

El Consejo de Estado en las Constituciones de Cádiz y Bayona

SUMARIO: I. LAS CONSTITUCIONES DE CÁDIZ Y BAYONA, ACTAS DE NACIMIENTO DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL CONSTITUCIONALISMO. II. LA CONSTITUCIÓN DE BAYONA. 1. Funciones y organización del Consejo de Estado en la Constitución de Bayona. 1.1. Funciones del Consejo de Estado. A) Consejo de Estado y titularidad del poder legislativo: «examinar» y «extender» los proyectos de leyes civiles y criminales, además de los reglamentos generales de Administración pública. B) Consejo de Estado y control de facultades ejecutivas. a) Las juntas senatorias de libertad individual y de imprenta. b) El control de las conductas graves de los Ministros. c) El conocimiento de la «parte contenciosa de la Administración, de las competencias de jurisdicción entre los cuerpos administrativos y judiciales y de la citación a juicio de los agentes o empleados de la Administración pública». 1.2. Organización del Consejo de Estado en la Constitución de Bayona. 2. El modelo político de la Constitución de Bayona. 2.1. La Constitución francesa del año VIII. A) Características esenciales de la Constitución del año VIII. B) Significado de la Constitución del año VIII y función del Consejo de Estado a la luz de la evolución de SIEYÈS, su principal inspirador, que expresa la evolución del espíritu revolucionario. 2.2. La Constitución del año VIII y la función del Consejo de Estado. III. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ. 1. Consejo de Estado y Senado en el *Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz*. 1.1. Los debates sobre el Proyecto de Constitución y la sanción de las leyes. 1.2. El concepto de ley en la Constitución de Cádiz y sus limitaciones en favor de las Cortes. 1.3. Limitaciones a la iniciativa del Rey o de la Regencia en la iniciativa legislativa. 2. Las funciones del Consejo de Estado en relación con las potestades del Poder Ejecutivo. 2.1. El debate preconstitucional sobre la organización del poder ejecutivo. 2.2. El debate constituyente sobre el Consejo de Estado y los reglamentos del poder ejecutivo. 2.3. El nuevo Reglamento de la Regencia del Reino de 26 de enero de 1812 y el Reglamento del Consejo de Estado de 8 de junio de 1812. 2.4. Recapitulación: responsabilidad política y control de las infracciones de la legalidad en Cádiz. IV. CÁDIZ Y BAYONA: DOS CONCEPCIONES DIFERENTES DEL CONSEJO DE ESTADO.

I. LAS CONSTITUCIONES DE CÁDIZ Y BAYONA, ACTAS DE NACIMIENTO DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL CONSTITUCIONALISMO

Con independencia de otros antecedentes que puedan encontrarse al Consejo de Estado, son las Constituciones de Bayona y Cádiz de 1808 y de 1812, respectivamente, las que suponen el acta de nacimiento de esta Institución en el constitucionalismo emergente. Debe ser en estas Constituciones donde tratemos de encontrar el sentido que el Consejo de Estado tenía para los padres del constitucionalismo español. Ello no significa que no tenga precedentes más remotos en nuestra historia, sea el sistema o modelo de consejos regios medievales, sea específicamente el Consejo de Estado puesto en pie por Carlos V en el siglo XVI; pero esos antecedentes, sin duda reales, sólo con mucha benevolencia pueden admitirse como el origen de modernas instituciones surgidas en el constitucionalismo ¹.

Ciertamente los padres liberales del constitucionalismo gaditano no dejaron de invocar siempre que podían los precedentes históricos patrios, pero ello no dejaba de ser como es conocido sino una operación de camuflaje del carácter revolucionario de un proceso constitucional desencadenado por la intromisión de Francia, cuna europea de la revolución, y la reacción del pueblo español frente a tal intromisión. En ese contexto la asunción por los liberales gaditanos de modelos constitucionales emparentados con los del invasor, y en unas Cortes con una importante presencia de serviles o realistas defensores de los derechos del absolutismo, hubo de justificarse recurriendo a la historia como legitimadora de unas novedades que había que hacer creer que no lo eran tanto ². El recurso a la historia estaba, así, determinado por la peculiar coyuntura histórica, pero ese modo de razonar carece en nuestros días de justificación, por lo que no tiene sentido pretender encontrar en épocas preconstitucionales el

¹ Sobre los orígenes del Consejo de Estado puede verse COLMEIRO, Manuel, *Derecho Administrativo Español*, 3.ª ed., Madrid, 1863, págs. 172 y ss. Más recientemente no puede dejar de consultarse el clásico libro de CORDERO DE TORRES, José M.ª, *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*. I.E.P., Madrid, 1945, donde hace un análisis amplísimo de sus precedentes más remotos. También en los últimos años puede verse BARRIOS, Feliciano, *El Consejo de Estado de la Monarquía española 1521-1812*. Para los Consejos del antiguo régimen puede verse entre otras la obra de DESDEVEISES DU DEZERT, *La España del Antiguo Régimen*, Madrid, 1989, Fundación Universitaria.

