobada en su forma actual por la mayor parte de los jurisconsultos de Alemania, que piden su reforma, que debe consistir en que se dé una independencia mayor á ese ministerio con respecto al gobierno, ó que se transfiera esta funcion á un juez elegido por el Tribunal.

La justicia penal se divide todavía en justicia penal *comun* y justicia penal *militar*. Esta última no deberia ser llamada sino para juzgar crímenes y delitos que tengan un carácter militar, como la falta de obediencia, la desercion, etc., mientras que todos los crímenes y delitos comunes (robo, homicidio, etc.), cometidos por militares, deberian ser juzgados, como sucede en Inglaterra, por los tribunales de justicia comun.

La jurisdiccion militar del continente está aun empapada en el espíritu de la edad media, que organizaba la justicia segun el estado de las personas, y no segun la naturaleza diferente de las causas. Se ha censurado con razon el concordato austriaco por haber restablecido hasta cierto punto una posicion excepcional para el clero católico; pero la jurisdiccion penal militar, en su forma ac-

(1) Por la ley nueva de Sajonia, como el Jurado está reservado para los crímenes y delitos que requieran cuatro años por lo menos de reclusion, acaban de crearse Tribunales de regidores para todos los crímenes y delitos de una importancia menor; aunque estos delitos los hay que, á nuestro parecer, deberian ser juzgados por el Jurado, es por lo menos un gran progreso sobre los demas paises alemanes, en los cuales solo los tribunales fallan sobre ese segundo grado de crímenes y delitos. En el momento en que se imprimen estas líneas (30 de mayo, 1868), el Rey anuncia, en su discurso de cláusura de las Cámaras, que ha dado, despues de una deliberacion profunda, la sancion á la *abolicion de la pena de muerte*, á favor de la cual el Ministro de justicia, M. Schneider, habia pronunciado un excelente discurso, tan notable por la inteligencia como por el corazon y los sentimientos verdaderamente religiosos que revela.

tual, es un mal social mucho mas grave, y ha herido con frecuencia, en la sociedad civil, el sentimiento del derecho comun.

La justicia civil se divide en *justicia civil comun* ó derecho civil comun por un lado, y *jurisdicciones especiales* por otro, constituidas particularmente por tribunales de comercio, para las causas comerciales de tan elevada importancia en nuestra época. Sin embargo, el principio general exige que se instituyan igualmente *tribunales de industria* (de los que forman el primer grado los consejos de hombres graves) y de *agricultura*. Como las causas de justicia se refieren generalmente á intereses de patrimonio, no será necesario organizar tribunales particulares para los demás órdenes. Pero todo lo que concierne, en estos órdenes, á otras cuestiones de derecho, de honor, etc., deberia ser juzgado en primera instancia por los *consejos de disciplina*, como existen ya casi por todas partes para el orden de los abogados, y como deberian estar constituidos para los otros órdenes de cultura, y para sus principales subdivisiones, para el clero, para los miembros de instruccion, para los médicos, para la prensa política, para la literatura, para las mismas librerías (como se ha propuesto en Leipzig). La organizacion de estos consejos, cuya decision tendria tambien un valor mas moral, seria asimismo un auxilio poderoso para mantener la honradez en el ejercicio de una profesion y esparcir un espíritu mas moral por toda la sociedad.

La justicia civil es por último privada ó *pública*. Ordinariamente se la mira solo como competente para los asuntos litigiosos privados, pero pueden sobrevenir tambien conflictos entre los ciudadanos y ciertas autoridades ó poderes públicos garantizados por la constitucion ó por las leyes, y los Tribunales de justicia son los que deben decidir en estos conflictos (V. § CXXVI, sobre la justicia administrativa).

Como la justicia civil en todas sus ramificaciones debe descansar, segun el principio fundamental, en una participacion de elementos seculares ó populares, se ocurre la pregunta de si esta participacion debe estar organizada igualmente en la forma del jurado. Sin embargo, para las jurisdicciones especiales, tribunales de comercio, la experiencia ha demostrado ya que otra manera de organizacion puede tener buenos resultados, que estos tribunales pueden estar compuestos únicamente de comerciantes, como en Francia, ó de comerciantes bajo la presidencia de un juez, como generalmente en Alemania; y en cuanto á la justicia civil comun, aunque el número de partidarios del jurado civil aumenta (1), difiere notablemente de la

(1) En Francia, M. Le Play, en su *Reforma social*, t. II, p. 510, se declara igualmente por el jurado civil.

justicia penal, que tiene que juzgar á los hombres, y de la justicia civil, que tiene que decidir formalmente sobre hechos y actos de un carácter determinado. El principio tendria pues, segun parece, una mejora suficiente por la añadidura de asesores legos ó jueces oficiales, y es seguro que estos asesores se verian en estado de juzgar en los asuntos diarios de derecho comun, sobre préstamos, arrendamientos, ventas, lo mismo que los comerciantes juzgan de asuntos mas complicados, por ejemplo, sobre letras de cambios etc.

