

DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA Y EL CONSEJO DE ESTADO GADITANOS¹

Fernando Martínez Pérez

Introducción

«Acercas de la Constitución de Cádiz se ha escrito mucho, pero muy poco a propósito del Consejo de Estado como pieza institucional de la misma». Así presentaba Tomás y Valiente hace diez años una investigación que quedó truncada por su asesinato². Al cabo de todo este tiempo se sostienen estas mismas palabras, pues probablemente ninguna institución del primer constitucionalismo español esté más necesitada de estudios que su Consejo de Estado³. Anticipo desde el principio que en estas páginas no pretendo, en modo alguno, llenar una laguna que hasta el momento no se ha podido colmar, pues acaso este asunto merezca un tratamiento monográfico al que el presente trabajo no puede aspirar. Así pues, la finalidad del mismo es la de aportar una calificación más sobre su naturaleza destinada, en el peor de los casos, a sumarse a todas las

¹ Este trabajo debe considerarse como un resultado del proyecto de investigación «Cultura jurisdiccional y orden constitucional: Justicia y Ley en España e Hispanoamérica» (SEJ2004-06696-c02-02) dirigido en la Universidad Autónoma de Madrid por la profesora Lorente Sariñena, y a cuyo equipo de investigación pertenece el autor.

² F. TOMÁS Y VALIENTE, «El Consejo de Estado en la constitución de 1812», en ID, *Constitución: Escritos de introducción histórica*, B. CLAVERO (ed.), Madrid 1996, cap. 3 (= ID, *Obras Completas*, Madrid 1997, vol. III, pp. 2549-2560, por donde cito, p. 2549).

³ Hasta el punto que no existe una monografía sobre el Consejo de Estado, sin que por tal podamos considerar ni la obra de Cordero Torres que se cita más abajo, ni la recopilación de documentación precedida de un, eso sí, extenso estudio preliminar de F. SUÁREZ, *Documentos del reinado de Fernando VII. Vol. VII. El Consejo de Estado (1729-1834)*, Pamplona 1971, ni la más reciente aportación sobre el tema, salvo error por mi parte, que debemos a Tomás DE LA CUADRA SALCEDO, «El Consejo de Estado en las Constituciones de Cádiz y Bayona», en *Documentación Administrativa*, 244-245 (ene-ago 1996), pp. 13-87.

que hasta el momento se han formulado sobre esta institución del primer constitucionalismo español.

Creo, sin embargo, que la dificultad para la calificación del Consejo de Estado doceañista tiene que ver más con la inadecuación de los instrumentos dogmáticos, o los modelos histórico-constitucionales empleados para hacerlo, que con la complejidad de la propia institución. Y a ello contribuye, sin duda, el hecho de que los intentos para la calificación de la institución, con algunas excepciones, hayan partido de una selección de fuentes que obedece a una precomprensión historiográfica según la cual, para Historia constitucional y administrativa para un tiempo contemporáneo, basta un determinado material impreso y es redundante la fuente de archivo⁴. La precomprensión tiene mucho que ver con la presunción por parte del estudioso ubicado en estas disciplinas sobre la centralidad de lo legal y, por tanto, de la actividad de las instituciones a las que se atribuía el ejercicio de potestades legislativas como la clave ordenadora de la sociedad política contemporánea en aquellas geografías que se sitúan —porque se suponen— en la órbita del legicéntrico constitucionalismo revolucionario francés. Así las cosas, gran parte de las escasas aportaciones sobre este tema comienzan por comparar el Consejo de Estado gaditano con el diseñado en la Carta otorgada de Bayona, y uno y otro con referencia al Consejo de Estado creado por Napoleón en el año VIII⁵. A partir de estas comparaciones no es de extrañar que la historia del Consejo de Estado contemporáneo en España venga adjetivada como la historia de

⁴ Contrasta este proceder con el ejemplar, y —por antiguo— de más valor, trabajo fundamentado en documentación archivística de RUBIO ESTEBAN, «El Consejo de Estado. Su organización y política en el segundo periodo constitucional, 1820-1823», en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 6 (1925), pp. 53-98. No faltan hoy en día advertencias de quienes propugnan, también para hacer historia del siglo XIX, no sólo la ampliación del catálogo de fuentes, sino fundamentalmente su tratamiento crítico y cuidadoso, como el que se presta para las fuentes que ilustran la historia jurídica e institucional de otras épocas. Una denuncia sobre las fuentes que la historia constitucional y administrativa referida a la época contemporánea sigue haciendo en M. LORENTE, «Historia del Constitucionalismo, historia de la administración. A propósito de dos recientes publicaciones» en *Initium*, 2 (1997), pp. 579-604. Ejemplo de como una lectura cuidadosa de las fuentes deben ser presupuesto para una Historia constitucional, en J. VALLEJO, «Ortografía y heterografía constitucionales (1869)», en *AHDE*, 63-64 (1994), pp. 615-700.

⁵ Y entre estas aportaciones pueden citarse la que ha pasado como la única monografía, con la de Federico Suárez, dedicada a la institución, José María CORDERO TORRES, *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*, Madrid 1945, o el trabajo de Luis JORDANA DE POZAS, «Le Conseil d'Etat Espagnol et les influences françaises à cours de son evolution», en *Le Conseil d'Etat, Livre Jubilaire*, Sirey 1949, 521-534, aunque, en este caso la comparación bien pudiera obedecer a la sede donde se presentaba. Y, finalmente, sin salirse de este canon historiográfico, Tomás DE LA CUADRA SALCEDO, «El Consejo de Estado en las Constituciones de Cádiz y Bayona», en *Documentación Administrativa*, 244-245 (ene-ago 1996), pp. 13-87.

un fracaso producido por causas que son externas al funcionamiento del propio Consejo. Resulta entonces un tanto paradójico que, mientras el punto de partida sea el de la identidad y la subsunción de la institución hispana en una suerte de modelo francés, inmediatamente dicha asimilación se niegue por la frustración del derivado respecto del modelo.

Aunque se recurra a las mismas y éditas fuentes, aquí se procederá de distinta manera: en primer lugar porque ya sabemos que el nombre no hace a la cosa y, en segundo lugar, porque a estas alturas también sabemos que los modelos histórico-constitucionales tienen bastantes limitaciones como instrumentos para la calificación de experiencias como la gaditana⁶. Así

⁶ Hasta el punto de que sólo pueden persistir en situar la primera experiencia constitucional española en una suerte de modelo francés de constitucionalismo quienes, en primer lugar, se conformen con calificaciones que parten de identidades meramente textuales. Un ejemplo de esto sería el obsoleto trabajo de W. M. DIEM, «Las fuentes de la Constitución de Cádiz» en VV.AA., *Estudios sobre las Cortes de Cádiz*, Pamplona, 1967, pp. 355-ss que aquí no se traería a colación sino por el hecho de sea recuperado hoy por I. FERNÁNDEZ SARASOLA, «La Constitución española de 1812 y su proyección española e iberoamericana» en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, 2 (2000) (= *Modelos constitucionales en la historia comparada*), Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2000, pp. 359-466. En segundo lugar, también cabe la identificación de la experiencia constitucional gaditana con un modelo de constitucionalismo francés cuando las categorías generadas como propias del modelo operan como precomprensiones que se utilizan precisamente como instrumentos proyectados para la identificación de estas mismas categorías en la experiencia constitucional. Así por ejemplo lo hace recientemente este mismo autor, I. FERNÁNDEZ SARASOLA, «La Influencia de Francia en los orígenes del constitucionalismo español», en *Forum historiae iuris*, 2005 (= www.forhistiur.de/zitat/0504sarasola.htm), cuando afirma que los nuevos argumentos para mantener la filiación francesa de la Constitución de Cádiz tienen que ver con un «factor determinante consistente en hablar de «modelos constitucionales», determinados a partir de la filosofía política subyacente, así como de la Teoría del Estado y de la Constitución, el sistema de gobierno y el sistema de derechos que articulan» §§99-100. Esta afirmación se vierte después después de una calificación sobre los trabajos de quien esto escribe, que aquí no se puede suscribir. Pues el constitucionalista de Oviedo atribuye, a quien esto escribe, el participar de una perspectiva institucional consistente en buscar «huellas de instituciones tradicionales españolas en la Constitución e incluso en su aplicación práctica.../no centrándose en la doctrina subyacente, sino en la reminiscencia de ciertas instituciones que trascendieron el texto» §98. Más bien habría que afirmar que lo que no hacemos para calificar esas inercias institucionales es partir de las precomprensiones doctrinales y dogmáticas de las que el constitucionalista participa y que retroproyecta, sino de otros presupuestos que el mismo autor califica en el párrafo anterior como perspectiva «dogmática» §97 y que, incomprensiblemente, el constitucionalista sólo atribuye a parte de quienes nos reconocemos insertados en un mismo proceder historiográfico. Sin perjuicio de que algunos de los rasgos de este método se expliciten en el texto, pertinentísima resulta aquí, por confesión de parte, los que se recuerdan y comparan por B. CLAVERO, «Cádiz en España: signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano» en C. GARRIGA/M. LORENTE, *Cádiz 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, CEPC, 2007 (en prensa).

