

CONSTITUCIONALISMO CONSULTIVO

Fernando Martínez Pérez

Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1. Introducción. 2. Un proceso constituyente consultivo. 3. Legislar consultando. La idea de Código. 4. La actividad consultiva de la potestad judicial. 5. Un Ministerio de Consultores. El ejercicio de la potestad ejecutiva. 6. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace años parte de la historiografía constitucional española viene reivindicando la peculiaridad de la experiencia constitucional gaditana hasta el punto de elevarla a modelo. Más recientemente esa misma historiografía ha terminado de asumir que esa forma de constitucionalización de las sociedades políticas debe predicarse de un ámbito bicontinental. Por esta razón, estos autores entienden la constitución gaditana como especie de un género de constitucionalismo hispano, lo que además les ha permitido contrastar sus interpretaciones con las producidas para América. Uno de los puntos que caracteriza ese género o modelo consiste en constatar cómo las nuevas instituciones funcionaron conforme a una inercia preconstitucional que tiene asiento en la inmanencia de factores estructurales como la persistencia de un modelo corporativo de sociedad política. Si el sujeto que conformaba la unidad de medida de la antropología política del momento gaditano era aún la corporación, respecto de los predicados, esto es, respecto de las funciones políticas, podríamos aventurar que la gestión del poder no pudo desembarazarse de unas maneras que todavía podían ser inherentes a una práctica de gobierno propia de la Monarquía Católica. A partir de estos factores, han podido explicarse muchas de las soluciones gaditanas en términos de constitucionalización (esto es de traslado a un texto constitucional) de algunos mecanismos y dispositivos

tradicionales. En fin, la presencia de una cultura o paradigma jurisdiccional es algo que, al menos para la interpretación de esa historiografía, con la que se alinea el presente trabajo, conforma un punto de partida fundamental en la calificación del orden jurídico y político del primer constitucionalismo hispano. No se abundará aquí en la justificación del rasgo del “jurisdiccionalismo” como clave que hace peculiar este constitucionalismo y que consiste, simplificándolo mucho, en considerar que la gestión del poder y la producción del derecho pudo moverse todavía en el contexto hispano siguiendo patrones que obedecen a lo que el derecho público europeo calificaría décadas más tarde como modelo de Estado de justicia o monarquía judicial. Hablar pues de constitucionalismo jurisdiccional implica considerar que era la justicia, y no la ley, la herramienta de transformación de la sociedad política hispana. La comprensión, entonces, de la formación de la decisión política como producto de un proceso de concreción de equidad o de espíritu constitucional que debe ser descubierta implica necesariamente matizar una justificación estrictamente voluntarista o contractualista del fundamento de la norma. Se trataba más de “acertar” en la formulación de una norma (en el “decir el derecho”) que es tal en cuanto verdadera y en cuanto puede conciliarse con el resto del orden jurídico presidido por la Constitución o su espíritu, que de sentar esa decisión como mandato producido por la voluntad arbitraria de una autoridad legítima.

Interesa aquí, sin embargo, profundizar en una faceta que tiene que ver con las consecuencias institucionales de la afirmación de ese jurisdiccionalismo de cara a explicar la organización y alcance de las atribuciones de los poderes reconocidos en España a partir de 1810; sin perder de vista, además, que las circunstancias en las que se había producido la crisis dinástica y luego la de independencia (recuérdese sólo en este sentido la proliferación de Juntas como instituciones extraordinarias que comenzaron reclamando la condición de “depositarias de la soberanía”) habían generado (o reforzado) la presencia de una multitud de sujetos corporativos a los que fue muy difícil durante toda la primera experiencia constitucional negar autonomía política expresada precisamente en términos jurisdiccionales de definición de derecho y gobierno económico y político de sus respectivos territorios. Ahora bien, conviene, si quiera preliminarmente, que aclaremos qué queremos decir cuando calificamos de consultivo un constitucionalismo. Tentativamente, los presupuestos que definirían esta expresión, como consecuencia institucional de la conceptualización jurisdiccional del primer constitucionalismo hispano podrían enunciarse de la siguiente manera.

1) La comprensión de la toma de una decisión política como resultado de un proceso de “descubrimiento” —esto es de concreción de un orden que no se agota en el texto constitucional al caso concreto—, exige que se llenen una serie de requisitos, esto es, un determinado procedimiento y una debida instrucción. Para calibrar la calidad de la instrucción seguida en la determinación de un asunto, operan criterios como la concurrencia no virtual de los destinatarios de la decisión, o afectados por la medida, pero también la multiplicación de las luces de los sujetos o colectivos que expresan opinión pertinente en cada uno de los asuntos. Atiéndase que la infracción de los requisitos de esa debida instrucción del asunto vicia la resolución porque con tales vicios, dicha resolución se considera como “no causada”.

2) En relación con estos requisitos, comparece la “consulta” como un elemento de la

instrucción de la decisión política cargada de valor político. Consultar es ante todo instruir con participación de cuerpos y sujetos a los que se reconoce no sólo el derecho, sino también el deber de participar en la conformación de la decisión política. Así una tradicional potestad consultiva tiene los rasgos de activarse *motu proprio*, ya que quien consulta puede tener comunicación con cualesquiera otros cuerpos y sujetos, y no sólo con el destinatario de la consulta.