² Es el caso de MARTÍNEZ MARINA en su *Historia de España*; VALDEÓN BARUQUE, Julio, «Las Cortes castellanas en el siglo XIV», en el *Anuario de Estudios Medievales* 7 (1970-1971), tacha de ingenua visión liberal la de MARTÍNEZ MARINA.

origen de instituciones que sólo desde los presupuestos del constitucionalismo y de sus principios pueden explicarse.

Son, pues, las Constituciones de Cádiz y Bayona las que deben ser consideradas como punto de partida de cualquier reflexión sobre el origen y sentido del Consejo de Estado en el constitucionalismo, pues sólo desde los presupuestos y principios que inspiran éste puede encontrarse una genealogía homogénea y fiable con la que pueda emparentarse y encontrar su razón de ser. Ello no priva de todo valor a otros precedentes históricos, pero su significado debe ser reinterpretado en clave constitucional.

Pero si Cádiz y Bayona son el punto de partida obligado con exclusión de otros precedentes anteriores, es preciso precaverse también contra una lectura de estas primeras Constituciones en clave exclusiva de lo que hoy representa el Consejo de Estado o, incluso, de lo que ha ido representando durante su evolución histórica. Ni nuestro pasado histórico previo al constitucionalismo puede condicionarnos, ni la realidad actual del Consejo puede limitar el examen de lo que quiso ser el Consejo de Estado en ambas Constituciones, proyectando nuestra visión actual del Consejo sobre las mismas de tal modo que sean interpretadas en clave de hoy, con desprecio de la interpretación que se desprende de su propia y peculiar razón de ser. El examen de las Constituciones de Cádiz y Bayona debe hacerse desde el propio contexto histórico en el que surgen y tratando de aprehender su propio sentido en dicho contexto.

En esta perspectiva el Consejo de Estado es en ambas Constituciones una Institución más imponente de lo que después ha sido en cualquier momento de su evolución posterior. Para percatarnos de ello hay que olvidarse de la exclusiva función consultiva y jurisdiccional que luego desarrolló de modo efectivo el Consejo e indagar en dichas Constituciones y en las ideas políticas de la época lo que quisieron establecer los constituyentes. La realidad histórica no permitió sin embargo que el Consejo se acabase de configurar con la importancia y el significado político que se preveía en ambas Constituciones, pero ello no impidió que ese imponente modelo de Consejo de Estado, que debió haber sido y que no fue, siguiera proyectando con vigor su influencia en el transcurso del XIX, ya fuera con la función de provocar la existencia misma del Consejo de Estado, ya fuera con la función de dotarle con competencias de relevancia constitucional, aunque no fueran todas las inicialmente previstas en Cádiz y Bayona.

La diferencia de funciones que media entre las que se le atribuían en dichas Constituciones y la realidad histórica posterior del Consejo, tal y como fue establecido por las sucesivas Constituciones del XIX, no empece para que puedan considerarse las mismas como el acta de nacimiento del Consejo de Estado en el constitucionalismo, aunque sólo sea por el dato evidente de que se inserta esa Institución en un marco constitucional por primera vez.

Pero si ambas Constituciones son el acta de nacimiento del Consejo de Estado en el constitucionalismo ello no quiere decir que el Consejo de Estado que establecen sea el mismo; no puede por tanto afirmarse, como a veces se ha hecho³, que la Constitución de Cádiz se inspira en la de Bayona o que es una reproducción de la misma. Bien al contrario, el modelo en el que se inspira es exactamente el opuesto y la función que estaba llamado a cumplir el Consejo en la de Cádiz es radicalmente contrario al Consejo de la de Bayona como en seguida veremos.

Resulta, pues, indispensable empezar por examinar ambas Constituciones antes de profundizar en las diferencias y analogías entre ambos modelos y la razón de ser de su evolución posterior en España.