pues, puede ser conveniente empezar por una lectura acaso ingenua, pero directa, de unas mismas fuentes, i.e. sin mediación de historiografía⁷, conformándonos, en principio, con las definiciones de los propios constituyentes para preguntarnos sobre la naturaleza del Consejo y sobre su posición en el complejo institucional de 1812.

En la Constitución se había definido la institución como «el único Consejo del Rey, que oirá su dictamen en los asuntos graves gubernativos, y señaladamente para dar o negar la sanción a las leyes, declarar la guerra y hacer los tratados». Esta definición se complementaba con otra que establecía que el Consejo era un «órgano puramente consultivo». A partir de estas dos definiciones el constituyente gaditano parecía caracterizar suficientemente la naturaleza, peculiarmente española, del Consejo de Estado.

Como trataremos de mostrar en las siguientes páginas, la aparente redundancia que consiste en calificar el Consejo de Estado gaditano, así en singular, como único y sobre todo como «puramente consultivo» deja de ser tal si se considera que tal definición tuvo un carácter reactivo. El Consejo de Estado entraba en la primera experiencia constitucional más como residuo de una institucionalidad preconstitucional, que como pieza basilar del orden jurídico-constitucional gaditano.

Sabemos que la «consulta» es un instrumento para formar la voluntad o decisión política que resulta inherente a una concepción jurisdiccional de gestión de poder propia del Antiguo régimen y que, por tanto, resulta indisoluble de lo que, sólo desde nuestro presente, consideramos ejercicio confundido de naturalizadas funciones legislativas, gubernativas o incluso propiamente jurisdiccionales⁸. Pues bien, la declaración sobre que el Consejo de Estado tuviera un carácter *puramente consultivo* no implicaba la atribución de funciones preexistentes a órganos diferentes en reconocimiento del dogma constitucional de la separación de poderes, sino que, de alguna manera, seguía portando connotaciones tradicionales que concedían a lo consultivo participación en el ejercicio del resto de las potestades constitucionales. La dificultad para aprehender hoy su naturaleza, o la intuición documentada de que ese Consejo fue algo más y algo distinto que un organismo técnico, son algunas de las

⁷ Tomo ejemplo y aprovecho la perspectiva, en este sentido, del estudio introductorio de B. CLAVERO, «Cádiz como constitución», a la edición de la *Constitución política de la monarquía Española promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812 (Cádiz, Imprenta Real, 1812)*, *Estudios*, Sevilla 2000, vol. II, pp. 75-265, aunque especialmente por lo que aquí interesa, pp. 138-143.

⁸ Para la segunda parte de la afirmación que se vierte en el texto, vid. A. M. HESPANHA, «Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução», en AA.VV. *Hispania, entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán 1990, I, pp. 135-ss.

manifestaciones del peculiar horizonte cultural del constitucionalismo doceañista.

En otros términos, *la dificultad y, en gran medida, el fracaso para convertir el Consejo de Estado en órgano «puramente consultivo» tiene interés precisamente porque demuestra cómo al primer constitucionalismo español le costó imaginar una función consultiva independiente, esto es, que al mismo tiempo no fuera función de gobierno o, mejor dicho, gestión del poder político. Pero esta afirmación opera en todos los sentidos, lo que significa que puede predicarse del diseño y del funcionamiento del conjunto de los órganos constitucionales gaditanos.*

2. Un constitucionalismo consultivo

Así pues, trataremos de probar aquí cómo 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 como manera de gestión del poder que informó la actividad de las Cortes, del Gobierno y de los Tribunales y, por esta misma razón, la relevancia constitucional del Consejo de Estado, residuo —pero no heredero— del sistema polisinodial, o quedaba en nada, o había de ser mucho más que un puro órgano de asesoramiento técnico.

Es algo ya sabido que las instituciones gaditanas funcionaron conforme a una inercia preconstitucional que tiene asiento en la inmanencia de factores estructurales como la persistencia de un modelo corporativo de sociedad política⁹. Como también es sabido que, a partir de estos factores, han podido explicarse muchas de las soluciones gaditanas en términos de constitucionalización de mecanismos y dispositivos tradicionales. Y, en fin, la presencia de una cultura o paradigma jurisdiccional en la gestión del poder y en la realización del derecho es algo que, al menos para la interpretación que aquí se propone, conforma un punto de partida sin retorno en

⁹ 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, B. CLAVERO, *Amos y sirvientes ¿Primer modelo constitucional?*, *AHDE*, 56 (1986), pp. 995-1016; C. PETIT, «Amos sirvientes, comerciantes, algo más sobre el primer modelo constitucional», en ID, (ed), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid 1990, pp. 87-122; C. MUÑOZ de BUSTILLO, «De Corporación a Constitución: Asturias en España» en *AHDE*, 65 (1995), pp. 321-403, pero ahora fundamentalmente J.M. PORTILLO, *Revolución de Nación, orígenes de la cultura constitucional en España*, Madrid, CEPC, 2000.

la calificación del orden jurídico y político del primer constitucionalismo español¹⁰.

Para explicar qué quiero significar cuando afirmo que el sentido tradicional de lo consultivo informa la actividad de cualesquiera poderes o potestades constitucionales en Cádiz pueden traerse a colación dos ejemplos. Son dos muestras que me parecen suficientemente significativas porque van referidas, ahora, a la actividad de potestades distintas de la ejecutiva y tienen fundamento en una abundante documentación de Archivo.

2.1. *La actividad consultiva del Supremo Tribunal de Justicia*¹¹

El primer ejemplo viene dado por la importante actividad consultiva del Tribunal supremo de Justicia diseñado en el texto de 1812. El artículo 261 de la Constitución estableció, como décima competencia del Supremo Tribunal, la facultad consultiva en la aplicación de las leyes por jueces y tribunales en las causas civiles y criminales¹². Este precepto, introducido en el proyecto de la comisión de Constitución por Ranz Romanillos¹³, plantea algunos interesantes problemas que afectan a la calificación del diseño constitucional del Supremo Tribunal y que, por lo que aquí más interesa, tienen que ver, en primer lugar, con la relación entre esta actividad consultiva y las facultades de los cuerpos e instituciones que quedaban extinguidos por la aparición del Supremo Tribunal. Dicho en otros términos, esta atribución podría entenderse

¹⁰ C. GARRIGA/M. LORENTE, «El modelo constitucional gaditano», en VV.AA., *Il modello costituzionale inglese e la sua recessione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà del 800*, Milan, Giuffrè, 1999, pp. 587-614. F. MARTÍNEZ, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, CEPC, 1999, B. CLAVERO, «Cádiz como Constitución», cit.; F. MARTÍNEZ, «Ley expresa, clara y terminante». Orden normativo y paradigma jurisdiccional en el primer constitucionalismo español», en *Historia Constitucional. Revista electronica de historia constitucional*, 3 (2002); C. GARRIGA, «Orden jurídico y poder político en el Antiguo régimen», en *Istor, Revista de Historia Internacional*, 16 (2004), pp. 20-21. Fernando MARTÍNEZ, «Juzgar sin ser Juzgado. El constitucionalismo gaditano como constitucionalismo jurisdiccional», en VV.AA.; *Doceañismos, Constituciones e Independencias. La Constitución de 1812 y América*, Madrid, Mapfre, 2006, pp. 79-97. La perspectiva puede sustantivarse hoy, C.GARRIGA/M.LORENTE, *Cádiz 1812. La Constitución jurisdiccional*, op. cit.