3) La “consulta” propia de las instituciones tradicionales de la Monarquía, con toda su dimensión normativa y jurisdiccional, logró traspasar el momento constituyente y las rotundas declaraciones contenidas en los decretos de 24 de septiembre de 1810. Más allá de la enunciación de diferentes potestades, el carácter consultivo se predicó de todos los órganos constitucionales y no sólo de las autoridades a las que se reconocía explícitamente esta naturaleza. Ahora bien, cuando se califica de consultiva la actividad de las instituciones que encarnaban las potestades (esto es poderes en el ámbito de una competencia siguiendo también una reglada instrucción y con sometimiento a estrecha responsabilidad) legislativa, jurisdiccional o ejecutiva, quiere decirse, no tanto que esas instituciones desarrollaron una función consultiva en su relación con otros poderes, sino que esas funciones legislativas, judiciales o gubernativas se ejercían “consultivamente”.

4) Pero este fenómeno admitía, entonces, una lectura *a contrario*. En la primera experiencia constitucional española también fueron habituales las calificaciones de determinados órganos constitucionales como “mera” o “puramente” consultivos. Con la introducción de estos adverbios, a mi modo de ver, se trató precisamente de denotar un sentido contemporáneo de la función consultiva. Así acaecía, por ejemplo, cuando se definía la naturaleza del Consejo de Estado gaditano, de las Juntas de Censura o, para el Trienio, de la Junta para la protección de la libertad de imprenta. La diferencia entre las instituciones que ejercían potestades y las que se pretendían entonces

reducir a “meros” cuerpos consultivos estribaba en el distinto régimen de responsabilidad por el desarrollo de su actividad. En el caso de los órganos “puramente” consultivos, no se deducía responsabilidad por la evacuación de sus consultas y dictámenes, comprendida como actividad estrictamente pericial. Ahora bien, la inmunidad de cualquier institución en el constitucionalismo gaditano resulta algo excepcional. Y, precisamente, por este carácter excepcional, las instituciones meramente consultivas tuvieron poco recorrido en un experimento constitucional que hizo de la responsabilidad de sindicar a todo tipo de autoridades uno de sus elementos estructurales y seña de identidad.

2. UN PROCESO CONSTITUYENTE CONSULTIVO

Este carácter consultivo en sentido tradicional y lato de la experiencia constitucional gaditana como especie de un más general constitucionalismo hispano, se manifestaba desde un primer momento en un bienio pre-constituyente que comenzaba en el conjunto de la Monarquía con la crisis dinástica y se cerró en gran parte de América en la primavera de 1810 y en la Península en septiembre de aquel año. En este periodo, la salida a la crisis dinástica provocada por las cesiones de Bayona todavía se pensaba en términos de una regeneración constitucional de la Monarquía, entendida como la restauración de rey en el Trono y la puesta en vigor, con las obligadas reformas atendidas aquellas circunstancias y nuevos tiempos, de sus “leyes fundamentales”. Para procurar esa regeneración en el bienio 1808-1809 se multiplicaron los llamamientos a los componentes de la sociedad política hispana para que concurrieran con sus luces en el descubrimiento de esas leyes constitutivas.

Así pues, el debate pre-constituyente hispano adoptó una dinámica materialmente consultiva. Como manifestaciones de la misma,

hay que incluir la invitación que se formalizó en el primero de los Manifiestos de la Junta Central a los sabios de la Monarquía, o sobre todo la que actualmente se conoce como “Consulta al País”. Es sabido que tal expresión fue acuñada por una historiografía progresista que trataba de darle veste moderna a esta iniciativa, parangonando sus efectos en el devenir del proceso constituyente español con el que los *cahiers de doléances* habían tenido en la Francia revolucionaria de 1789. Ciertamente las dos iniciativas no son comparables. Porque, en principio, poco tiene que ver el *cahier* como resultado de la articulación en varios grados de un derecho de petición para hacer llegar al rey las quejas, agravios y súplicas de cada uno de los estamentos, con la consulta como procedimiento tradicional para el descubrimiento del derecho en un sentido amplio según el modo jurisdiccional de gestión del poder en el Antiguo Régimen. Sin embargo, la clara diferencia no ha de llevar a negar la dimensión política de este segundo instrumento. La consulta tenía por destinatarios a los sujetos, cuerpos y autoridades nuevos y tradicionales (Juntas, Tribunales, Universidades, Ayuntamientos, etc.) con los que entonces había de contarse. Porque no es que oficialmente se les supusiera a todos ellos pericia técnica para informar, sino también el derecho y aún el deber de concurrir con sus dictámenes. Aunque ciertamente se requería entonces más opinión que voluntad, el mero hecho de que se generalizase el tradicional —y obligado— procedimiento de consultar y ser consultado implicaba inmediatamente el reconocimiento mutuo de representación y participación política. En este sentido, también debe computarse como parte de la dinámica materialmente consultiva del bienio preconstituyente el llamamiento hecho a las provincias americanas para que, como parte integrante de la Monarquía, enviaran representantes a la Junta Central dotados de instrucciones, que dio pie a la elaboración de un cúmulo de memorias, planes y proyectos de nueva Constitución.

La apertura de procesos estrictamente constituyentes en el mundo hispano a partir de la

