

En cuanto á los dos modos de eleccion, llamados el uno modo *directo* y el otro *indirecto* ó de doble grado, pueden ser, empleados en todos los sistemas hasta en el que acabamos de proponer. Sin embargo, aunque el modo de doble grado pueda oponer cierto correctivo al sufragio universal, no puede conservarse largo tiempo en el movimiento democrático moderno; es además un modo artificial, porque el interés directo de cada uno en el orden social, debe encontrarse tambien, bajo una relacion esencial, una expresion directa en las elecciones.

La cuestion del *escrutinio público* ó *secreto* en las elecciones ha sido debatida con calor desde la agitacion de los partidos en Roma hasta nuestros dias. Lo que se puede afirmar, apoyándose en la historia, es que el escrutinio público ha sido pedido principalmente por las clases á 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, ay. 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 dia; 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. 578), 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 lo 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 sus 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 serie 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 naturalizacion, 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 *self-government* y una garantía contra el régimen burocrático. Porque este sistema se forma y se fortalece en proporeion 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 de 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 del 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 *limites* 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 limite. A diferencia de la justicia, la administracion no espera solamente á que se presenten casos para sujetarlos á reglas administrativas, 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 mal 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 administracion, por el con-

trario, 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 instintiva, á establecer mas justas distinciones que una ciencia abstracta, la cual, guiada por puntos de vista exclusivos, tiene pesada taréa 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, hacer lo 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 :

1º En *justicia preventiva*, llamada generalmente la policia (con mayor exactitud, policia de derecho ó administracion en 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).

2º 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 dá algunas veces á todo género de justicia, no designa mas que una parte de esta. Algunos autores en Alemania (M. de Molh) han querido 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 ob-

servar 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. En justicia *reparadora*, teniendo por objeto restablecer el estado del derecho, turbado, sea por litígios 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 todavia, 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 la persona 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 *administracion*, que cuida de los asuntos tales como se presentan en la *actualidad*, forma el dominio mas importante; se la llama administracion por excelencia, y comprende la administracion política y la de cultura, de la que tratará tambien bajo este punto de vista la tercera division.

3. Hay tambien en la administracion reparadora una justicia ó *jurisdiccion*

administrativa, tanto civil como criminal. La existencia misma de causas litigiosas y delitos en el dominio de la administracion, no puede sujetarse á discusion. 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).

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

Tenemos, aún, que considerar sumariamente, los ramos principales de la justicia y de la administracion.

CAPITULO III.

DE LA JUSTICIA.

§ CXXII.

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

La justicia preventiva ó la policia de seguridad, tiene por objeto proteger el orden social contra los actos voluntarios que, segun su naturaleza, pueda 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 constitucion, 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 division 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. Tambien debe haber un tribunal de justicia que decida en todos los casos en que el *derecho* de la policia se pone en duda por los ciudadanos, tribunal ante el cual los empleados de policia pueden comparecer á causa de actos ilegales (§ CXXVI). En la mayor parte de los casos en que su derecho no se disputa, la policia debe hacer comparecer á los contraventores, en los casos en que no puede contentarse con una amonestacion, ante un tribunal sencillo de policia que decida de estas contravenciones.

En el acto del castigo, la policia 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 contravencion 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 infraccion de policia, y en su consecuencia una condena á pagar una multa, aunque ningun mal *real* haya resultado. Pero si se ha causado un mal ó daño *efectivo*, no ya un tribunal de policia, sino un tribunal ordinario, es el que deberia decidir. Hasta ahora se han llevado por lo regular igualmente á los tribunales de policia los casos de daños ligeros.

La policia, sin perjuicio de su mision propia, lleva á cabo, en el organismo del Estado, una *auxiliar*, como *policia 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 policia 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 (1).

(1) 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 teoria 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 agena, y emplea todos los medios para arrastrar y mantener á los 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), 1845, se ha declarado enérgicamente contra el primer sistema y hasta contra toda medida sanitaria por

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 todavia medidas que se relacionan con el órden económico, concierne 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 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 la lesion haya sido *indirecta*, que se haya cubierta de formas legales, habiendo tenido efecto en negocios, por ejemplo, en una venta, perfectamente legales de suyo. Tambien por esta razon el fin de la justicia criminal debe consistir, en primer lugar, en la reparacion, en la correccion de la voluntad mala ó 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 organos 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 el principio sobre los crímenes un sus

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.

