

las tropas, y aún en estos casos, si éstas deben estar ocupadas por largo tiempo, ó si su número se eleva á más de 2.000 hombres, está obligado á convocar la Asamblea federal y cumplimentar las órdenes por ella dadas (1).

5.—Poder de policía.

No solamente la policía general del Estado es ejercida en nombre y bajo la suprema direccion del rey, sino que éste puede y debe obrar personalmente, segun las circunstancias, en este campo de las funciones políticas. Sin embargo, la ingerencia personal sólo excepcionalmente puede tener lugar, ya para salvar de grandes y extremos peligros la seguridad del Estado, ya porque el auxilio personal sirva para inspeccionar las funciones ordinarias de los órganos de la policía, á fin de que esten aprestados y prontos, ya para infundir miedo contra los abusos y arbitrariedades. Por regla general, las cotidianas necesidades con sus infinitas pretensiones, han menester de cuidados incesantes sobre los empleados y autoridades particulares, por lo cual habremos de tratar en el libro siguiente del principio y organismo de la policía.

(1) Constitucion federal de 1848, § 90, 11, § 74, 9; y la de 1874, § 102, 11.

CAPITULO XIII.

6.—Poder judicial.

En los tiempos antiguos y en la Edad Media, el rey en persona era el juez supremo; en Alemania, el rey presidía y dirigía el tribunal de los príncipes, y en cualquier parte del imperio en que se encontrase podía ocupar el asiento del juez, debiendo ceder en su presencia cualquier otra autoridad judicial (1).

Muy diferentemente van en este respecto las cosas desde el siglo anterior, en el Estado moderno. Toda funcion judicial, propiamente tal, ha sido sustraída, no sólo á la funcion personal, sino tambien á la influencia del rey, pasando á los jueces, los cuales, por otra parte, derivan de aquél su oficio y administran justicia en nombre del mismo, aunque obran independientemente y no segun su juicio ó sus órdenes. El principio del derecho público moderno: «Toda autoridad dimana del rey (2), en nuestros días tiene significado muy di-

(1) El Código sajón, III, 26, § 1, dice testualmente: «Die koning is gemene richtere over» al III. 52. § 2: «Den koning küset man to reihtere over egen, unde len unde over jewelkes mannes lif. Die keiser mach aver in allen landen nicht sin, unde al ungerichte nicht richten to aller tiet, dar umme liet he den vorsten grafscap unde den greven scultheitdum.» III. 60 § 2: «In svelke stat des rikes de koning kumt binnen deme rike: dar is ime ledich monte (Münze) unde toln (Zoll) unde dat gericht.» Parécenos probabe que este principio de la Edad Media ha de resucitar más ó ménos tarde en lo porvenir. Si debe el emperador defender la paz universal y echar por tierra la injusticia aún de los más poderosos, no hay duda que tambien debe presidir el tribunal. A pesar de este nuestro augurio, debemos confesar que nuestros tiempos no están todavía maduros para la adopcion de semejante medida.

(2) Blakstone, I, 7, 3; Constitucion francesa de 1815 § 57, y de 1852, § 7; idem de Baviera, VIII, § 1. Esto no ha sido aceptado por las Cons-

verso y más limitado que en épocas anteriores, pero no por esto ha de creerse, como opinan muchos, que carece de todo sentido; pues está en contradicción con el concepto de la monarquía el que exista en el Estado algún poder oficial no subordinado al soberano. Es cierto que ha desaparecido la dependencia material de los jueces en la administración de justicia, y no hay duda que así debía suceder, porque en esta materia las normas ya en derecho establecidas, son las que ligan y guían á los jueces, y la influencia ó la participación del monarca ántes que para otra cosa, serviría más bien para perturbar que para mantener la falta de prevención é imparcialidad de los jueces. Es tan grande y tan deslumbradora su potestad, que, sin duda alguna, la justicia debe, con justos motivos, temer quedar ofuscada y desconcertada ante su vista. Pero la derivación de todo poder judicial del jefe supremo del Estado y la formal subordinación de los jueces con respecto al mismo, continúa aún siendo reconocida por la monarquía constitucional (1).