¹¹ Para lo que sigue traigo aquí a colación los argumentos vertidos en F. MARTÍNEZ, *Entre confianza...*, op. cit., cap. 5. §3.

¹² «Oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración de las Cortes»

¹³ *Actas de la Comisión de Constitución (1811-1813)*, F. SUÁREZ, ed., Madrid 1976, (esión de) 6.9.1811, p. 180.

como un reconocimiento de la inercia institucional consultiva mitigadora, en alguna medida, de la traumática desaparición del Consejo de Castilla y de la afirmación constitucional del Consejo de Estado como «el único Consejo del Rey». La facultad contenida en el art. 261.10º de la Constitución suponía una contradicción con la exclusividad, afirmada por el propio texto constitucional, del Consejo de Estado como único órgano consultivo. Sin embargo, a pesar de que la contradicción podía tener un origen constitucional, resulta comprensible si tomamos en consideración que el forzado cumplimiento del dogma liberal de separación de poderes imponía un difícil desglosamiento de asuntos contenciosos y gubernativos. La actividad consultiva hubo de desgajarse atendiendo a criterios no siempre claros. Esto trajo como consecuencia que, sobre un mismo asunto, concurrieran las consultas de las dos instituciones; y ello por el sentido no unívoco de la consulta que, como es sabido, podía deberse bien a la iniciativa del soberano, bien a la del cuerpo consultivo. A la posible concurrencia de las dos instituciones en la actividad consultiva hay que añadir que, sin perjuicio de que los asuntos se conocieran a través del cauce judicial, pudieron ser puestos también en conocimiento del Consejo de Estado por cualquier Secretario de Estado, a instancia de parte o a iniciativa de cualquier otra autoridad. El Rey centralizaba la actividad consultiva también en el caso de las consultas elevadas a las Cortes por el Tribunal Supremo para declaración de ley. Era el Gobierno el que ponía en conocimiento del Congreso la duda planteada por el Supremo Tribunal. Sin embargo, esta última previsión no siempre se cumplió: en ello tuvo mucho que ver, sin duda, el hecho de que las Cortes reasumiesen durante la etapa gaditana todos los poderes, adoptando una práctica institucional a la que no renunciaron en el Trienio.

Ahora bien, al conceder al Tribunal esta facultad no se hacía otra cosa que predicar de la nueva institución una atribución que fue difícil desgajar en el diseño institucional derivado de la Constitución. En otros términos, a través de la concesión al Tribunal de esta competencia se dio salida a las consultas que los antiguos Consejos elevaban tradicionalmente con motivo de su actividad en justicia¹⁴. Es sabido, que tan relevante era tradicionalmente la

¹⁴ 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. Un ejemplo de historiografía a la que me refiero es el de M.I. CABRERA, *El Consejo de Castilla.....op. cit., passim*. Una perspectiva mucho más acertada y una exposición convincente de la actividad del Consejo, a pesar de estar referida a la institución medieval, S. DE DIOS, *El Consejo Real y de Castilla*, Madrid, 1984 cap. IV, con especial atención a la consulta, pp. 459-473.

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. 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 a las Cortes durante su efímera vida. El Tribunal Supremo reproducía anteriores prácticas institucionales, por más que, debido al desdoblamiento con el Consejo de Estado, hubiera cambiado la personalidad del órgano consultante y del soberano destinatario.

2.2. *Consultar el interés de la nación. Función consultiva y potestad legislativa*

El segundo ejemplo, que creo significativo en cuanto que nos permite afirmar lo que he venido a denominar el carácter consultivo del constitucionalismo gaditano, tiene que ver con el funcionamiento de las propias Cortes. Herederas fueron éstas, y no el Consejo de Estado, de los Supremos Tribunales de la Monarquía. Cuando calificamos la actividad de las propias Cortes como un cuerpo que desarrolla su actividad consultivamente no nos referimos al hecho de que el Congreso, reasumiendo todos los poderes durante la ausencia del Monarca, se valiera de su condición extraordinaria durante el primer periodo de régimen constitucional. Antes bien, queremos significar que el normal ejercicio de la potestad legislativa reviste caracteres consultivos que tienen que ver con la formación de la voluntad de la Cámara como depositaria de la potestad legislativa. Las maneras consultivas en el ejercicio de esta potestad se aprecian en la instrucción de los expedientes legislativos en los que las comisiones parlamentarias al formar sus dictámenes siguieron una práctica institucional que era la propia de los antiguos Consejos de la Monarquía. Si se repara en el origen de algunas de las más importantes resoluciones de las Cortes; si se recorren, no ya las deliberaciones del Congreso, sino la tramitación de los expedientes; si, en fin, se acude a la Serie General del Archivo del Congreso con los mismos ojos con los que acudimos a la Sección de Consejos del Archivo Histórico Nacional, entonces acaso podrá reconstruirse una actividad normativa en el que los ponentes hacen las veces de fiscales, las comisiones parlamentarias las de los antiguos Consejos y las Cortes las del rey.

Pero calificar 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 parlamen-

tarias en el lugar que ocupaban los antiguos Consejos de la Monarquía, pues esto podía ser explicado por referencia a la peculiar coyuntura política en la que el Congreso reasumía como depositario de la soberanía nacional la última palabra en el ejercicio de todos los poderes del Estado. 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 afirme un concepto de ley como expresión de la voluntad general de los españoles de ambos hemisferios, esta declaración ha conciliarse con la que predica de la ley las cualidades de la bondad y de la justicia¹⁵. 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 plano¹⁶. 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 ley¹⁷. En

¹⁵ B. CLAVERO, «Vocación católica y advocación siciliana de la Constitución de 1812» en, AA.VV., *Alle origini del costituzionalismo europeo*, A. ROMANO (ed.), Messina 1991, pp. 11-56

¹⁶ M. LORENTE, *La voz del estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, BOE, 2000., ID. «Del control de los hombres al control de las leyes: Parlamento y Constitución en España (180-1931)», en VV.AA., *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/Berlin, Il mulino/Duncker & Humblot, 2003, pp. 187-212. pero especialmente, pp. 201-207.

¹⁷ Sobre el particular, además de las obras citadas en la nota anterior, véase —por específico— el trabajo de C. GARRIGA, «Constitución política y orden jurídico en España: el «efecto derogatorio» de la Constitución de Cádiz», en VV.AA. *Doceañismos...*, op. cit., pp. 33-77.

este sentido, cuando la comprensión del proceso de creación normativa todavía puede aparecer como un proceso de descubrimiento del Derecho (de adecuación de la nueva norma no a ruda equidad, mas 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 preconstituido. 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 legislador¹⁸.

Como consecuencia de lo anterior, si la ley articula la voluntad de la Nación es también porque desde el Congreso se consultan los intereses afectados por aquella¹⁹. A ello además conspira el mantenimiento del mandato imperativo con que no pocos diputados acuden 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 Cortes²⁰. Cuando las leyes no son producto de representaciones y exposiciones elevadas al soberano por los sujetos corporativos de aquella sociedad política, resulta 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 deja de quedar al arbitrio de sus destinatarios. No hay problema en reconocer la capacidad de las

¹⁸ Un ejemplo, aunque iniciado en un tiempo inmediatamente preconstitucional en F. MARTÍNEZ, «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.