La justicia está organizada por la ley; el nombramiento de jueces se hace por el gobierno; un concurso de otros cuerpos del Estado ha sido organizado algunas veces, consistiendo en que las asambleas provinciales ó las cámaras (como, hasta la anexion, en Hannover y en el Hesse electoral), ejercen un derecho de presentacion, ó en que cuerpos políticos y tribunales de justicia tambien presentan listas de candidatos, entre los cuales elige el gobierno. Este último modo, usado desde 1834 en Bélgica, para los jueces de un rango mas elevado, ha sido considerado constantemente como una de las mas felices combinaciones (1).

CAPITULO IV.

DE LA ADMINISTRACION.

§ CXXIV.

I. De la policia administrativa.

La administracion preventiva, llamada comunmente policia administrativa, tiene la mision de preservar á la sociedad de males que pueden nacer, ya de causas fisicas, ya de la ignorancia, ya de causas sociales complicadas, y que para evitarse presuponen un conocimiento especial técnico de las materias á las cuales la accion se refiere. La policia administrativa comprende así la policia sanitaria, relativa á las enfermedades contagiosas, epidemias de hombres y de animales, la justificacion de los fallecimientos, la vigilancia de los cementerios, etc., la proteccion de la salud por la po-

(1) El artículo 99 de la constitucion belga dice: «Los consejos de los tribunales de apelacion y los presidentes y vicepresidentes de primera instancia son nombrados por el rey, en dos listas duplicadas, presentadas, una por estos tribunales, otra por los consejos provinciales. Los consejeros del Tribunal de casacion son nombrados por el rey, en dos listas dobles, presentadas, una por el Senado (primera cámara), otra por el Tribunal de casacion. En estos dos casos los candidatos que figuran en una lista pueden igualmente figurar en la otra.»

licia alimenticia, la gestion de cuanto concierne á los niños expósitos (1), gestion que es aun muy imperfecta, á consecuencia de los falsos sistemas adoptados y de la falta de un tratamiento alimenticio conveniente; la policia de las construcciones, que no solamente debe velar por la solidez, sino tambien, en las ciudades, por cierta regularidad; la policia concerniente al pauperismo, que estará combinada convenientemente con el ramo de la administracion propiamente dicha, encargado de todo lo que se refiere á la beneficencia.

§ CXXV.

II. De la administracion propiamente dicha.

La administracion propiamente dicha se divide en dos ramos principales: administracion política, concerniente á todos los asuntos de la competencia del Ministerio del interior, y administracion de cultura, relativa á las relaciones en que se encuentra el Estado con los diversos órdenes de cultura, las confesiones, la instruccion pública, la moralidad y la beneficencia, y con todo el orden económico, la primera produccion (la agricultura, el cultivo forestal, etc.), la industria y el comercio. La exposicion de los principios de estos dos ramos de la administracion se reunirá á las materias de que tratará la tercera division.

§ CXXVI.

De la justicia administrativa.

El espíritu de poder absoluto ha debido ceder terreno en el dominio de la constitucion y de la legislacion, pero se ha resguardado en la administracion, fuerte central que trata de conservar como su dominio propio legítimo. Sin embargo, la suerte de todo el sistema constitucional, la suerte de un orden verdadero de derecho y de legalidad depende en general esencialmente del establecimiento de una jurisdiccion independiente, encargada de decidir en todos los conflictos de derecho que puedan surgir entre particulares, personas individuales ó colectivas, y autoridades administrativas, las de la policia de seguridad y administrativa, las de la administracion política y de cultura, cuando el ejercicio de su poder está

(1) Una excelente obra sobre los diversos sistemas relativos á los niños expósitos ha sido publicada por el doctor Hügel, director del hospicio de Niños enfermos, en Viena, 1864.

considerado por los particulares como no conforme con las leyes. Inglaterra, país legal por excelencia, ha tomado el partido más sencillo y natural en la apariencia, el de confiar á los tribunales de justicia civil el juicio de todos estos conflictos, y hacer sentenciar por estos las penas contra los funcionarios administrativos que han violado una ley. En Alemania, la opinion se halla dividida, pues mientras unos prefieren la adopción del sistema inglés, otros piden el establecimiento de tribunales especiales de *derecho público* en general, y otros, en fin, piden solamente tribunales especiales de *derecho administrativo*.