primavera de 1810 no supuso, sin embargo, el abandono de maneras materialmente consultivas en la definición de esas normas supremas, ni en la actividad de los “cuerpos constituyentes” que debían elaborarlas. Una manifestación de esto viene dada no sólo por el aprovechamiento que, por ejemplo, las Cortes gaditanas realizaron de los papeles recibidos en respuesta a la “Consulta al País”, sino por el hecho de que siguió dirigiéndose, como parte del proceso constituyente, a otros cuerpos, tribunales y sabios en busca de luces. Recordaré aquí cómo, una vez que el soberano Congreso acordó la redacción de una Constitución como uno de sus principales objetivos, se planteó como labor que había de resultar de un debate jurídico. En este debate se invitaba de nuevo a los sabios de la Monarquía a que sumasen sus luces a las de los que se sentaban en las Cortes para concluir tan importante objeto. Y como resultado de esta invitación llegaron a las Cortes decenas de “memorias”, “proyectos”, “planes”, e “ideas” de constitución que se pasaron a la comisión de Constitución encargada de elaborar el proyecto de la norma suprema. Pero los trabajos constituyentes de las Cortes Generales y Extraordinarias no sólo pasaron por la actividad de una comisión integrada por un número de sujetos suficientemente amplio para que se mostrase suficientemente representativa. Ese constante deseo de “acertar” hizo que se recurriera a sujetos de fuera del Congreso; se seguía consultando la opinión de los tribunales de la Monarquía que, mientras existieron, evacuaron sus dictámenes en este importante objeto; o se aprovechaban los expedientes y debates que, casuísticamente y sin aparente conexión con un programa de redacción del texto fundamental, se formaban en el seno de otras comisiones parlamentarias. En definitiva, el Soberano Congreso parecía no bastarse como cuerpo constituyente para la formación del texto de una Constitución política, bien porque hubiera quien en un seno pensara que España ya tenía Constitución y que en las Cortes no concurría suficiente autoridad para formular o explicitar las leyes fundamentales de la Monarquía, bien, y esto me parece aquí más pertinente, porque se comprendiera que era

preciso el concurso de más opiniones que las de los diputados, porque se tuvieran por más ilustradas pero también por más autorizadas. El examen de algunos de estos procesos pone de manifiesto que se buscaba más el acierto en la solución más acorde y respetuosa de las situaciones jurídicas que obtenían los diferentes miembros que integraban la sociedad política (lo que exigía tener presente en cada caso las concreciones de un tradicional legado normativo), que la articulación de un programa político fruto de la voluntad de la Nación como sociedad de individuos políticamente activos. Esto explica que llegara incluso a denunciarse las pretensiones de algunos representantes de convertir al Congreso en un “colegio de abogados”. Ahora bien, en esta denuncia no hemos de ver un conflicto entre dos sectores del Congreso, representantes a su vez de dos concepciones —contemporánea la una, tradicional o reaccionaria la otra— sobre lo que quería decir establecer una Constitución. Pues, como es sabido, reputados miembros del sector liberal de las Cortes se ganaron justa fama argumentando con un discurso de restauración de antiguas leyes de la Monarquía la eliminación de unos regímenes e instituciones tan señeros del Antiguo Régimen que se consideraban pertenecían a su Constitución material. Tal es el caso del régimen señorial o de los Tribunales de Inquisición, cuya abolición además fue preparada en el seno de la Comisión de Constitución.

3. LEGISLAR CONSULTANDO. LA IDEA DE CÓDIGO

Más allá de su faceta constituyente, la actividad y atribuciones que se reservaron las Cortes generales y extraordinarias ha llamado la atención de una historiografía constitucional que ha debido enfrentar la calificación de la naturaleza de esta institución y, a partir de ahí, la del régimen constitucional gaditano. En este sentido el hecho de que las Cortes se arrogasen exorbitantes facultades apelando a títulos como el de la Suprema Inspección asociada a su naturaleza soberana, y que en consecuencia

se inmiscuyera en el conocimiento de asuntos pertenecientes a otras potestades, ha valido para que se conceptuase el primer experimento liberal como un “régimen de asamblea” o una “Convención revolucionaria”. No se discutirán aquí los fundamentos que justificaron este tipo de injerencias, o la extralimitación de las facultades que se supone tocaban a este cuerpo. Son, en cambio, los modos a través de los cuales expresó todas sus atribuciones, y no sólo las que pueden considerarse hoy como exorbitantes, los que permiten caracterizar al Congreso como cuerpo que funcionó “consultivamente”. Porque, por sus métodos de admitir, informar y tramitar los asuntos, las Cortes se parecen más a lo que se tenía por una representación del reino en la constitución material de las Monarquías ibéricas. Esto es, Cortes que pueden ser sustituidas por una Junta, y viceversa, una Junta que puede ser sustituida por este otro cuerpo, ciertamente más solemne. Paradójicamente, en el mismo momento en el que entraban en crisis las instituciones tradicionalmente consultivas de la Monarquía, era cuando las Cortes generales y extraordinarias reunidas en Cádiz, asumían una gestión consultiva —en un sentido tradicional— de la política, heredando con ello prácticas institucionales. Las comisiones parlamentarias, al formar sus dictámenes, siguieron una práctica institucional que era la propia de los antiguos Consejos de la Monarquía, como pone de manifiesto el examen de la iniciación, información, y tramitación de los expedientes legislativos. Ciertamente pueden indicarse otros motivos para explicar dicha persistencia aparte de los que tienen que ver con la conservación de prácticas institucionales basada en la reproducción de las maneras de gestionar de unos oficiales que, no habituados a prácticas parlamentarias, trasladaban al Teatro de las Cortes la gestión de papeles de los antiguos tribunales de la Monarquía. Esto es, no sólo era “habitus” de una burocracia de Antiguo Régimen lo que motivaba estas maneras administrativas, sino una concepción cultural de cómo gestionar situaciones jurídicas y derechos adquiridos, que me atrevo a calificar de constitucional no sólo en el terreno de la mentalidad, sino como ex-