¹⁹ «/.../En Cádiz, y esto no puede olvidarse cuando se trata de calificar la ley, los principios políticos no devienen leyes sin más, por obra de aquéllos que definen la voluntad general, es decir, como fruto de la discusión política de los representantes de la nación, sino que entre los unos —los principios— y las otras —las leyes— el ámbito de la discusión se extiende al país *real* y registra la intervención de todos los sujetos, individuales y corporativos, que se sienten o se quieren afectados. Tómese el expediente de cualquier ley o decreto políticamente relevante y podrá observarse cómo la voluntad *general* se definió a partir de múltiples informes, consultas y representaciones *particulares* a menudo debidos a los cuerpos cuya destrucción se presentaba como consustancial a la revolución, con qué resultados normativos es fácil imaginar (y cualquiera puede comprobar)». Cfr. C. GARRIGA/M. LORENTE, «el modelo constitucional...», *op. cit.*, pp. 596-597.

²⁰ M. LORENTE, «José Bustamante y la nación española», en VV.AA., *Doceañismos...*, *op. cit.*, pp. 141-168.

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 reglamentario²¹.

3. El Consejo de Estado

Una vez que hemos recordado cómo hay inercias consultivas fuera del Consejo de Estado, hora es ya de tratar de su carácter y naturaleza a la luz de las atribuciones que le fueron confiadas constitucional y reglamentariamente pero también a la luz de las que pretendió arrogarse. Si atendemos a estas atribuciones, pero también a lo que los coetáneos dijeron sobre el Consejo de Estado, se vienen habitualmente a destacar algunos perfiles que sitúan a esta institución en el delicado juego de poderes del primer constitucionalismo hispano. Viene a calificarse la institución como de carácter político y más cercano por composición y funciones al poder legislativo que encarnaban las Cortes, que al titular del poder ejecutivo²². Este juicio se formula al hilo de las declaraciones que rodearon la decisión sobre el establecimiento del órgano colegiado en la Constitución; de las circunstancias que motivaron su instalación prematura porque se entendió como requisito previo para el arreglo del sistema de Gobierno de la Regencia de enero de 1812²³; y, finalmente, a partir del problemático, y ya hace tiempo documentado, proceso de redacción de su reglamento de régimen interior.

3.1. *La sombra del legislativo*

Con una expresión que no sólo fue afortunada en el seno de las Cortes y que la historiografía no ha dudado en recoger, los constituyentes temían que

²¹ C. GARRIGA, «Constitución, ley reglamento: el nacimiento de la potestad reglamentaria en España» (1810-1814, 1820-1823), en *AHDE* 65 (1995), pp. 449-531.

²² Conclusivamente TOMÁS Y VALIENTE, «Aquel Consejo es una pieza política en el equilibrio entre poderes. Una pieza original, a mitad de camino entre Senado, Diputación de las Cortes, Consejo de Gobierno o mecanismo de vigilancia del Rey», *cfr. op. cit.* p. 2559.

²³ Como nos recuerda Tomás y Valiente la instalación del Consejo de Estado vino detonada por la propuesta de alterar el sistema de gobierno introduciendo cambios en el Reglamento de la Regencia que le concedían un mayor margen de actuación. *Ibid.* p. 2551.

el consejo de estado «hiciese sombra al cuerpo legislativo»²⁴. Este temor se asentaba en el alto número de los Consejeros y en su extracción aristocrática. La calificación del Consejo de Estado como una suerte de Cámara Alta de naturaleza estamental y representativa se fundamentaba en el hecho de que se reservasen plazas de Consejeros a Grandes de España, Dignidades eclesiásticas, y a sujetos provenientes de las provincias ultramarinas. Este temor de los constituyentes gaditanos se convierte en interpretación de la actual historiografía. Así, se viene a decir hoy que mediante su establecimiento los constituyentes trataban de compensar, en la composición del Consejo de Estado, las aspiraciones, de un lado, de los que habían apostado por una reunión estamental de las Cortes; y, de otro lado, de los que propugnaban la igualdad de representación de las dos Españas, la Peninsular y Ultramarina²⁵. Para conjurar este peligro, sin embargo, se recordaba que, más que sombra de las Cortes, el Consejo era su criatura. En otros términos, más que hacer sombra al Congreso era sombra proyectada del mismo para jugar un papel que entonces se entendió relevante en el juego de los poderes instituidos en la primera experiencia constitucional y que tenía que ver con el control preventivo del ejercicio de la potestad ejecutiva²⁶. Toda la historiografía reconoce hoy este carácter de criatura de la Cortes para freno de la potestad ejecutiva del Consejo que se impuso a las definiciones de este cuerpo consultivo como auxiliar del rey o de la Regencia. Y además la consideración del Consejo de Estado como cuerpo situado, en cierto modo, *au-pres* del Congreso creo que facilita, más que dificulta, la calificación de la naturaleza de esta institución en el primer constitucionalismo español.

Como criatura de la Cámara, también el Consejo de Estado podía resumir, aunque consultivamente, todos los poderes del Congreso Nacional. A este Consejo se encomendaban funciones que serían exorbitantes por demasiado depresivas para la autoridad real si fueran desarrolladas directamente

²⁴ La expresión es de Argüelles, quien la vierte en la discusión sobre el proyecto de Constitución y a propósito de la objeción sobre el alto número de miembros que habrían de componer el cuerpo consultivo. Merece la pena extractar el lugar donde se producía por lo que más adelante se dirá sobre el régimen de responsabilidad del Consejo: «unos hombres propuestos por las Cortes y nombrados por el Rey, que no pueden ser removidos de sus destinos sino por justa causa probada en juicio contradictorio, acompañados del esplendor del poder, y colocados al lado del Rey y en la córte, formarían un cuerpo aristocrático, que podía hacer sombra al Cuerpo legislativo, cuyos individuos regularmente no tendrían todas aquellas condecoraciones y prestigios que acompañarán á los consejeros de Estado». *DS-CGE (=Diario de las Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias)*, s. 27.10. 1811, p. 2158. El Conde de Toreno, dos días más tarde, recurría de nuevo a la expresión en apoyo de la reducción del número de Consejeros, *cfr. DSGCE*, S. 29.10.1811, p. 2171.

²⁵ Así, por ejemplo, F. TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, pp. 2552-2553.

²⁶ T. DE LA CUADRA, *op. cit.* p. 52-53.

por el Congreso, y que garantizaban el control de la potestad ejecutiva no estando reunidas las propias Cortes. Expresaba también el Consejo, por el modo de selección, y por la autoridad de sus integrantes, también el voto de la Nación. Pero por estas mismas razones este Consejo de Estado podría convertirse en una amenaza para la Representación nacional, en la sombra del legislativo. En estas claves se movió, en mi opinión, el diseño, establecimiento y primer funcionamiento del Consejo de Estado constitucional.

Y desde esta perspectiva, podemos repasar las facultades que se atribuyeron al único Consejo del Rey, comenzando por las que entrañaban ejercicio de potestad legislativa y, señaladamente, las que tenían que ver con su intervención en la propuesta y sanción de las leyes. El administrativista hoy parece extrañarse de que para conjurar el peligro de que el Consejo se convirtiera en una suerte de Cámara Alta se acudiera a la explicación sobre el procedimiento de selección de los consejeros, y no a la explicación más sencilla de que el Consejo «no era Senado porque no participaba en la elaboración de la ley, se limitaba a dar consejo al rey sobre la sanción de las leyes»²⁷. Precisamente porque entonces la formación de la ley no sólo era formalización de la voluntad de un cuerpo político o de un sujeto investido de poderes de sanción y veto, sino también —y todavía— resultado de un proceso que concluía con el descubrimiento de la norma, era preceptiva la intervención de un cuerpo que rebosase de aparente ilustración. Por todo ello, para autorizar la ley, era preciso autorizar a quien instruía el procedimiento de su elaboración. Y los consejeros eran autorizados doblemente por el origen de su mandato y por sus propias calidades, no por la pericia demostrada en la evacuación de unas consultas que se rodeaban de sigilo²⁸.

²⁷ *Ibid.*, p. 48.