En particular, el poder de la justicia del monarca se observa visiblemente en las siguientes instituciones:

a) En el derecho de dictar órdenes generales y reglamentarias dentro de los límites de la constitución y de la ley, á las cuales, áun por los mismos jueces, debe prestarse obediencia;

b) En el derecho de nombrar los jueces y conferirles el poder correspondiente á su oficio. La posición de los árbitros, asesores y jurados es diversa de la de los jueces, puesto que aquéllos no ejercen ninguna autoridad oficial, sino que en cada uno de los casos buscan, digámoslo así, é indican el derecho, de donde, á más de no ser necesario, no es tampoco útil para la natural y despreocupada administración de justicia que estos últimos sean nombrados por el poder político;

c) En la forma de la sentencia jurídica, que se publica y ejecuta «en nombre del rey,» se patentiza la idea de que la justicia del Estado está defendida por el monarca (2);

tituciones prusiana y austriaca de 1849. Esta última dice en el § 100: «Toda jurisdicción emana del Imperio.»

(1) La Constitución de Suecia, 1809, § 17, 21, deja al rey en persona esencial participación en el Tribunal Supremo.

(2) Constitución prusiana, § 68: «El poder judicial se ejerce, en nombre del rey, por jueces independientes y no sujetos á ninguna otra au-

d) En el derecho de inspección sobre los jueces, sobre el curso de las causas, sobre la administración del ordenamiento, sobre los protocolos, sobre los actos y sobre la administración de lo que pertenece al Ministerio de justicia y á sus órganos, en lo cual se incluye también el poder de publicar relaciones estadísticas acerca de la actividad propia de los negocios;

e) En el derecho de dar órdenes sobre la persecución judicial contra los delitos, la cual, en los casos en que está interesada la seguridad y la política del Estado, no puede, sin perjuicio, ser completamente sustraída á la influencia del gobierno. El excesivo celo de los procuradores del Estado, en cuya cabeza no encuentran lugar las miras políticas, puede en estos casos ser tan perjudicial como todo procedimiento laxo y tímido, pudiéndose encontrar el correctivo de ambos defectos exclusivamente en la influencia de la supremacía del poder político, que libremente recorre con su mirada todas y cada una de las relaciones;

f) En el derecho de abolir cualquier inquisición jurídico-penal (*jus aboliendi*) (1), estando siempre en el interés de la justicia el límite de este derecho;

g) En el derecho de mitigar las penas y en el derecho de gracia (2). En efecto, es prerrogativa de la monarquía el que en ella encuentre lugar el derecho de conceder gracia, siendo esta fuente de la nobleza de ánimo confiada á un hombre para que se armonice, hasta donde sea dado, la rigidez de la ley con las múltiples y variables necesidades de la vida y se mitigue el irreparable rigor del derecho (3). No puede el rey conminar pena alguna, si no que ésta es impuesta, según las leyes, en nombre suyo, por el juez. Empero el rey puede

toridad, que no sea la ley. Las sentencias emanan y son ejecutadas en nombre del rey.» Bentham propone se mude la fórmula *par le roi* en esta otra *par la justice*. Pero, ¿por qué motivo la justicia no ha de presentarse personificada en el rey?

(1) Constitución prusiana, § 49: «El rey puede abolir las pesquisas ya empezadas apoyándose en una ley especial.» Por el contrario, la constitución de Baviera VIII, § 4, se expresa así: «No puede el rey en caso alguno impedir un proceso pendiente ó una inquisición ya empezada.»

(2) Blackstone IV, 31, 2; constitución de Suecia, § 23; de Holanda, § 66; de Baviera, III, § 4; de Bélgica, § 73; de España, § 47, 3; de Prusia, § 49; de Francia, año 1852, § 8.