presión de la estructura, aún antigua, de la sociedad política hispana. Calificar, pues, la actividad normativa de las Cortes como consultiva no tiene que ver sólo con la identidad de una inercia institucional en la tramitación de los expedientes y en la subrogación de las comisiones parlamentarias en el lugar que ocupaban los antiguos Consejos de la Monarquía. Cuando afirmamos que, en su proceder legislativo, en el ejercicio de esta potestad, se amoldó a formas consultivas, queremos significar algo de más amplio alcance que tiene que ver con la consideración que en aquella experiencia jurídico-constitucional significaba la función de legislar. En otros términos, estamos aventurando una respuesta sobre lo que para los artífices del primer constitucionalismo español significaba el ejercicio de la potestad legislativa. Y la respuesta que damos a este interrogante consiste en afirmar la persistencia de una manera tradicional de comprender la producción del Derecho, que no quedó del todo desplazada por la promulgación de un texto constitucional. Pues, a pesar de que se afirmaba un concepto de ley como expresión de la voluntad general de los españoles de ambos hemisferios, esta declaración hubo de conciliarse con la que predicaba de la ley las cualidades de la bondad y de la justicia. Quiere decirse con esto que en el primer constitucionalismo español han de conciliarse las acepciones de ley como acto de voluntad pero también como producto de una *ratio* que todavía pertenece al universo cultural del Antiguo Régimen. No se puede, según estos parámetros culturales, que aún tienen mucho de inercia de tiempos anteriores, predicar para el constitucionalismo gaditano un concepto formal de ley, en cuanto esta última se inserta en un orden normativo que, casi para todo el siglo, ha sido calificado como plano. Así lo viene probando el examen de los efectivos mecanismos y prácticas institucionales que rodearon el proceso de producción normativa, como por ejemplo la publicación de las normas, o su derogación, y con los que quedan desvirtuadas las interpretaciones que proyectan en este tiempo una contemporánea acepción de ley. En este sentido, cuando la comprensión del proceso de creación normati-

va todavía puede aparecer como un proceso de descubrimiento del Derecho (de adecuación de la nueva norma no a ruda equidad, sino a “espíritu de la constitución” y éste, a su vez, entendido en un sentido historicista), pasa a primer plano la importancia de una actividad deliberativa que no se agota en la actividad parlamentaria y por la que trata de conciliarse la nueva declaración normativa con un orden jurídico de algún modo ya pre-constituido. Es más, la deliberación debe ser congruente con la decisión alcanzada. No se entiende entonces que pueda surgir un conflicto entre la instrucción del procedimiento legislativo y la decisión final del legislador. Y también por ello termina desplazándose el protagonismo de la actividad legiferante desde el Congreso hacia otras instituciones cuya concurrencia es obligada en el proceso de producción normativa.

Un ejemplo significativo de este proceder es el que remite a la manera como las Cortes gaditanas enfrentaron la tarea de formación de Códigos. La idea codificadora se manifestó en el mismo momento y en el mismo contexto en que había arrancado la idea constituyente. La formación de un código político, y la de un código civil, penal o de comercio, no sólo compartían contexto y momento, sino que participaban de un mismo procedimiento. El deseo de reforma y mejora de la legislación que entonces se enunciaba nos es conocido, como también sus limitaciones desde un punto de vista sustantivo. Pero no interesa aquí tanto el qué, sino el quién y el cómo; esto es, los procedimientos en los que se concretó la potestad legislativa de las Cortes en un punto no precisamente accesorio, algo que, entiendo, no siempre ha sido debidamente calificado. Porque el debate que entonces se suscitó no versaba tanto sobre la vocación del tiempo gaditano para una codificación de la sociedad política hispana, sino sobre la suficiencia de las Cortes para la elaboración material o la mera discusión y aprobación de un texto articulado por sujetos de fuera de su seno, en quienes se suponía acreditada la ciencia y la experiencia suficiente para depurar y consolidar unos libros jurídicos que contuviesen (más que fundasen)

los ramos del orden jurídico de la plural Monarquía católica. En efecto, algunas de las propuestas que se formularon entonces apostaron por la externalización de la tarea de formación de los códigos, mediante el concurso de personas de fuera del cuerpo legislativo. Esas luces externas no eran sólo la de los “sabios”, sino fundamentalmente la de los tradicionales tribunales de la Monarquía. La sentida necesidad de que la formación no fuese parlamentaria, más que en el momento de la aprobación, tenía que ver con la concepción, que me atrevo calificar de constitucional, de suponer a los diputados como no suficientemente autorizados para producir esos textos, y no sólo por el tiempo que llevaría esta labor más técnica. De hecho, se terminó acordando entonces que fueran personas de fuera del Congreso las que integraran las comisiones de codificación, dudándose incluso si debían ser las Cortes o la Cámara de Castilla y el Consejo de Hacienda quienes hubieran de nombrarlas. Este fenómeno, ciertamente, puede también ser calificado en términos de gubernamentalización de la potestad legislativa, que comenzaría entonces en Cádiz y no a mediados del siglo, cuando se formalizaron soluciones e iniciativas como la creación de comisiones de codificación en el seno del Ministerio de Justicia, la habilitación legislativa al Gobierno, las leyes de base o la convalidación parlamentaria de decretos de urgencia. Sin embargo, me resisto a proyectar a tiempo gaditano un fenómeno posterior. Considero más plausible entender aquella externalización como efecto de una concepción de la producción normativa que se consideraba que correspondía también a los cuerpos letrados de la Monarquía.