²⁸ Y así, de la misma manera que hemos probado cómo en el constitucionalismo gaditano, manteniéndose la prohibición de expresar las razones de los fallos, las resoluciones judiciales se autorizan y legitiman por las calidades de los jueces que las pronuncian y del procedimiento seguido para su adopción (F. MARTÍNEZ. *Entre confianza...*, *op. cit., passim*), respecto del Consejo de Estado se da a entender que la Consulta de un cuerpo —tan autorizado por las supuestas calidades de quienes lo integran— es uno de los requisitos fundamentales del procedimiento que hace de la sanción regia el elemento que autoriza la ley inspirando confianza en sus destinatarios. Como así se puede deducir de la exposición que acompaña la presentación por la comisión parlamentaria de su dictamen sobre el reglamento del Consejo de Estado: «/.../tuvo la Comisión una idea política dirigida a consolidar y hacer más y más respetable la dignidad real puesto que el Gobierno de la Nación debe ser Monárquico moderado, y que nada fuera más dañoso a la Nación misma que sentar el trono sobre un cimiento débil. Uno de los medios de conseguirlo pareció ser hacer entrar en las resoluciones gubernativas del Monarca el Consejo de hombres entendidos, que dando peso a las medidas del Gobierno y asegurando su acierto, conciliasen tanto más en favor de ellas el respeto y la obediencia de los pueblos, cosas ambas que han de nacer de su confianza», cfr. *DSCGE*, s. 19.5.1812, p. 3195.

La relevancia en aquellas coordinadas culturales e institucionales de lo consultivo para la producción normativa no sólo tenía que ver con la consulta de la sanción de las leyes, sino que alcanzaba la participación del Consejo en la formación de las mismas. Ahora bien mientras la obligación de consultar al Consejo de Estado para conceder o negar la sanción de las leyes se derivaba explícitamente de la Constitución (art. 236), la intervención del órgano consultivo en la facultad regia de presentación a las Cortes de las propuestas de nuevas leyes o reformas, sólo aparecía en el primer proyecto de Reglamento del Consejo de Regencia de enero de 1812 que aprobado, sin discusión en 2 de enero de 1812 se convertiría en el art. XIX del capítulo 2.º de aquel Reglamento. Y desde este punto de vista, la obligación de consultar al Consejo de Estado en el ejercicio de esta facultad suponía una restricción, seguramente por predicarse de la Regencia, a una atribución que incondicionalmente se había reconocido por la Constitución al rey. El enganche constitucional de la intervención del Consejo para esta restricción hemos de localizarlo en «los negocios graves gubernativos» que se entendieron, como tendremos ocasión de ver más abajo, como aquellos de los que resultase «regla general». Lo que también quiere decir, como tendremos ocasión de ver más abajo, que la dimensión regulativa de las atribuciones de alto gobierno (por distintas del gobierno económico y político de los pueblos y provincias) no sólo se reservaba a las Cortes por la Constitución, sino que además se garantizaba que quedara mediatizada, por la intervención del órgano consultivo, la posible intervención del ejecutivo en ellas a través de la vía proporcionada por las «reformas».

3.2. *Consulta y suspensión magistrados y ministros*

Pero las atribuciones del Consejo de Estado no se ceñían a esta intervención en el ejercicio de una potestad normativa que sólo formalmente compartían el Rey y las Cortes. Como único consejo del rey suelen reseñarse algunas competencias que se entienden propias del poder ejecutivo como es, por ejemplo, la consulta de los empleos de magistrados y eclesiásticos. Ahora bien, sobre esta atribución, más que auxilio del ejecutivo, el Consejo mostraba, de nuevo, su condición de criatura del Congreso. Pues en formar las propuestas de ternas de estos empleados públicos el Consejo no sólo se subrogaba en el papel desarrollado por la Cámara de Castilla, sino que más bien venía a ejercer una parcela de la gracia que, por motivos políticos, no había querido residenciarse en las mismas Cortes. En efecto, no fue desconocida la idea de que fuera el Congreso el que propusiera las

ternas de los magistrados en la primera experiencia constitucional²⁹. Sin embargo esta posibilidad se desechó porque esta labor sería interminable y porque convertiría a las Cortes en una suerte de Tribunal³⁰.

Ahora bien, quedémonos con este último dato para valorar otra de las atribuciones del Consejo de Estado. De todos es sabido que, aunque las Cortes renegasen de este dictado, efectivamente jugaron en Cádiz el papel de un Tribunal, y no sólo para hacer efectiva la responsabilidad de Ministros y Tribunal Supremo. Las Cortes por la Constitución quedaron garantes de la observancia de texto y orden constitucional a través del procedimiento de infracciones que, como es sabido, terminaba con la suspensión del empleado infractor para su ulterior procesamiento³¹. Pues bien, las Cortes desarrollaron unas facultades que el Consejo de Estado pretendió. En efecto, en la propuesta de reglamento de régimen interior que formaron miembros del Consejo de Estado, éstos se dirigían a las Cortes afirmando que:

«la calidad de consultivo, que tiene principalmente el Consejo de Estado, parece le pone en precisión de no creer llenos sus deberes con la sola contestación a las consultas que se le hagan, sin la facultad de hacer al Rey o al Gobierno, en cuantos casos y ocasiones lo exija el bien de la Nación, las consultas o proposiciones que crea convenientes, ya que con relación al modo de servir sus destinos todos los Ministros y Magistrados públicos, ya también sobre cualquiera infracción de las leyes o la Constitución del Estado».

Esta idea fue rechazada por la Regencia y las propias Cortes porque implicaba una intromisión en las facultades para la denuncia de las infracciones a la Constitución. Aunque se negara esta posibilidad hay que advertir que el Consejo ya participaba en los procedimientos de exigencia de responsabilidad de jueces y magistrados toda vez que en el art. 253 de la Constitución se establecía que el rey sólo podría suspender a los magistrados contra los que hubieran llegado quejas tras consultar a su Consejo. Esta intervención preliminar del Consejo en los procedimientos de exigencia

²⁹ La posibilidad no debe extrañar en un momento en el que, como Extraordinarias, las Cortes reasumían todos los poderes y podía hacerse explícita en los primeros momentos de sus trabajos. Así sucedía, como era de esperar, en la discusión del primer reglamento del consejo de Regencia bajo la forma de una suprema inspección. Y así lo proponía Valiente como adición al artículo en que se continuaba atribuyendo a las Cámaras la propuesta de las ternas de judicatura, *DSCGE*, s. 22.12.1810, p. 216. Pero también en el debate constituyente sobre el Consejo el diputado Castelló reclamaba que estas atribuciones pertenecieran a la Nación representada en Cortes o a la Diputación nacional no estando aquellas reunidas, *DSGCE*, s. 27.10.1811, p. 2158.

³⁰ La expresión es de Argüelles en *DSCGE*, s. 22.12.1810, p. 216.

³¹ Por todos, M. LORENTE, *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la constitución*, Madrid, CEPC, 1988.

de responsabilidad de los magistrados nos recuerda, aunque son muchas las distancias, la función que el mismo desarrollaría a partir de 1845 y una de las que ya ejercía el homónimo Consejo de Estado francés, esto es, la autorización para juzgar a los empleados públicos. En sede conclusiva volveremos sobre la relevancia de esta comparación, ahora interesa seguir examinando la naturaleza del Consejo al hilo de sus atribuciones.

3.3. ¿Un «Cuerpo puramente consultivo» o un «cuerpo activo gobernante»?

Pues por fin entre las atribuciones del Consejo, expresivas de esa única y pura función consultiva, hemos de dar cuenta de aquella en la que se quintaesenciaba su naturaleza. Me refiero a la actividad desarrollada por esta institución en los «asuntos graves gubernativos» que eran «aquellos de los que resulte reglamento general» y respecto de los cuales el rey estaba obligado a oír al Consejo.

Sobre el particular, y antes de empezar a examinar el criterio material que señalaba el ámbito de actuación consultiva, conviene apuntar que además de los reglamentos de ejecución de carácter general con los que primeramente podían identificarse los asuntos graves ejecutivos, habría que contemplar que durante esta primera etapa constitucional, como bien ha quedado probado por Carlos Garriga³², podía desarrollarse una actividad reglamentaria *praeter legem* de la que surgirían resoluciones generales y en las que parecía conveniente introducir un mecanismo de control en forma de previa audiencia de la criatura de las Cortes³³.