Para resolver estas cuestiones importantes hay que distinguir primero, bajo el punto de vista material, los diversos géneros de *causas* sobre las cuales pueden nacer conflictos, y después examinar, bajo el punto de vista formal, por qué autoridades deben decidirse estos conflictos.

Bajo el punto de vista material, hay que distinguir: 1.º asuntos puramente administrativos; 2.º causas administrativas contenciosas ó litigiosas; 3.º causas civiles de derecho público formal.

1. Los asuntos puramente administrativos son los que una autoridad administrativa ejerce de una manera incontestable en la competencia de su derecho. Cuando, por ejemplo, el gobierno ó el presidente de una provincia, etc., tiene el derecho de confirmar el nombramiento de un burgomaestre, alcalde, etc., y usa de él pidiendo la presentación de otro candidato, está en su derecho, y aunque las corporaciones que presentan candidatos puedan todavía dirigir una solicitud, acudir á una autoridad superior, no tienen acción que intentar, porque siendo incontestable el derecho formal, no es contencioso el asunto.

2. Pero pueden originarse litigios ó conflictos cuando una autoridad ejecutiva pide, prescribe ó prohíbe á particulares, personas individuales ó colectivas, alguna cosa que esas personas consideran como una violación ó una aplicación errónea de la constitución ó de una ley, y reclaman el derecho de no obedecer. En estos casos en que el derecho formal de la autoridad se disputa, la regla más sencilla en todo debate, que nadie debe ser juez y parte á la vez, debiera haber hecho que se constituyera una autoridad independiente para que resolviera estos casos de litigio. Se experimenta hoy por lo general la necesidad de semejante autoridad, pero para saber de qué manera debe establecerse, importa que se distingan como lo hemos hecho en todas las otras materias, las causas litigiosas que pueden surgir en lo que se refiere al derecho público *for-*

mal de las causas que surgen en lo que se refiere al derecho público administrativo propiamente dicho.

3. Hay causas contenciosas de derecho público *formal* en las cuales los tribunales ordinarios son por naturaleza completamente competentes. Porque es un error reducir la competencia de estos tribunales á procesos de un carácter privado, pues pueden muy bien juzgar los casos de derecho formal, como lo hemos formulado en su diferencia con el derecho administrativo. Los diversos géneros de causas contenciosas de derecho público formal son las siguientes:

a. Primeramente los tribunales ordinarios son competentes para examinar respecto de un caso especial que se les presenta, si una ordenanza, un *reglamento*, emanado de una autoridad administrativa, no implica una violación de la constitución ó de una ley. Si se rehusa á los tribunales este derecho (como lo hace formalmente, por ejemplo, la constitución de Prusia, art. 106), no depende más que de la buena voluntad de la administración respetar las leyes.

b. Todos los derechos públicos, ó como se dice, políticos de miembros del Estado, individuos, municipios, confesiones, etc., están, por su naturaleza, colocados bajo la protección de los tribunales de justicia. Estos tribunales tienen que decidir si la orden ó el *acto* de una autoridad administrativa perjudica, por ejemplo, los derechos garantizados por la constitución de que cada uno elija libremente su domicilio, al derecho de elección, al derecho de cambiar de culto, al derecho de fundar un periódico, al derecho de una municipalidad respecto al ejercicio de la policía local, etc. La responsabilidad de los funcionarios es casi ilusoria, cuando no puede intentarse una acción contra ellos sin que una autoridad gubernamental (por ejemplo, el Consejo de Estado en Francia, el Tribunal de competencia en Prusia), dé el permiso para hacerlo.

c. Los tribunales civiles son igualmente competentes para decidir demandas de perjuicios é intereses entabladas contra funcionarios á causa de lesiones cometidas por estos en ejercicio injusto de su poder.

d. En fin, los tribunales son competentes para decidir sobre acciones intentadas por funcionarios contra el fisco, respecto á lo que les debe el gobierno (la mayor parte de las veces respecto al sueldo).