Pero además en esta cultura constitucional forma parte de aquella instrucción del procedimiento legislativo la necesidad de consultar a los afectados por la resolución, también porque se entiende que las situaciones jurídicas, que obtienen los miembros integrantes de la sociedad política hispana, forman parte de ese orden jurídico concretado en la Constitución. A ello además conspiraba el mantenimiento del mandato imperativo o voto consultivo

con que no pocos diputados acudieron a las Cortes y que se prueba en el examen de unos poderes concebidos como generales para pleitear sosteniendo los derechos y privilegios de los mandantes en los Tribunales de la Corte y en las Cortes. Cuando las leyes no respondían a la iniciativa de las representaciones o de las exposiciones elevadas al soberano por los sujetos corporativos que conformaban aquella sociedad política, resultaba entonces obligado el trámite de audiencia, una especie de constante *Consulta al país* para asegurar que las nuevas producciones normativas puedan alterar las situaciones jurídicas de los miembros de aquella sociedad corporativa. Aunque, como ya sabemos, no por ilustrada y consultada una ley, la misma dejaba de quedar al arbitrio de sus destinatarios. No hubo problema en reconocer la capacidad de las más diferentes autoridades en explicar, ampliar, interpretar, complementar las decisiones del soberano Congreso en un fenómeno que, sólo con los ojos del jurista contemporáneo, podemos calificar como ejercicio de poder reglamentario.

4. LA ACTIVIDAD CONSULTIVA DE LA POTESTAD JUDICIAL

Otro ejemplo de que el primer constitucionalismo gaditano no pudo sustraerse a maneras tradicionalmente consultivas en la gestión de potestades políticas viene dado por la actividad consultiva que la Constitución atribuía al Tribunal Supremo de Justicia en la aplicación de las leyes. Ciertamente no puede eludirse que el fundamento de esta atribución entroncaba con la reserva a favor del legislativo de la interpretación y no sólo la creación de la ley. Sin embargo, al conceder al Tribunal la facultad de oír las dudas de los tribunales sobre la inteligencia de las leyes, consultarlas con el Rey, para que este promoviera la conveniente declaración de Cortes, además se daba salida a las consultas que los antiguos Consejos elevaban tradicionalmente con motivo de su actividad en justicia. Es sabido que tan relevante era tradicionalmente la actividad consultiva que, a

impulso del soberano, se iniciaba para la elaboración de una provisión de carácter más o menos general, como la que surgía con motivo del conocimiento de un expediente en justicia, definido así por la intervención de partes. Esta tradicional actividad de los Consejos ha sido oscurecida por un sector de la historiografía que, concentrando su atención —a mi juicio en exceso— en el valor de las consultas referidas a “expedientes generales” de cara a la reconstrucción de un *iter* legislativo en el Antiguo Régimen, no ha reparado en que la resolución de “casos” en justicia estuvo vinculada estrecha e indiferenciadamente a la que podíamos —no sin problemas— calificar de actividad normativa en este tiempo. Pues bien, esta última actividad consultiva, peculiar si se quiere por el origen, o el motivo de su iniciación, y por las formalidades de su tramitación, fue la vehiculada a través de las consultas que el Tribunal Supremo elevó durante su efímera vida a las Cortes por mediación de la Regencia o sin ella. Pero esta dimensión consultiva del ejercicio de la potestad judicial no se agotaba en la actividad reconocida al Tribunal Supremo. También de los tribunales territoriales se esperaba que no redujeran su actividad a la “aplicación de leyes a causas civiles y criminales” (al menos en el sentido de exclusividad judicial como se puede entender esta expresión hoy en día), sino que, en cuanto “corporaciones científicas y consultivas” integradas por “ministros sabios en derecho”, auxiliasen para su acierto a quienes obtenían el Gobierno en sus respectivos territorios.

5. UN MINISTERIO DE CONSULTORES. EL EJERCICIO DE LA POTESTAD EJECUTIVA

La actividad de las instituciones que encarnaban el ejercicio de la potestad ejecutiva también podía obedecer, en este tiempo, a una práctica consultiva, definida *todavía* como el asesoramiento del Rey. Así llegó a plantearse en

el particular experimento gaditano en el contexto de las tensiones institucionales suscitadas entre las Cortes y la Regencia, con motivo de la definición de las atribuciones y responsabilidad tanto de esta última, como de los Secretarios de Estado y Despacho, pero también con ocasión de la discusión de la posibilidad de organizar a estos Ministros en una Junta. En este sentido, unos primeros proyectos para organizar el poder ejecutivo reproducían un diseño institucional de tipo polisindial integrado por Consejo de Regencia, Consejo de Estado y Junta de Ministros. Tal arquitectura del poder ejecutivo respondía al intento del sector liberal de reforzar el Ministerio frente a una Regencia connotada de reaccionaria. Y acaso por esto mismo se situaba al Consejo de Estado, considerado como una “criatura del Congreso”, como una especie de “tribunal” a quien la Regencia debía acudir en el caso de que no se conformase con las consultas de la Junta de Ministros. No es del caso señalar aquí la fortuna y las motivaciones de semejante diseño. Sí es preciso señalar, en cambio, que si materialmente la actividad de los Secretarios de Estado y Despacho podía conceptuarse tan consultiva como la desarrollada, como cuerpo, por el Consejo de Estado, una Junta de Ministros se solapaba con el único Consejo del rey reconocido por la Constitución. Y resulta pertinente aquí advertir que, si existía precisamente ese solapamiento, era porque desde ese sector liberal se rehuía explícitamente el argumento de la distinción entre “deliberación” y “ejecución” que hubiera servido para diferenciar al Consejo de Estado respecto de la proyectada Junta de Ministros. Para ese sector, hacer de la Junta de Ministros un cuerpo ahora “puramente ejecutivo” contrariaba aquella finalidad de reforzar la autoridad del Ministerio frente a la Regencia.