³² C. GARRIGA, «Constitución, Ley, Reglamento...», *op. cit.*, *passim*

³³ El diputado Vega hacía ver la importancia de oír al Consejo de Estado en la expedición de los Reglamentos contra la opinión de Dou que minusvaloraba este trámite «/.../El Congreso nacional da la ley: la Regencia ha de ejecutarla son muchas veces precisos y conducentes decretos, reglamentos é instrucciones: todo es así; ¿más se inferirá legítimamente que tales decretos, reglamentos é instrucciones sean de poco momento? Por el contrario, si la ley es importante, así lo serán los decretos para su ejecución, y á medida que crezca la utilidad é importancia de la ley, crecerá la utilidad é importancia de los decretos, y crecerá también la necesidad de meditarlos y consultarlos, que es á lo que termina el artículo en disputa. ¿Ignora V. M. que muchas leyes no se cumplen exactamente y conforme á los deseos del legislador, y aun que positivamente se eluden porque los decretos, instrucciones ó reglamentos son defectuosos, si no contrarios al objeto de las mismas leyes? ¿Cómo, pues, puede el Sr. Dou calificarlos de poco momento é importancia? Son, Señor, de tanta como las leyes, á las que por medio suyo se de la cumplida ejecución, con la quedamente se logra el fin que el legislador se ha propuesto, La ley por si sola puede decirse que es únicamente un buen pensamiento; su ejecución es le que la hace útil y provechosa. Tanto cuidado, pues, si no más, debe ponerse en lo uno como en lo otro; y tanta importancia, en consecuencia, se encuentra en los decretos que conducen para ejecutar las leyes, como en el establecimiento de estas...», *DSCGE*, s. 2.1.1812, p. 2529.

Esta institución en el momento de formular su propuesta de régimen interior interpretaba que 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 suelen ser la materia sobre la que versan los negocios económico-gubernativos». Así el Consejo al consultar sobre asuntos graves gubernativos jugaba un papel importante en la dimensión regulativa de una función de *Police* general que escapaba, de un lado, a la esfera del «gobierno económico y político» de pueblos y provincias pero, de otro, a las facultades normativas que sobre estos asuntos se habían reservado las Cortes. En su consulta sobre su régimen interior el Consejo proponía dos mecanismos para la evacuación de las consultas sobre estos asuntos que, según dictaminaría posteriormente la Regencia, alteraban la naturaleza de la institución. El primer lugar, se proponía que las provincias tuviesen correspondencia regular con los consejeros, para que estos pudieran instruir estos asuntos sin la mediación de los Ministros³⁴. En segundo lugar, se proponía que el Consejo pudiera consultar *motu proprio* al Rey o a la Regencia³⁵.

La pretensión no podía prosperar pues, de aceptarse, convertiría al Consejo, en palabras de la Regencia, en «un cuerpo activo gobernante»³⁶. Repárese que esta calificación se efectuaba sobre una actividad que, en modo alguno, se presentaba como decisoria sino de mera consulta. Pero en

³⁴ Así se deducía del art. 14 del proyecto de reglamento interior presentado por el Consejo de Estado en 19.5.1812: «El Consejo consultará con el Rey con libertad cristiana lo que crea conveniente para el bien de la Religión y la Nación sin atender a respetos ni intereses personales; y para poder hacerlo con juicio e instrucción, las Provincias de la Península y los Reinos y Provincias de Ultramar tendrán correspondencia con el Consejero que se asigne», AHN, Estado, leg. 881 (*apud* F. SUÁREZ, *op. cit.* p. 150-151).

³⁵ Así se deducía de la Consulta del Consejo de Estado con motivo de la presentación de su propuesta de reglamento interior «/.../Arbitro el poder ejecutivo, excepto en algunos casos designados en la Constitución, de pasar a la Consulta del Consejo los expedientes que le pareciere, propenso siempre, como una triste y larga experiencia lo manifiesta, a la arbitrariedad y al despotismo ¿Cómo buscaría el dictamen del Consejo en los negocios en que no le quisiese oír? Ni aun cuando el Consejo, de propio movimiento, le representase, si para esto no esta autorizado con el respeto que imprime y da la ley, tendrían poca más fuerza sus representaciones que las de un simple particular/.../». AHN, Estado, leg. 881, *apud* F. SUÁREZ, *op.cit.*, p. 135.

³⁶ «La Regencia, Señor, no percibe a qué objeto pueda ser necesaria esta correspondencia (del Consejo con las provincias y los reinos y provincias de Ultramar) que por sí sola convierte al mismo Consejo en un Cuerpo activo gobernante; lo cual no se acomoda a su modo de entender con el espíritu de la Constitución; esto además produciría una grande complicación en los negocios y acaso invertiría el sistema político que han fijado las Cortes para la Monarquía Española». *Apud*. F. SUÁREZ, *op. cit.*, p. 151.

aquel contexto el temor estaba fundado³⁷. El papel que pretendía arrogarse el Consejo era el que habrían de desarrollar los nuevos Ministerios de Gobernación de Península y Ultramar. 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. En realidad, con ello no se hacía sino expresar en términos constitucionales el tradicional conflicto entre Consejos y Secretarios, que tuvo otros muchos episodios a lo largo de la vigencia de la Constitución gaditana, sobre todo en el Trienio. Las apelaciones del Consejo de Estado al despotismo ministerial como fundamento de sus aspiraciones tienen, ciertamente, un sabor de Antiguo Régimen.

Pero el ejercicio de sus atribuciones por la Regencia se pensaba también en clave preconstitucional, no sólo por el propio Consejo, sino por las Cortes. Esto ya se había puesto de manifiesto en un momento anterior con motivo de la discusión del Reglamento que había de arreglar el sistema de gobierno seguido por la Regencia en enero de 1812 y en cuya tramitación, como bien es sabido, y como hemos ya apuntado, la instalación del Consejo de Estado aparecía como un requisito previo. En efecto, en el primer proyecto de nuevo Reglamento de la Regencia, que la comisión parlamentaria presentó al pleno en enero de 1812, se establecía una suerte de polisindia en el ejercicio de la potestad ejecutiva que venía dada por la presencia del Consejo de Regencia, del Consejo de Estado y de una Junta de Ministros, y aquí radicaba la novedad, que se institucionalizaba para coordinar la acción del gobierno y que respondía al intento del sector liberal de reforzar el Ministerio respecto del Consejo de Regencia. Según el mecanismo previsto en este proyecto, el Consejo de Regencia quedaba situado entre otros dos cuerpos: la Junta de Ministros, a la que debería oír, y el Consejo de Estado, a quien podría acudir si no conformase con el dictamen de la Junta de Mi-

³⁷ Así pues, también en otro aspecto que aparentemente sólo tocaba al régimen y orden interno del Consejo y al despacho de sus asuntos, la Regencia al dictaminar sobre la propuesta de reglamento formada por el Consejo de Estado no dejaba de mostrar su prevención. Se trataba del artículo por el que se disponía que los jefes de mesa y oficiales de cada una de las Secretarías los nombrase el Consejo a propuesta del Ministro del ramo, siendo estos Jefes de mesa quienes además habían de despachar los negocios en las respectivas comisiones internas y quienes debían extender y rubricar los asuntos. Para la Regencia, que el nombramiento de un «empleado de confianza y autoridad» como eran los Jefes de mesa fuera nombrado por el Consejo y además para formar cuerpo con cada una de las comisiones del Consejo concediéndoles una especie de independencia respecto de los Ministros, abría las puertas para que fácilmente «se alterase la esencia del Consejo que es meramente consultiva según la Constitución», Dictamen de la Regencia del Reino, *apud* F. SUÁREZ, *op. cit.* pp. 154-155.

nistros. Esta posición del Consejo como suerte de tribunal de apelación de las consultas del Ministerio servía a Aner para denunciar que con el sistema propuesto,