(3) Shakspeare en el Mercader de Venecia, IV, 1.

acordar la remision de la pena impuesta, y si alguna vez ejerce la gracia de indulto, no cediendo al relajamiento sino al sábio valor, entónces el favor otorgado no viene á disolver sino á reforzar el ordenamiento del derecho (1). Mas, por otra parte, el ejercicio de este mismo derecho es un acto con efectos jurídicos, y por esto en la monarquía constitucional es necesaria la firma del ministro;

h) En el derecho de aprobacion de las sentencias de muerte, las cuales no pueden ser ejecutadas sin el consentimiento personal del monarca (2), como irrefutable garantía en favor de la vida de los ciudadanos;

i) En la disposicion y mando para la ejecucion de las sentencias penales;

k) En el derecho de acoger las querellas acerca de la administracion de justicia negada ó diferida, y de emanar órdenes de solicitacion (promotoriales y los llamados *mandata de administranda justitia*, y para remover los obstáculos que se oponen á la administracion de la misma;

l) En el derecho de acordar moratorias (*induciae moratorie*), las cuales pueden ser lesion perjudicial al derecho privado, pero, sin embargo, son necesarias en casos raros

(1) Martín Lutero nos dice en sus discursos: «Un príncipe debe usar de la gracia y del derecho; puesto que, cuando la gracia es frecuente y el príncipe no se irrita, entónces precisamente es cuando no solamente la córte, sino tambien toda la nacion se presenta llena de los más perversos malhechores, decae todo gobierno y se eclipsa toda gloria. Por el contrario, donde el rigor y el castigo son frecuentes, nace la tiranía, y las zozobras y temores de cada dia no dejarán respirar á los súbditos. Los paganos, decian: «la estrechez de derecho es la mayor injusticia» así como hablando de la gracia podría decirse: «Frecuente gracia es la mayor de las desgracias.» Así mismo el padre de familia no puede cometer acto más indigno del nombre que le dan sus hijos que cuando escasea los palos y deja á su prole que obre segun los propios antojos; porque con este nécio amor, propio de mentecatos, va con sus propios esfuerzos arrastrando á sus hijos hasta las manos del verdugo.» Así mismo el elector Maximiliano I, en su obra *Monita ad filium*, segun refiere Alzreitter en el escrito *Boicce gentis, Annales*, III, p. 616 se expresa así: «Si benignitate ac clementia dominatum temperaveris, tibi erunt candida et læta omnia. Firmissimum atque facillimum imperium quo obedientes delectantur: delectantur autem et non tam timent Principem quam timent pro Principe, quando eum advertunt afflictis parcere, vindictæ lenitatem admiscere non dominationem et servos sed Rectorem et cives cogitare, habere subjectos in oculis. Tam principi exosa esse debent multa supplicia quam medico funera. Ars enim ac laus gubernantis servare potius quam perdere descendendo ad extrema.»

(2) Esto concuerda con la opinion seguida en la Edad Media, que el juicio de sangre es juicio especial del rey.

y excepcionales en las grandes necesidades del país, si los deudores deben quedar sacrificados sin auxilio de ninguna clase, contra la violencia de acreedores sin conciencia. Esta institucion en el Imperio aleman era considerada como derecho reservado al emperador, pero despues fué usada abusiva y frecuentemente por los feudatarios. Es necesario que esta interrupcion del derecho (*Iustitium*), no total sino parcialmente privado, sea concedida exclusivamente con grandes precauciones y en casos de verdadera necesidad, por lo cual necesita ciertas formas defensivas, cuya observancia limite aún la misma autoridad del jefe supremo del Estado y la del legislador en los puntos en que el derecho á que aludimos, puede ser ejercido sólo por medio de una ley especial (1).

Por el contrario, se desecha como cosa que no puede ser permitida, todo género de justicia de gabinete (2).

En las repúblicas modernas la jurisdiccion está de ordinario completamente separada del gobierno, estando abolida la subordinacion formal de los jueces (3), no habiendo quedado en esta materia, del llamado poder judicial del jefe supremo del Estado, más que la influencia algunas veces egercida sobre el acto de conferir cargos judiciales, la cual

(1) V. á Zacharia, § 176.