En mayor medida resulta pertinente traer a colación aquí los obstáculos que los mismos Ministros expusieron para explicar las razones por las que no podían tener una mayor presencia en las Cortes, para someterse a su control, pero también para informar de primera mano a las Cortes sobre los asuntos de sus respectivos

ramos, auxiliando con esto último el acierto del legislador. Se aducía entonces como obstáculo el volumen de trabajo que desarrollaba cada una de las Secretarías de Estado y Despacho como herederas de los extinguidos Consejos de la Monarquía. Los ministros no podían encargarse de los asuntos de “Alta política” porque pasaban el día resolviendo asuntos de detalle de los que no podían desembarazarse y delegar en otras autoridades precisamente por la estrecha responsabilidad en cadena a la que estaban sometidos.

Esa estrecha responsabilidad de cada Secretario de Estado y Despacho no era entonces excusa para eludir la presencia en las Cortes. Antes bien, es un elemento que permite matizar la identidad de las funciones de los Ministros con las del Consejo de Estado, que se manifestaba en el reconocimiento de los primeros como “consultores”. En 1812 se preveía la responsabilidad de los Secretarios de Estado y Despacho ante las Cortes, no sólo por las órdenes que autorizasen, sino también por las que “sugieran contra la Constitución ó las leyes, ó los decretos de las mismas, sin que les sirva de excusa haberlo exigido la Regencia”. Esta responsabilidad por los dictámenes, que los propios Ministros debían documentar y registrar meticulosamente, contrastaba poderosamente con la inmunidad que, por similar actividad, gozaba el Consejo de Estado.

Por previsión constitucional, los Consejeros no podían ser removidos sino por causa justificada ante el Tribunal Supremo de Justicia (cuyos magistrados debían sus puestos a las propuestas del mismo Consejo). Además, entre las causas de responsabilidad no se conceptuaba la que podía tener el Consejo por la evacuación de sus consultas. Esto es, no se planteaba respecto del Consejo de Estado por su actividad consultiva, lo que sí se había suscitado y resuelto respecto del Tribunal Supremo por su actividad judicial: la posibilidad de que delinquiese como cuerpo y que por este motivo se dedujese responsabilidad ante un Tribunal especial nombrado por las Cortes. Precisamente en esta inmunidad radicaba el carácter *puramente* consultivo del Consejo. El valor de

este adverbio, y la anfibología del concepto de lo “consultivo”, que contenía acepciones tradicional y moderna, separadas por el criterio de la responsabilidad, se reconocía explícitamente cuando se explicaba el mecanismo del refrendo por el que los Ministros quedaban responsables, asegurando la inviolabilidad del Monarca reconocido como único titular de la potestad ejecutiva. Para armonizar las partes de un sistema en el que podía reconvenirse a “personas determinadas cuando su firma esté en oposición con la Ley” era preciso “considerar el Consejo de Estado como un cuerpo *puramente* consultivo, auxiliar del Monarca con sólo su Consejo”. Por ello el adverbio introducido en la definición constitucional de este órgano, aparentemente redundante, era el que modulaba la función consultiva atribuida al Consejo, anunciando una acepción contemporánea, y conjuraba al tiempo los temores a la inmunidad de un “Consejo”, según la concepción extensa de lo consultivo que se ha desvelado en estas páginas. Los temores eran entonces fundados. El Consejo de Estado entendía que consultar sobre asuntos graves gubernativos, una de sus principales actividades, era hacerlo sobre la “policía interior del reino, la educación de la juventud, el fomento de la agricultura, industria y artes, las costumbres y otras cosas de esta naturaleza”. Ahora bien, para calibrar el peligro, lo importante no era el qué, sino el cómo de la función consultiva sobre estos objetos. Porque la cuestión que entonces suscitaba los recelos era que aquella institución pretendiera, por un lado, tener corres-

pondencia regular con las provincias, para que los consejeros pudieran instruir estos asuntos sin la mediación de los Ministros y, por otro, consultar *motu proprio* al Rey o a la Regencia. El Consejo de Estado se presentaba a sí mismo como el destinatario del residuo de facultades, dichas económico gubernativas, de los extintos Tribunales Supremos de la Monarquía, y pretendía gestionarlos conforme a unas maneras administrativas que resultaban preconstitucionales. Pero este tipo de pretensiones no prosperaron porque, de aceptarse, hubieran convertido a la institución en “un cuerpo activo gobernante”.

Ahora bien, también en esta experiencia constitucional terminaron frustrándose los intentos de crear instituciones que podían serlo sólo consultivas porque eran irresponsables. La tendencia de estas instituciones a reproducir una comprensión premoderna del significado de “consultar” fue menos fuerte que la de los actores de aquel tiempo a hacer valer la responsabilidad como elemento de arquitectura constitucional predicable de todos los empleados públicos. Las Juntas de Censura, que habían nacido con la ley de libertad política de imprenta, se pensaron a sí mismas más como antiguos cuerpos consultivos, que como jurados contemporáneos. Por esta razón no tardó en reformarse su régimen para exigirles responsabilidad por sus “calificaciones”. En el mismo sentido, el mismo Consejo de Estado terminó siendo sindicado en el Trienio por haber consultado las propuestas de unos magistrados connotados como contrarios al sistema constitucional.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Para la inmanencia estructural de un modelo de sociedad que por lo que atiene a los sujetos que constituían la unidad de medida del orden político en aquella experiencia constitucional, CLAVERO, B., “Amos y sirvientes ¿Primer modelo constitucional?, *Anuario de Historia del Derecho Español (e=AHDE)*, LVI (1986), pp. 995-1016; PETIT, C.; “Amos sirvientes, comerciantes, algo más sobre el primer modelo constitucional”, en Id. (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons, 1990, pp. 87-122; J. M. PORTILLO, *Revolución de Nación, orígenes de la cultura constitucional en España*, Madrid, CEPC, 2000. La acuñación del paradigma historiográfico jurisdiccional predicado de la experiencia constitucional gaditana puede reconstruirse en, GARRIGA, C. / LORENTE, M., “El modelo constitucional gaditano”, en A. ROMANO/ P. A. Schiera (eds.), *Il modello costituzionale inglese e la sua recessione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà del 800*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 587-614. MARTÍNEZ PÉREZ F., *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, CEPC, 1999; MARTÍNEZ,