«Los Secretarios no serían secretarios porque serían Regentes; Los Regentes no serían Regentes porque serían dependientes y ejecutores de la voluntad de los Secretarios; y el Consejo de Estado no sería Consejo de Estado porque sería una especie de Tribunal de apelación»³⁸

Ahora bien, en este punto nos interesa destacar otra objeción contra este sistema de gobierno que consistía en que, con la instalación de la Junta de Ministros, se usurpaban las funciones del Consejo de Estado como sostenía el Diputado Espiga³⁹. Es argumento que seguirá compareciendo durante la primera experiencia constitucional⁴⁰. Y el interés de la objeción radica aquí en la calificación que se realizaba de tal Ministerio como órgano consultivo. En vano se aludía entonces a la distinción entre deliberación y ejecución para diferenciar los dos Cuerpos, pues para el sector liberal del Congreso hacer de la Junta de Ministros un cuerpo ahora puramente ejecutivo contrariaba aquella finalidad de reforzar al autoridad de Ministerio frente a la Regencia. Pero aun no reunidos en Junta, cierta identidad de las funciones del Ministerio respecto del Consejo de Estado se reconocía cuando a los Secretarios de Estado y Despacho se les atribuía la condición de «consultores». Si lo consultivo sigue siendo en este tiempo clave de la gestión del poder y, como contrapartida, el ejercicio de cualesquiera potestades constitucionales bien podía obedecer a una práctica institucional consultiva, también la potestad ejecutiva podía comprenderse *todavía* como ejercicio de asesoramiento del Rey o de la Regencia. Y entonces, si materialmente la actividad de los Secretarios de Estado y Despacho era tan consultiva como la desarrollada, como cuerpo, por el Consejo de Estado,

³⁸ Intervención de Dou, en *DSCGE*, s. 4.1.1812, p. 2547. En parecidos términos, Aner, *ibid.* s. 3.1.1812, p. 2539.

³⁹ «/.../establecido un Consejo de Estado para consultar los negocios graves que ocurren al Rey, no debe haber otra corporación para consultar también los negocios graves: porque todo lo que sea poner otra corporación más que el Consejo de Estado, y con el mismo objeto que él, es multiplicar cuerpos poderosos, y con ellos la fatal lucha que tantos daños nos ha acarreado», en *DSCGE*, s. 6.1.1812, p. 2567.

⁴⁰ Así lo manifestaba el Secretario de Estado y Despacho de Gobernación de la Península en febrero de 1813, «En todo Estado donde ha Consejo de Ministros, ó no ha Consejo de Estado, ó el Consejo de Ministros es una porcion del Consejo de Estado/.../ La reunión de ellos (los Secretarios del Despacho) no será a los ojos de los Consejeros de Estado otra cosa mas que una liga de advenedizos que intentan usurparles sus facultades; ó que presuntuosamente se transforman en Junta de apelación de sus consultas», ACD, leg 8, exp 35 (*apud*, C. GARRIGA, «Constitución, ley...», *op. cit.*, p. 504).

una Junta de Ministros se solapaba con el único Consejo del rey reconocido por la Constitución. Ahora bien, esta identidad funcional se rompía gracias a un elemento que tiene que comparecer de nuevo aquí, y que ha de servirnos en el tramo final de este trabajo para apreciar el carácter polisémico de lo «consultivo» en Cádiz.

En ese Reglamento de la Regencia de enero de 1812, coincidente en el tiempo con el establecimiento prematuro del Consejo de Estado, 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»⁴¹. A tales efectos se había previsto la existencia de unos libros donde los Ministros debían registrar meticulosamente los «dictámenes» que los Secretarios dieran a la Regencia⁴². Esta responsabilidad por los dictámenes de los Ministros contrastaba poderosamente con la inmunidad que, por similar actividad, gozaba el Consejo de Estado⁴³.

En efecto, este cuerpo colegiado gozaba de una inamovilidad rayana en la inmunidad. En efecto, por previsión constitucional los consejeros no podían ser removidos sino por causa justificada ante el Tribunal Supremo de Justicia (cuyos magistrados, como ya sabemos, debían sus puestos a las propuestas del mismo Consejo). De esta inviolabilidad se habló y no poco en todo este tiempo. Así lo hacía, por ejemplo, el Diputado Alonso y López, quien prevenía a las Cortes sobre las funestas consecuencias que podían derivarse de que el Consejo de Estado quedase responsable a sí mismo por el ejercicio de unas funciones consistentes en dar consejos cuyo examen quedaba cubierto por el secreto de las deliberaciones, cosa que no sucedía respecto de los Ministros y demás empleados públicos⁴⁴.

⁴¹ Cap. 4 Art. 2 del Reglamento del Consejo de Regencia de 26.1.1812.

⁴² *Ibid.* Cap. III, art. 3.

⁴³ Destaca este contraste I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *Poder y libertad: los orígenes de la responsabilidad del ejecutivo en España (1808-1823)*, Madrid, CEPC, 2001. pp. 441-446 (=Los ministros como consultores: la responsabilidad jurídica «por influencia») aunque, por lo que se dirá en este y en el último epígrafe, aquí no se puede coincidir con la valoración que este autor efectúa de la así denominada responsabilidad «por influencia» como supuesto de responsabilidad jurídica pero anunciando un nuevo tipo de responsabilidad política.

⁴⁴ «Quedando los individuos del Consejo de Estado declarados tácitamente inviolables, y sin la menor responsabilidad en las funciones de su ejercicio /.../sería conveniente á lo menos discurrir algun medio oportuno, en que se lograra la seguridad de que los Consejeros de Estado jamás se inclinarán á aconsejar al Rey sino lo más justo, lo más decoroso y lo más conducente á la felicidad nacional. Los Ministros y los demás empleados públicos dan providencias y cumplen providencias, y por cada una de estas dos funciones, ó por ambas reunidas, se descubre su procedimiento, y se juzga en consecuencia de su buen ó mal de-

Pero precisamente en esta inmunidad radicaba el carácter *puramente* consultivo del Consejo. Alonso y López cuando mostraba el temor a un cuerpo consultivo inmune, participaba seguramente de la concepción extensa de lo consultivo que se ha desvelado en estas páginas. Por ello el adverbio introducido, aparentemente redundante, era el que modulaba la función consultiva atribuida al Consejo, anunciando una acepción contemporánea. Así parecía entenderlo la comisión parlamentaria encargada de proponer el texto del reglamento interior de aquél cuando dictaminaba que:

«la Constitución no reconoce más que una persona que es el Monarca, en quien reside todo el gobierno, y no admite autoridad o cuerpo intermedio entre él y la potestad legislativa, con quien parta la ejecutiva/.../Tampoco reconoce la Constitución otro cuerpo conservador de ella que sea distinto de las Cortes a quienes encarga tomen en consideración las infracciones que se les hubieren hecho presentes para poner el conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad de los contraventores»⁴⁵

Pero, explícitamente, cuando aludía al mecanismo del refrendo por el que los Ministros quedaban responsables, asegurando la inviolabilidad del Monarca reconocido como único titular de la potestad ejecutiva:

«La suprema autoridad gubernativa reside en una sola mano, conviniendo esta unidad para la solidez de la Monarquía, y para que la responsabilidad venga a pesar sobre personas determinadas, a quienes puede reconvenirse siempre que su firma esté en oposición con la Ley=Estos principios de un sistema que dejaría de serlo si no pusiese en armonía todas las partes, condujo a la Comisión a Considerar el Consejo de Estado que proponía en su proyecto, como un cuerpo *puramente* consultivo, auxiliar del Monarca con sólo su Consejo, y tal es la naturaleza que tiene por la Constitución»⁴⁶.

sempneo. Los Consejeros de Estado ni dan providencias ni las cumplen; solo dan consejos al Rey, ilustrando proposiciones ó deseos que se le pasan para recibir su dictámen; y quedando estas atribuciones inviolables, y siempre en secreto, pueden alguna vez ser funestas al Estado. No perdamos de vista cuán a menudo se verifica lo que dice Ciceron, *ab fuit virtus ab oculis fori et curiae*. El que consulta duda, y aquel que aconseja, afirma: la Primera de estas funciones intelectuales no es más que un anuncio equívoco del deseo; pero la segunda es una emanación positiva de la voluntad. Acordémonos de lo acaecido no há muchos dias en el Consejo Real, y reflexionemos en vista de esto sobre las contingencias que pueden sobrevenir de que el Consejo de Estado quede responsable á sí mismo, encerrando en sí mismo lo que aconseje al Rey, sin que la Nación tenga el menor conocimiento. Todo lo cual pongo en consideración de V. M.» Intervención producida al hilo de la discusión sobre el proyecto de constitución, recogida en *DSCGE*, s. 11.11.1811, p. 2194.