Asambleas; mas tarde, sobre todo desde Carlomagno, es un tribunal formado del pueblo, el *Tribunal de los regidores* (*Schoffengericht*, 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 1495, 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 teoria 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. 149). 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 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 divergencia 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 habia 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 atencion, sobre todo por Montesquieu, (en Alemania por J. Moser, en sus *Fantastias patrióticas de 1769*), en la institucion del Jurado como jurisdiccion penal. Desgraciadamente Montesquieu presentó este Jurado bajo un punto de vista esencialmente erróneo, declarando, segun una falsa division, análoga á la que habia hecho de los tres poderes, que el Jurado sentenciaba sobre los *hechos*, y el juez sobre el *derecho*, es decir, sobre la pena que, segun la ley, debia ser aplicada al caso presente. Pero el jurado inglés responde á la cuestion de si el acusado es *culpable* ó *no culpable* del crimen que se le imputa. Para esta decision se reconoce al Jurado la capacidad de saber lo que es un asesinato, un homicidio, un robo, una falsi-

ficacion, etc., y de fallar, segun 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 introduccion 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) habia hecho ya observar que, si se negaba á las gentes del pueblo la capacidad de sentenciar un crimen, no podia castigárselas por haber cometido un crimen, porque la perpetracion 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, despues de una larga y fuerte oposicion por parte de los juriconsultos, fué establecido igualmente en Alemania, desde 1848, se determinó, como en Francia, que las diversas nociones de crímenes, dadas por el Código penal, debian distinguirse, para la inteligencia del Jurado, en sus distintas partes ó en sus elementos mas sencillos, y que el Jurado tendria 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 reunion de hombres formales, con bastante lógica natural para reunir los hechos en una nocion comun, se ve tratado en el continente como un compuesto de hombres que no tienen bastante sentido comun para formar semejante nocion, y que tienen necesidad de ser conducidos con andadores con preguntas muy especificadas, como si la elevada y lata inteligencia de un juriconsulto fuera la única capaz de combinar estas cuestiones en una nocion comun, de examinar si el crimen en cuestion está bastante determinado y de pronunciar la pena. La posteridad comprenderá difícilmente como 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 mas 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, han hecho reconocer cada vez mas este grave error, y se ve aumentar sin cesar el número de criminalistas que piden se vuelva á los principios justos (1).

(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 faltar al Jurado con sí ó *no* sobre la culpabilidad; pero fué rechazado todo el proyecto. En la sesion actual, el

En el Jurado no hay separacion, 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, segun los hechos y segun toda la moralidad del acusado, por la conciencia moral del jurado, 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, segun el grado de culpabilidad y de maldad que el proceso haya revelado en el criminal. El juez no ejerce tampoco una funcion abstracta, mecánica, juzga tambien al *hombre* segun la manera de haberse llevado á cabo el crimen.

El Jurado debe encontrar su aplicacion en todos los crímenes de alguna gravedad. En el continente solo los casos mas graves se reservan al juicio del Jurado. Esta restriccion no se sabia justificar. Sin embargo, hay un orden inferior de delitos en los que el gran aparato del Jurado no tendria proporcion alguna con su importancia. Para sostener sin embargo el principio fundamental de la participacion de elementos populares en toda jurisdiccion criminal, se han instituido en muchos paises de Alemania (primero en Hannover) *Tribunales de regidores (Schöffengerichte)*, 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 puntos 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 juriconsultos ingleses eminentes, como Brougham, Campbell y otros, es tambien desaprobada en su forma actual por la mayor parte de los juris-

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 segun su verdadero espíritu.

(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 clausura 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.

consultos 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 debería 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, deberían 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 actual 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., debería 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 deberían 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 tendría tambien un valor mas moral, sería 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 Tribu-

nales 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 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 tendría pues, segun parece, una mejora suficiente por la añadidura de asesores legos ó jueces oficiales, y es seguro que estos asesores se verían 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 cambio, 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 camarás (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 1831 en Bélgica, para los jueces de un rango mas elevado, ha sido considerado constantemente como una de las mas felices combinaciones (2).

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

(2) El artículo 99 de la constitucion belga dice: « Los consejos de los tribunales de apelacion y los presidentes y vice presidentes 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 »