(2) Montesquieu, *Esprit de Lois*, VI, 5. La constitucion imperial prohibía esto en Alemania. Capitular de elecciones, XVI, § 7: «Queremos dejar libre curso á los procedimientos de estos tribunales de justicia del reino, que ninguno de ellos usurpe ó avoque los procesos de otra de las salas y mucho ménos que se dejen conocer las sentencias y providencias dictadas en comun por los de nuestro consejo, que no se ligen las manos á los jueces de la Cámara por rescripto alguno imperial—y, sobre todo no permitimos acontezca en el imperio que directa ó indirectamente se opongan impedimentos al consejo imperial de justicia y á los jueces de la Cámara.» El § 8, añade: «En particular no queremos que por nosotros se pase á los jueces de la Cámara instruccion ó inhibicion, y mucho ménos á nuestros jueces y á los del reino en los asuntos judiciales cuando dicten órdenes ó rescriptos para la expedicion de los *protocollorum pleni et senatum*. Conclusiones de Viena en el año 1820, § 29, y decreto federal del 7 de Octubre de 1830.

(3) El pensamiento de Montesquieu (*Esprit des lois* XI, 6): «Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur» encontró campo fecundo en la América Septentrional y para los Americanos no fué suficiente hacer independiente del gobierno á la misma administracion de justicia, sino que pretendieron separar, bajo todos los puntos de vista, el poder judicial del poder gubernativo y ordenarlo de modo que al lado de éste fuese un poder público igual. Este pensamiento ha pasado posteriormente á la nueva Constitucion de Suiza.

dicho sea de paso, parece ser muy accidental, el derecho de tomar medidas para la persecucion de los delitos y el deber de ejecutar las sentencias (1).

(1) Excepcionalmente el presidente de los Estados-Unidos (*Constitucion*, II, 3.) aún tiene el derecho de indultar y disminuir las penas, excepto en el caso de delitos contra la administracion del Estado. Otro tanto puede decirse del Presidente frances (*Const.* § 55); pero no de los gobiernos de Suiza, estando con mucha más razon prohibido esto mismo á las grandes asambleas.

CAPITULO XIV.

7. Poder de la hacienda.—8. Poder de superintendencia.—9. Fomento de la civilizacion.

7. Poder de la Hacienda.

Es tal el mecanismo del Estado moderno y tales los procedimientos que se emplean para suministrarle los fondos indispensables para sus necesidades, que sin gran trabajo puede el regente hallarse perfectamente enterado de la administracion general de los bienes del Estado, del modo con que se recaudan las rentas públicas, de las provisiones del país y del estado de la contabilidad. En este concepto es bien poco lo que la república se diferencia de la monarquía; pues tambien aquélla reconoce la necesidad de una administracion única, normal y perfeccionada, si bien en este particular no se muestra tan celosa como cuando se trata de manifestar autoridad con actos propiamente gubernativos.

8. Derecho de superintendencia.

Este derecho se distingue de los demás en que sólo indirectamente, y en segunda línea, encierra en sí el elemento regulador, imperativo y defensivo, que son los esenciales componentes del gobierno, mientras que en primer término abraza la propiedad pasiva de tomar conocimiento de las condiciones de todo lo existente. La superintendencia se extiende tambien á inspeccionar el organismo y funciones de los empleados, de la autoridad política, de sus relaciones entre sí, y aún de todas aquellas personas que fuesen esencialmente autónomas y casi independientes del orden general del Estado.

En general, el poder público tiene perfecto derecho á ponerse en conocimiento de todos aquellos hechos acaecidos en el territorio de la nacion, por cuanto que de ellos puede resultar alguna alteracion para los intereses generales. El gobierno está, pues, obligado á dirigir su vista perspicaz á todos aquellos puntos en que fuere preciso dictar las convenientes medidas, encaminadas á alejar del Estado los daños que le amenacen, y á hacerle prosperar en todos sentidos.