⁴⁵ Dictamen de la comisión sobre el reglamento de régimen interior del Consejo de Estado en *DSCGE*, s. 19.5.1812, p. 3196.

⁴⁶ *Ibid.*

El adverbio conjuraba los temores de quienes recordaban lo que lo consultivo podía dar de sí, lo que todavía daba de sí. Pues, por un lado, la comisión reconocía en su dictamen que todavía este Consejo de Estado podría ocuparse de asuntos gubernativos, vulnerando excepcionalmente su naturaleza para dar salida, precisamente, a los negocios pendientes en los viejos Tribunales de la Monarquía y que, curiosamente, tenían que ver con los pretendidos por el Consejo de Estado en su propuesta de régimen interior⁴⁷. Pero además, desde un órgano consultivo que pretendía extender su autoridad, que se contrariase en una resolución el sentido de la consulta del Consejo podía valer tanto como no haberle oído, pudiendo incurrir así, cuando de la Regencia se trataba, en responsabilidad exigible por las Cortes⁴⁸.

4. Conclusión. Del imposible control jurídico de la Administración pública

Así pues, el examen de la disputa sobre las atribuciones del Consejo de Estado gaditano nos lleva al terreno de su posición institucional respecto del Ministerio y respecto de la Regencia, y además se decide en términos de control y responsabilidad de unos y otros. Y la comparación de los regímenes de responsabilidad de los Consejeros de Estado respecto de los Minis-

⁴⁷ «No cree la Comisión que se oponga a este principio o naturaleza del Consejo el que éste pueda despachar ciertos negocios económico-gubernativos por delegación del Rey, en el modo y forma que el Jefe Supremo del Estado tenga a bien encargarle, y con la limitación que se indica.../a fin de que nunca se eluda la responsabilidad de los Secretarios del Despacho. Tales pudieran ser alguno o algunos de los negocios de esta clase que hasta aquí se despachaban por los Consejos y Cámaras extinguidas, en virtud de semejante delegación.../», *Ibid.*

⁴⁸ «/Separado el poder legislativo del ejecutivo y judicial como debe estarlo, pertenece al primero la formación, mejora y derogación de las leyes y al 2.º su publicación y ejecución, y para esto la formación de los decretos, reglamentos e instrucciones convenientes, para lo cual deberá antes oír al Consejo de Estado, según el artículo 5.º del reglamento de Regencia=La observancia de este artículo, se habrá verificado según cree la comisión, o bien que por el mismo poder ejecutivo se formen las instrucciones, o bien que por el mismo se previene al Consejo de Estado que lo ejecute, con tal que se realicen una de las dos cosas=En este negocio como en todos los demás, las atribuciones de este Consejo son consultivas. No obstante eso como en aquellas instrucciones o reglamentos, podrá haber cosas u opuestas a la Constitución, o de mayor extensión que lo que permite la ley de que se esté tratando, parece a la comisión que en este caso, además del ordinario de decir al poder ejecutivo una, dos y tres veces su dictamen, si aquel insistiere en su resolución, la lleve adelante omitiendo empero la cláusula.» en *S.f. [marzo 1812 ca.] Reglamento del Consejo de Estado, escrito por Martín de Garay. Archivo privado de Martín de Garay 3-8 apud., N. ALONSO, «Ideas y pensamiento político de Martín de Garay», en *Historia constitucional, Revista electrónica de historia constitucional*, 7 (2006), p. 42.*

tros tiene más relevancia que la de señalar la preeminencia de uno u otros, o la de servir de apoyo para la atribulada historia del régimen parlamentario en España. Creo, antes bien, que en el régimen de responsabilidad de unos y otros empleados reside el por qué de que el Consejo de Estado no fuera lo que, por otro tipo de razones, la historiografía dice que no fue.

Es lugar común en la historiografía constitucional afirmar que el tiempo gaditano no estaba preparado para el desarrollo de un régimen parlamentario porque en este tiempo no había podido disociarse la responsabilidad política de la responsabilidad penal⁴⁹. Este lugar común puede ser proyectado sobre las relaciones entre Consejo de Estado, Regencia y Ministros en el primer periodo liberal. Es más, se afirma que es precisamente a propósito de este conflicto cuando se teorizó constitucionalmente por primera vez el problema de la relación de los poderes y la atribución de las competencias para exigir la responsabilidad de los Ministros⁵⁰. Por su parte, la historiografía administrativa niega la posibilidad de que en Cádiz el Consejo pudiera desarrollar funciones de control jurídico de la actividad de la administración gaditana, porque el órgano llamado a realizarlo estaba concebido como vástago del legislativo para el control político del Ejecutivo⁵¹. Este tipo de aseveraciones, que resultan hoy comunes, comparten el presupuesto de la proyección de los modelos de responsabilidad contemporánea sobre tiempo gaditano porque también tienen como denominador común un no explicitado presupuesto historiográfico consistente en pensar plenamente operativas o conformadas las categorías básicas de la dogmática jurídico constitucional por el mero hecho de localizar entonces sus enunciaciones o significantes. Se achaca, a continuación, a coyuntura política o a la peculiaridad del modelo constitucional gaditano la contradicción o distancia existente entre principio y funcionamiento, o entre dogma y práctica institucional.

Conviniendo en la negación de la existencia de un contencioso-administrativo en Cádiz, creo, sin embargo, que la explicación es otra. No es que la responsabilidad política estuviera o no disociada de la responsabilidad penal, no es que el hombre gaditano siguiera un modelo judicialista de control de la Administración⁵². Lo que sucedía era que todavía entonces

⁴⁹ I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *Poder y libertad: los orígenes de la responsabilidad del ejecutivo en España (1808-1823)*, Madrid, CEPC, 2001.

⁵⁰ T. DE LA CUADRA, *op. cit.*, p. 72.

⁵¹ Así por ejemplo, T. DE LA CUADRA, *op. cit.* p. 77-81.

⁵² Tesis esta que formulaba J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Madrid 1973, y que todavía sostiene J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso administrativa (1845-1868)*, Madrid, Civitas, 1998, esp. pp. 91-108.

—y hasta 1845— lo que no podía disociarse era el acto administrativo respecto de la persona del administrador. No había control jurídico de la Administración porque había control jurídico de los administradores, esto es, porque en Cádiz todavía no había surgido esa Administración como sujeto a la que imputar la actuación de sus agentes. Hoy se está poniendo de manifiesto cómo sólo a partir del mecanismo de la autorización para juzgar a los empleados públicos podemos realizar esta disociación generativa de un acto administrativo, de una Administración subjetivada y, ulteriormente, de su control jurídico⁵³. Mientras tanto, todo control de lo administrativo no podía realizarse sino jurisdiccionalmente y sobre las personas de los administradores: lo que vale tanto como decir, penalmente *ex post*, y consultivamente *ex ante*.

⁵³ Esta investigadora es coautora de esta sugerente propuesta aparecida en el trabajo C. GARRIGA/M. LORENTE, «Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la administración (1812-1845). Una propuesta de revisión», en VV.AA., *Constitución de España: orígenes y destinos*, J. M. IÑURRITEGUI/J.M. PORTILLO (eds.), Madrid, CEPC 1998, pp. 215-272. Ya en solitario, la autora citada ha redundado en la formulación de la propuesta, M. LORENTE, «De la trascendencia constitucional de un mecanismo institucional: la autorización para procesar a los funcionarios público», en VV.AA., *Homenaje a Mariano Peset*, (en prensa).