II. LA CONSTITUCIÓN DE BAYONA

Es la primera de nuestras Constituciones históricas aunque, por la forma de aprobación y por la propia evolución histórica de los acontecimientos, su efectividad resultara poco menos que inédita. Se trata en realidad de una carta otorgada que se resiente de una profunda contradicción, cual es la de pretender dotar a España de una Constitución, instrumento político revolucionario de primera magnitud, cuya exportación más allá de las fronteras de Francia constituye un rasgo característico de la mística revolucionaria, y a la vez hacerlo prescindiendo del pueblo o Nación en quien por definición debía de residir la soberanía. En realidad José Napoleón, «Rey de las Españas por la gracia de Dios», como dice la Constitución de Bayona, y de su hermano el Emperador, decreta, por sí, la Constitución sin otra explicación de su potestad constituyente que no sea la rancia de las leyes fundamentales que ligan al Rey, por la gracia de Dios, con su pueblo. El contrato social entre personas desaparece para ser sustituido por el pacto entre el Rey, por la gracia de Dios, y sus súbditos. El Rey no

³ Vid. CORDERO DE TORRES, José M.º, *El Consejo de Estado...*, cit., pág. 81.

es así una creación del pacto o contrato social, sino un elemento de la realidad natural que tiene un fundamento divino; un elemento previo al pacto o contrato y que se impone de forma indiscutible a la Nación.

Se trata pues de una carta otorgada, cuyo carácter se encubre con la consulta⁴ a una Junta nacional. Esa misma consulta, mencionada ya en el preámbulo de la Constitución, preconfigura un modelo de moderación del poder real, que impide hablar de absolutismo, aunque se encuentre muy cercano en realidad; al menos para lo que habían querido ser los objetivos de los revolucionarios franceses. Pero, en definitiva, se trata sólo de una consulta, sin que se preocupe el flamante nuevo Rey de decir el sentido de la misma —sólo dice que ha «oído» a una Junta que califica de nacional— ni mucho menos que la Constitución se decreta de acuerdo con dicha Junta, congregada fuera de España por el Emperador.

El significado político de esta primera Constitución tiene capital importancia para la comprensión del papel del Consejo de Estado en el nuevo esquema constitucional, pues en realidad sólo desde esa comprensión del sistema se puede descubrir la relevancia que la Constitución de Bayona le atribuía como en seguida se verá (1); también se hace necesario indagar cuál fue el modelo político de la Constitución de Bayona (2).

1. FUNCIONES Y ORGANIZACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE BAYONA

1.1. *Funciones del Consejo de Estado*

El título VIII de la Constitución se dedica en su integridad al Consejo de Estado, siendo particularmente relevante la circunstancia de que del Consejo se habla antes que de las Cortes o Juntas de la Nación a las que se dedica el título IX. Esta precedencia en el tratamiento es bien expresiva del papel que al Consejo se le reserva en su relación con las Cortes, pues la primera de las competencias que se mencionan como propias de dicho Consejo en el título VIII es la de «examinar» y «extender» los proyectos de leyes civiles y criminales, además de los reglamentos generales de Administración pública (art. 57).

⁴ «Habiendo oído a la Junta Nacional, congregada en Bayona, de orden de nuestro muy caro y amado hermano Napoleón» dice el párrafo segundo del preámbulo.

- A) Consejo de Estado y titularidad del poder legislativo: «examinar» y «extender» los proyectos de leyes civiles y criminales, además de los reglamentos generales de Administración pública

Esta facultad, absolutamente capital, de elaborar los proyectos de ley se reafirma, para no dejar asomo de duda sobre cuál es el poder de las Cortes, en el título dedicado a éstas cuando en sus artículos 82 y 83 se especifica que las leyes de presupuestos las presentan cada tres años a la deliberación y aprobación de las Cortes «oradores del Consejo de Estado». Lo mismo se habría de hacer con las modificaciones que hubieran de introducirse en los Códigos civil y penal o en el sistema de impuestos o de moneda. Previamente a la presentación para deliberación y aprobación, las secciones del Consejo las comunicaban a las Comisiones respectivas de las Cortes nombradas al tiempo de su apertura.

La potestad de iniciativa legislativa de las Cortes quedaba, así, aniquilada al privarle de la facultad de iniciativa legislativa en materias civiles, criminales y tributarias; ello, en la terminología de la época, suponía la totalidad de los negocios más importantes de los que debían corresponder a una Asamblea legislativa, habida cuenta de que las cuestiones civiles y penales comprenden todo lo que tiene que ver con la propiedad y la libertad, es decir, el núcleo esencial de lo que para el liberalismo decimonónico, y no digamos para los revolucionarios de la primera hora, era el papel principal de la representación del pueblo: decidir en exclusiva todo lo que tuviera que ver con la propiedad y libertad.