Los comisarios régios de la Monarquía francesa y los oficiales de estadística de nuestros tiempos, son instituciones que sirven para el ejercicio de este derecho. En el Estado moderno no tendría nada de extraño el restablecimiento de la primera institucion, es decir, el de los comisarios régios, enviados á las provincias y á los distritos para que, fuera de los ordinarios informes burocráticos, se enteren del estado de los negocios, mediante observaciones inmediatas y personales (1). El Estado debe abstenerse de penetrar en los secretos de la vida privada y familiar, y mucho más de atacar ó mermar la libertad personal por medio de un espionaje indigno y opresivo; en el esclarecimiento de los hechos que urgieren se guardará de emplear medios ilícitos, que darían por resultado convertir la superintendencia en una odiosa tutela, que, de seguro, no le compete.

La superintendencia debe en primer lugar desplegar su actividad acerca de los comunes ó ayuntamientos, las corporaciones, las sociedades por acciones y las instituciones; estas últimas necesitarán para su existencia permiso especial siempre y cuando envolvieren intereses políticos, y será de todo punto supérfluo para aquellos casos en que la reunion de los individuos y la sociedad por ellos formada lleve una existencia meramente privada sin relacion alguna con la gobernacion del Estado, ni con el crédito público (2).

(1) Como recuerdo de los antiguos comisarios, pueden citarse los *Landescommisäre* de Baden, que, instituidos hace poco y dependiendo del ministro del Interior, tienen á su cargo el velar personalmente sobre la administracion de las provincias.

(2) El derecho romano de tiempos del Imperio, limitó bajo este concepto la libertad personal más de lo que los intereses del Estado exigian.

9. Fomento de la civilizacion.

Bajo esta palabra se comprenden las relaciones del Estado con la educacion, el cuidado de las escuelas y de los establecimientos de instruccion, el fomento de las ciencias y de las artes, cosas todas que, si bien no son determinadas en su esencia por Estado, éste debe, sin embargo,—porque tal es su obligacion y derecho,—velar con su poderosa influencia sobre la prosperidad pública del Estado, y bajo este concepto, puesto á la cabeza, dirigir todo el movimiento.

Aquí sería ocasion de tratar de las relaciones del Estado con la Iglesia, que es la comunidad más grande y más independiente por su misma esencia que hay en el Estado y al lado del Estado.

Pero de esta cuestion se trata especialmente en el Libro VI.

CAPITULO XV.

FORMAS EJECUTIVAS.—ORDENES Y DECRETOS.

La potestad gubernativa no queda, como quien dice, agotada con el ejercicio de los derechos hasta ahora expuestos, pues éstos en realidad no son más que emanaciones particulares de la plenitud del poder que en dicha potestad reside, y que siempre bullente, cual en manantial inagotable bullen las aguas, se esparce por nuevas direcciones, según lo requieren las necesidades del Estado.

El poder gubernativo manifiesta su formal ejercicio:

- a) Por la emanación de órdenes generales (*jus edicendi*.)
- b) Por la emanación de decretos, mandatos y prohibiciones que los casos particulares exigen (*jus jubendi*.)

De lo primero ya hemos hablado (1). En lo segundo es donde formalmente se manifiesta la esencia propia de la potestad gubernativa. Querer, como pretenden algunos modernos, que el gobierno sea mera administración, y que la fuerza determinante del mando político pueda irse debilitando hasta no ser más que una vaga é impotente influencia y consejo del gobierno, es sostener ideas sin fundamento y no poco desacertadas. El Estado, puesto que está en su perfecto derecho, puede y debe, no sólo mostrar deseos de que una cosa se haga, avisar á los interesados y recomendarles con eficacia el modo, sino que, llegado el caso, debe dictar órdenes terminantes para mejor lograr el cumplimiento de sus órdenes (2). A este fin hacen los decretos,

(1) Lib. II, cap. 7.

(2) Washington, tan opuesto por naturaleza á todo poder arbitrario

las ordenanzas, los rescriptos, las concesiones, los bandos, las vedas, etc.

Hay un límite que el gobierno no puede traspasar en el ejercicio de su derecho de dictar órdenes; este límite son las constituciones existentes, la legislación, y el ordenamiento jurídico dentro de cuya esfera deben los poderes moverse. Las órdenes del gobierno ven la luz con ocasión de proveer á las necesidades de la prosperidad pública, y, si estas necesidades se han de ver satisfechas, no podrán ménos las disposiciones gubernativas que echar mano de medios idóneos y lícitos.