Pero aparte de estas causas de derecho público formal, pueden sobrevenir conflictos en dominios del orden administrativo, sobre todo en el de la administración de cultura, conflictos que para ser bien juzgados exigen, como la administración en general, co-

nocimientos especiales técnicos. Este género de causas comprende todos los debates que pueden sobrevenir; *a)*, sobre el deber, el modo y la medida para contribuir á los gastos eclesiásticos y escolares; *b)* sobre el deber y sobre la medida para contribuir á la conservación de carreteras, de caminos vecinales; *c)* sobre asuntos de agricultura, de riegos y de *drenage*, sobre el ejercicio de la pesca, sobre el uso de aguas, etc.; *d)* sobre asuntos salidos del Ministerio del interior, sobre el indigenato, sobre el derecho de domicilio, etc.

Con respecto á este tercer género de causas contenciosas de derecho administrativo propiamente dicho, se ocurre principalmente la cuestión de saber por qué autoridad deberán ser juzgadas. El principio que es preciso establecer en primera línea, es que sea por una autoridad organizada con justa *independencia* del gobierno y diferente de la que entienda en la causa; en cuanto á la segunda cuestión de saber cuál será esta autoridad independiente, hay los tres sistemas indicados mas arriba: razones teóricas y prácticas parecen haberse unido para dar la preferencia al sistema que establece una jurisdicción especial de derecho administrativo, á lo menos en dos instancias, que se han empezado á organizar en Alemania ⁽¹⁾. Semejante jurisdicción puede justificarse con argumentos importantes. En primer lugar la administración está relacionada con la justicia, y parece conveniente conservarle esta posición instituyendo un Tribunal especial para los asuntos administrativo-contenciosos; despues el sistema inglés parece convenir menos á los Estados del continente, porque en este la administración de los diversos dominios de cultura está mucho mas desarrollada que en Inglaterra, donde el gobierno empieza ahora á encargarse de asuntos que habia abandonado al cuidado de la acción privada ⁽²⁾.

Cuando hay tribunales especiales para las causas administrativas, pueden surgir *conflictos de competencia* sobre la cuestión de saber si

⁽¹⁾ En el gran ducado de Baden, por la ley de 3 de agosto de 1863, relativa á la organización administrativa del país, ha empezado por establecerse en última instancia (la primera estando formada por el consejo (elegido) del distrito) un *Tribunal de derecho administrativo* (*Verwaltungsgerichtshof*).

⁽²⁾ Nos abstenemos de emitir sobre esta cuestión una opinión absoluta. Creemos que el experimento que se va á hacer en Alemania de los Tribunales especiales, á los cuales, segun parece, se da por todas partes la preferencia, proporcionará los mejores elementos para decidir la cuestión. La independencia y el conocimiento de las materias nos parecen ser condiciones esenciales para tal jurisdicción. Sin embargo, estas condiciones podrian realizarse tambien por la institución de una sección especial para las causas administrativas cerca de los Tribunales de justicia como hay generalmente para las causas criminales.

la causa es realmente de la atribución de estos Tribunales ó de la de los ordinarios. En Alemania, se habian instituido ya, bajo el imperio del sistema administrativo simple, autoridades compuestas de jueces en su mayor parte y funcionarios llamados á decidir la cuestión de competencia. En Francia, se habia pensado igualmente, por la constitución de 1848 (art. 89), en constituir una autoridad semejante, para trazar al menos algunos límites al Consejo de Estado (por otra parte organizado, por esta constitución, de una manera independiente), sin que la tentativa haya tenido ningun resultado. En el sistema de Tribunales especiales, una comisión mixta se formará para decidir conflictos de competencia.

TERCERA DIVISION.

RELACIONES DEL ESTADO CON LOS ORDENES PRINCIPALES DE VIDA Y DE CULTURA.

PRIMERA SECCION.

RELACIONES DEL ESTADO CON LOS ÓRDENES PRINCIPALES DE LA PERSONALIDAD INDIVIDUAL Y COLECTIVA.

Como han sido bastante tratadas las relaciones de derecho público del Estado con las personas individuales, solo falta exponer las relaciones del Estado con las personas colectivas, la familia, la municipalidad y las grandes circunscripciones interiores de las provincias.

CAPITULO PRIMERO.

DEL DERECHO PÚBLICO DE LA FAMILIA.

§ CXXVII.

La familia, primer tronco de la sociabilidad, no es solamente un círculo de derecho privado, sino tambien un círculo de derecho público, y debe estar organizada como una parte integrante del orden público. Esta organización está constituida principalmente por el *consejo de familia*. Este derecho (conocido ya por el antiguo derecho romano en el consejo de los *propinqui et amici*), fué instituido en Francia durante la revolución; puede ser considerado como una mezcla bastante feliz de costumbres germánicas conservadas en el Norte de Francia (principalmente en Normandía, que componia le