F., “Ley expresa, clara y terminante”. Orden normativo y paradigma jurisdiccional en el primer constitucionalismo español”, en *Historia Constitucional. Revista electrónica de historia constitucional*, 3 (2002); GARRIGA, C., “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”, en *ISTOR, Revista de Historia Internacional*, 16 (2004), pp. 20-21. MARTÍNEZ, F.; “Juzgar sin ser Juzgado. El constitucionalismo gaditano como constitucionalismo jurisdiccional”, en M. CHUST (ed.), *Doceañismos, Constituciones e Independencias. La Constitución de 1812 y América*, Madrid, Mapfre, 2006, pp. 79-97. La perspectiva puede sustantivarse hoy, GARRIGA C./ LORENTE M.; *Cádiz 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, CEPC, 2007, 527 pp. Esta obra es recopilación de trabajos anteriores de estos dos autores, pero también contiene un epílogo con exhaustivo estado de la cuestión de la mano de CLAVERO, B.; “Cádiz en España: signo constitucional, Balance Historiográfico, Saldo Ciudadano”, pp. 447-526, a donde remito para ulteriores referencias. La inserción de la experiencia constitucional gaditana dentro de un modelo o género de constitucionalismo hispano que hace visible su carácter bicontinental, es algo que ya está presente en obras colectivas como la de PORTILLO, J. M., *Crisis Atlántica. Autonomía e Independencia en la crisis de la Monarquía hispana*, Madrid, Marcial Pons/ Fundación Carolina, 2006, 318 pp.; LORENTE, M. *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, Madrid, UAM, 2010; obra de recopilación de los trabajos anteriores de esta autora o GARRIGA, C; (coord.) *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, Instituto Mora, 2010, y ya más claramente en ANNINO, A./ LORENTE, M./ MARTÍNEZ, F./ PORTILLO, J. M./ ROJAS, B./ SOLLA, M. J.; *Constitucionalismo hispánico. La tercera experiencia en el mundo atlántico*, Madrid, Congreso de los Diputados (en prensa).

La tesis central de este texto sobre el carácter “consultivo” del constitucionalismo gaditano es algo que ya propuse en MARTÍNEZ, F., “De la función consultiva y del Consejo de Estado gaditanos” en *Historia Contemporánea. Revista del Departamento de Historia Contemporánea de la Universidad del País Vasco*, 33 (2006), pp. 557-580, y ahora en MARTÍNEZ F., “Lo jurisdiccional y lo consultivo en el juego de los poderes gaditanos”, ponencia presentada en el Coloquio internacional “La Constitución de Cádiz ¿un modelo?”, Toledo 4-6 de mayo de 2011. Recientemente he aprovechado esta tesis para una calificación comparada de Cádiz con la experiencia constitucional bonapartista en España, en MARTÍNEZ, F., “La Constitución: de Bayona a Cádiz”, en *20/10*, México (en prensa) y tratamos de sostenerla asimismo para la caracterización de los procesos constituyentes en el mundo hispánico en la obra colectiva *Constitucionalismo hispánico...* ya citada. En cuanto a la definición y actividad de los constituidos, es B. Clavero quien habla de potestad y no de poderes, opción que rescata los significantes originales, y con ello los sentidos tradicionales que todavía pueden operar en esta experiencia constitucional, CLAVERO, B.; *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007.

Precisamente, sobre la calificación de estos procesos constituyentes, aunque sigan siendo de referencia, deben revisarse porque centradas sólo en un contexto peninsular, las obras clásicas de ARTOLA M., *Los orígenes de la España contemporánea*, Madrid, IEP, 1959 y de SUÁREZ F., *El proceso de la Convocatoria a Cortes (1808-1810)*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1972. Sobre este asunto, creo que supuso una inflexión en la historiografía TOMÁS Y VALIENTE, F., “Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución”, en *AHDE*, LXV (1995), pp. 13-125, primera parte de una historia truncada por su asesinato e incorporada en un volumen monográfico de la revista muy útil en otras cuestiones. Véase ahora, el estado de cuestión y propuesta de interpretación de este proceso constituyente de GARRIGA, C.; “*Cabeza moderna, cuerpo gótico*. La Constitución de Cádiz y el orden jurídico”, en *AHDE* (2011) (en prensa) y las muy documentadas páginas que le dedica BUSAALL, J. B., *Le spectre du jacobinisme. L'expérience constitutionnelle française et le premier libéralisme espagnol (1808-1814)*, Madrid, Casa de Velázquez, 2011, 304 pp.