Pues bien, esas materias están efectivamente reservadas a la ley en la constitución de Bayona, pero son las únicas sobre las que existe una reserva constitucional de ley⁵, aun sin utilizar esa denominación como es lógico. Pero, a pesar de ser las únicas sobre las que existe esa reserva, ocurre que las llamadas Juntas nacionales o Cortes sólo pueden hacer las leyes sobre la base de

⁵ La definición de las materias sobre las que debían deliberar las Cortes, fuera en relación con leyes o con decretos, no resulta clara de las exclusivas menciones constitucionales que se contienen en el título IX. Pero no puede dejar de señalarse que en el título XIII sobre disposiciones generales se contienen menciones singulares a la exigencia de ley en asuntos particulares como la entrada en domicilio o el mandamiento de prisión (arts. 126, 128 ó 133). No obstante ello, en el mismo título también se califica la ley con la previsión de que se trate de ley «hecha en Cortes» (art. 145 sobre libertad de imprenta), de lo que pudiera deducirse que cabían leyes no hechas en Cortes; en todo caso el propio artículo 60 de la Constitución de Bayona menciona el supuesto de decretos del Rey con fuerza de ley hasta las primeras Cortes siempre que fuesen ventilados en el Consejo de Estado, sobre objetos correspondientes a la decisión de las Cortes.

los proyectos que por iniciativa del Ejecutivo, del Rey, elabora el Consejo de Estado, cuyos oradores son los encargados de presentar a las Cortes los proyectos de ley respectivos. El título IX de la Constitución no especifica, en realidad, cuáles son las competencias de las Cortes, sino su forma de elección y el modo en que se reúnen y deliberan. La lectura de los artículos 82 y 83 da la impresión de que la forma de ley, que exige deliberación y aprobación de las Cortes, se circunscribe sólo a dichas materias civiles y criminales y a la aprobación de las rentas —tributos— y gastos, junto con la moneda.

La mención que en el artículo 57 se contiene de los «reglamentos de Administración pública» resulta un poco críptica sobre su alcance dada la época en que se formula; pero en todo caso pone de manifiesto que la potestad de dictar normas no equivale a la potestad legislativa, pues al menos los reglamentos de Administración pública son eso, reglamentos, y no leyes propiamente dichas. La cuestión tiene su relevancia desde el momento en que en el propio título IX sobre las Cortes no se les atribuía una potestad legislativa universal o ilimitada y en realidad ni siquiera se les reconocía la potestad legislativa con independencia de su alcance o de la existencia o no de materias reservadas a la ley; de ahí que pudiera pensarse que los reglamentos de Administración pública eran competencia directa del ejecutivo sin más requisito que el de ser examinados y extendidos por el Consejo de Estado ⁶.

De cualquier forma, lo que resulta evidente es que las Cortes o Juntas Nacionales que pretendían ser el poder legislativo se encuentran mediatizadas por una facultad de iniciativa que corresponde a un órgano que como vamos a ver en seguida se conecta con el Ejecutivo. En realidad, tal iniciativa, más que corresponder al Consejo de Estado corresponde al Ejecutivo, pero atribuyendo al Consejo de Estado la facultad de elaborar los proyectos de ley, que después han de ser presentados a las Cortes para su aprobación.

Por otra parte, se preveía también que «siempre que sean ventilados en el Consejo de Estado» la intervención de éste

⁶ De ello pudiera también desprenderse que podían existir otros reglamentos que no fuesen de administración pública, que, esos sí, exigían la aprobación de las Cortes. En esa línea pudiera tal vez invocarse lo que se preveía en el artículo 86 de la Constitución respecto de que los Decretos que se expidiesen a consecuencia de deliberación y *aprobación* de las Cortes se promulgarían con la fórmula: «Oídas las Cortes». De lo que puede desprenderse que las Cortes podían intervenir en determinados decretos, que debían de ser algo distinto de las Leyes, aunque esos decretos sólo se promulgaban «oídas las Cortes», como si la intervención de éstas no fuese propiamente una aprobación o como si, en todo caso, vinculase menos estrechamente al Ejecutivo a su promulgación.

permitía al Rey dictar decretos con fuerza de ley «hasta las primeras Cortes que se celebren» (art. 60 de la Constitución) «sobre objetos correspondientes a la decisión de las Cortes». No aparece dicho explícitamente cuál era el valor de la intervención del Consejo o qué ocurría si era contraria a la norma que se quería dictar con fuerza de ley, pero en todo caso su intervención abría al Rey la posibilidad de dictar normas con esa fuerza de ley aunque correspondiesen a la competencia de las Cortes ⁷.