Esta limitación, con respecto al poder gubernativo, se guarda más fácilmente, aún en la forma exterior, que con respecto á la legislación. En particular los jueces no están obligados en la esfera de su propia competencia á mantener, en la decisión de los procesos, como válidas jurídicamente y suficientes para fundar en ellas una sentencia, las órdenes y disposiciones del gobierno, cuando éstas fuesen, tanto formalmente, cuanto por su contenido, contrarias al derecho. Es más, hay veces en que, si se sienten bastante fuertes, deben defender el orden jurídico existente en contra del mismo gobierno. Por otra parte, sin embargo, los jueces se deben mirar muy bien en arrogarse arbitrariamente la facultad de fiscalizar é inspeccionar las decisiones del gobierno, porque no siempre está bien usar medios jurídicos procesales contra cualquier ordenamiento ó disposición gubernativa, por más que en el fondo ó en la forma aparezca contradecir á las leyes. Así, que por regla general, se puede decir que no es lícito al juez apelar de cualquier disposición gubernativa (1).

Las autoridades gubernativas, inferiores, por el contrario, están por lo regular obligadas á seguir, dentro de la esfera oficial que les es propia, las disposiciones dimanadas

en el Estado, entendié é hizo notar perfectamente esta necesidad. En su epístola del 31 de Octubre, 1876, dice: «Corre la voz de que debíamos interponer nuestra influencia para que terminasen las presentes turbulencias del Massachusetts.» No vemos donde esté esa influencia; mas áun dado caso de que exista, ¿sería remedio conveniente para desórdenes tan escandalosos? La influencia no constituye el gobierno. V. Story, III, 37, § 124.

(1) La exposición más lata de esta cuestión se halla en el lib. V, cap. 6 y sig.

de autoridades superiores á la suya, aunque estas disposiciones contengan cláusulas contrarias al derecho. La razon de esto es porque, no disfrutando las personas aludidas de verdadera independencia, su condicion de subordinados les obliga á acatar las órdenes superiores. Esta misma razon les exime en casos semejantes de toda responsabilidad, la cual cae de lleno sobre el gobierno, especialmente sobre el ministro que dictó medidas tan antijurídicas (1).

En la regla que hemos expuesto puede introducir excepciones tanto la constitucion como la misma ley en algunos casos.

(1) Véase tambien el tomo I, lib. VII, cap. 10.

CAPITULO XVI.

PODER EXCEPCIONAL DEL GOBIERNO.—DERECHO DADO POR LAS NECESIDADES PÚBLICAS.

Es el Estado un sér de naturaleza tan particular que, si su conservacion y existencia,—primer cuidado y oficio principal del gobierno,—exige se violen realmente los derechos individuales y las leyes existentes, quedan estos actos justificados nada más que por militar en su favor la necesidad del país. En todos aquellos casos en que, tratándose de salvar el Estado, se viere ser esto imposible, á no violar los derechos privados y aún los de toda una clase del pueblo, el gobierno no puede, es más, no debe, por consideraciones á dicha clase, dejar que perezca la nacion; antes al contrario, teniendo presente aquel famoso principio: *Salus populi suprema lex esto*, hará todo lo conducente y necesario á la conservacion y libertad del Estado.

1. En este principio se funda el llamado poder excepcional, derecho nacido de la necesidad del gobierno, correspondiente al derecho de necesidad del pueblo. Este poder redundará á todas luces en menoscabo de la libertad y del derecho, y es tal, que si se le elevase á regla general en el ejercicio del poder gubernativo, constituiría un poder absoluto grandemente expuesto á la tiranía. Esto no obstante, como excepcion en caso de necesidad, debe aceptársele como indispensable, si hemos de atenernos al principio de que el todo no ha de sacrificarse á la parte. El buen capitán que aspira en la deshecha tempestad á sacar á salvo su nave, debe sin miedo arrojar á las furiosas y revueltas olas la propiedad de los pasajeros; y el general que desea con afán salir victorioso del campo de batalla, ó salvar su perseguida suerte mediante oportuna retirada, si viere que para con-