La preeminencia del Congreso sobre el resto de los poderes constituidos, y la tramitación por el mismo de todo tipo de asuntos, ha merecido esa comparación del régimen gaditano con un Gobierno de Asamblea o de “Convención” que se señalaba en texto. Algunas referencias clásicas en este sentido son las de VARELA-SUANZES J.; *Rey, Corona y Monarquía en los Orígenes del constitucionalismo español: 1808-1814*, “Revista de Estudios Políticos” (REP), nº 55, Madrid, 1987, pp. 23-95, o MARCUELLO BENEDICTO J. I., “Las Cortes Generales y Extraordinarias: Organización y poderes para un Gobierno de Asamblea”, en Miguel ARTOLA (ed.) *Las Cortes de Cádiz* (=Ayer, 1, 1991), pp. 67-104. Una valoración distinta y más próxima a la que aquí se maneja sobre las Generales y Extraordinarias es la que se contiene en LORENTE, M., “Del control de los hombres al control de las leyes: Parlamento y Constitución en España (180-1931)”, en VVAA, *Parlamento e Costituzione nei sistema costituzionali europei ottocenteschi* (a cura di A. G. MANCA, L. LACCHÈ) (=Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento, Contributi, 13) Bolonia/Berlín, Il mulino/ Duncker & Humblot, 2003, pp. 187-212. Aquí la autora trae a colación sus conclusiones sobre una calificación del orden jurídico y de la producción de derecho en el experimento gaditano que avanzaba en lo que es más que un estudio sobre la publicación normativa, *La voz del estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, BOE, 2000, porque a través del examen de los mecanismos como el de publicación normativa hace visible un orden jurídico que seguía moviéndose en coordenadas tradicionales, aunque pretendiera contenidos novedosos. Otro ejemplo de este tipo de estrategia historiográfica, es el trabajo sobre la derogación de GARRIGA, C.; “Constitución política y orden jurídico en España: el “efecto derogatorio” de la Constitución de Cádiz”, en VVAA *Doceañismos...*, op. cit., pp. 33-77; o el que firmo referido a la congruencia entre instrucción de expedientes normativos y decisión del legislador MARTÍ-

NEZ, F.; “Comercio y producción normativa en la crisis del Antiguo Régimen hispano: examen histórico-jurídico de la orden apócrifa de 1810”, en *Opinión Jurídica*, vol. 5, n.º 10 (jul.-dic. 2006), pp. 65-83. Véase también GARRIGA, C. “Constitución, ley reglamento: el nacimiento de la potestad reglamentaria en España” (1810-1814, 1820-1823), en *AHDE* 65 (1995), pp. 449-531.

Las dificultades sustantivas para la codificación en España han sido puestas de relieve repetidamente por CLAVERO, B, por ejemplo en “El método entre infieles o el Código en España” en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico moderno* 20 (1990), pp. 271-313. Para una descripción del arranque en tiempo gaditano de este proceso, que en el texto he tratado de reinterpretar, algunas referencias clásicas son las de PESET, M.; “La primera codificación liberal en España (1808-1823)” en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, XLVIII (1972), pp. 125-157, o TOMÁS Y VALIENTE, F. “Aspectos generales del proceso de codificación en España”, en Id., *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Madrid, Alianza, 1989.

Para la organización y actividad de la justicia gaditana, remito a mi obra ya citada MARTÍNEZ, F., *Entre confianza y responsabilidad...* Una revisión de sus presupuestos que incorpora perspectiva americana que entonces faltaba, en MARTÍNEZ F., “Constitución de la Justicia en Cádiz. Jurisdicción y consultas en el proceso constituyente de la potestad judicial”, en *AHDE*, LXXXI, pp. 377-408.

Para la reconstrucción de las tensas relaciones entre Cortes y Regencia, y la consideración del Gobierno en tiempo gaditano, sigue siendo útil la obra de MORÁN ORTÍ M. *Poder y Gobierno en las Cortes de Cádiz (1810-1813)*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1986. Véase en todo caso ahora, por todos, GARRIGA, C.; “Gobierno”, en Fernández SEBASTIÁN, J./ FUENTES J. F. (dirs.); *Diccionario político y social del siglo XIX español*, Madrid, Alianza, 2002, y FERNÁNDEZ SARASOLA I., *Poder y libertad: los orígenes de la responsabilidad del ejecutivo en España (1808-1823)*, Madrid, CEPC, 2001. Donde específicamente trata el problema de la responsabilidad de los ministros por influencia en pp. 441-446. La perspectiva de este último autor sobre el sentido de la responsabilidad en Cádiz no es la que se mantiene en este trabajo. Pionera en destacar el su carácter estructural es LORENTE, M.; *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la constitución*, Madrid, CEC, 1988. Aunque véase también las aportaciones de esta autora junto a Carlos GARRIGA en la obra *Cádiz 1812*, ya citada.

Para la calificación del Consejo de Estado gaditano, puede remitirse a las obras de TOMÁS Y VALIENTE, F.; “El Consejo de Estado en la constitución de 1812”, en (Id, *Obras Completas*, Madrid 1997, vol. III, pp. 2549-2560), y de DE LA CUADRA T.; “El Consejo de Estado en las Constituciones de Cádiz y Bayona”, en *Documentación Administrativa*, 244-245 (ene.-ago. 1996), pp. 13-87, y mi trabajo citado más arriba “De la función consultiva...”. Los textos principales en el diseño y establecimiento de esta institución pueden consultarse en Suárez F., *Documentos del reinado de Fernando VII. Vol. VII. El Consejo de Estado (1729-1834)*, Pamplona, Universidad Navarra, 1971. En cuanto a la actividad y calificación de las Juntas Provinciales de Censura como instituciones consultivas y la reforma en 1813 de su estatuto, un estado de la cuestión en la monografía de ÁLVAREZ JUNCO J./ DE LA FUENTE MONJE, G. *El nacimiento del periodismo político. La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz (1810-1814)*. Madrid, Ediciones APM, 422 pp., pero véase MARTÍNEZ, F.; “Juntas de Censura y Jurado. La aplicación peninsular de la normativa de libertad de imprenta (1810-1823)” ponencia presentada en el Congreso Internacional, “El nacimiento de la libertad de imprenta; antecedentes, promulgación y consecuencias del decreto e 1810”, Cádiz. 10-12 noviembre de 2010.