Así pues, aunque probablemente no decisiva, la intervención del Consejo de Estado resultaba necesaria e indispensable para alterar el normal reparto de competencias entre el legislativo y el Ejecutivo, lo que pone de relieve el papel político que estaba llamado a desempeñar en la relación entre poderes.

Fácilmente se comprende que la primera de las facultades que se le atribuyen al Consejo de Estado —la de preparar los proyectos de ley y defenderlos ante las Cortes— desborda ampliamente las que estamos acostumbrados a conocer en España como propias de este órgano en su evolución posterior. Ello le sitúa en una perspectiva distinta y en cierto modo le singulariza al revelar un rasgo de su naturaleza y carácter, inédito en su evolución histórica posterior, del que ya no se puede prescindir en el examen de las demás competencias del Consejo de Estado de Bayona y que tiene que ver en definitiva con un particular modo de entender el ejercicio de las potestades legislativas y de relacionarse los poderes a esos efectos de hacer la ley.

B) Consejo de Estado y control de facultades ejecutivas

El Consejo de Estado estaba llamado a tener un papel relevante no sólo en el sistema de relaciones entre poderes, sino, además, en el control de determinadas facultades del ejecutivo; esta última función acabaría dando al Consejo de Estado francés, en el que se inspira el de Bayona, su merecida fama. De tres formas se podían ejercer estas facultades: unas en relación con determinadas competencias del Senado sobre las libertades personales o de imprenta, otras en relación con el control de los Ministros del Gobierno y, finalmente, el Consejo de Estado tenía atribuidas también potestades en relación con la parte contenciosa

⁷ Probablemente, y de acuerdo con el artículo 59 de la Constitución («en los negocios de su dotación —del Consejo de Estado— no tendrá sino voto consultivo»), debiera considerarse que, dado el carácter de su voto, su intervención en el caso del artículo 60 habilitaba para dictar la norma con rango de ley aunque el parecer del Consejo fuera contrario al contenido de la norma o a la oportunidad de la promulgación del Decreto.

de la Administración; el hecho de que esta última función quedara prácticamente inédita no obsta para que se destaque su importancia.

a) Las Juntas senatorias de libertad individual y de imprenta

La Constitución de Bayona organizaba un Senado que no tenía facultades legislativas propiamente dichas y que pretendía ser un órgano de moderación del poder real encargado de acordar la suspensión de la Constitución a petición del Rey o de adoptar, en casos de urgencia, las medidas extraordinarias que exigiese la conservación de la seguridad pública (art. 38).

Pero, además de esas circunstancias extraordinarias, pretendía ser también un órgano de vigilancia de las libertades de los ciudadanos. A esos efectos se creaban en la propia Constitución, y dentro del Senado, dos juntas «senatorias» de libertad de imprenta y de libertad individual que examinaban las reclamaciones de cualquier persona presa y no puesta en libertad o sometida a juicio dentro del plazo de un mes desde la prisión; lo mismo hacía con las reclamaciones de los libreros e impresores o autores que creyesen que se les había impedido la venta o impresión de su obra.

Pues bien, en relación con la actividad de esas juntas senatorias, que podían dirigir «requisiciones» a los Ministros que hubiesen acordado las privaciones de libertad o la intervención de cualquier impreso u obra, se preveía que después de tres recusaciones era el Senado el que, si encontraba que la actividad de los Ministros no tenía justificación, acordaba dirigirse al Rey haciendo una declaración en el sentido de que había presunciones «vehementes» de detención arbitraria o de quebranto de la libertad de imprenta. Y es entonces cuando el papel del Consejo de Estado, y sobre todo su significación política, se ponían de relieve, dado que el Rey pasaba la declaración del Senado a una Junta compuesta por los presidentes de sección del Consejo de Estado y por cinco individuos del Consejo Real.

En definitiva, los presidentes de sección del Consejo de Estado, junto con los cinco individuos del Consejo Real, por encima de las Juntas senatorias referenciadas y por encima, o al menos después, del informe del Senado mismo, eran los últimos en dar su opinión directamente al Rey sobre la conducta del Ejecutivo en asuntos de tanta trascendencia como los que tenían que ver con la libertad de imprenta y con la libertad personal.

b) El control de las conductas graves de los Ministros

Pero no sólo los presidentes de sección del Consejo tenían el papel indicado, sino que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 85 de la Constitución, las quejas graves de las Cortes sobre la conducta de los Ministros se tramitaban a través de una «representación» al Trono que era examinada por una comisión compuesta por seis consejeros de Estado y por seis individuos del Consejo Real.

Todo ello pone de relieve que no sólo en los negocios singulares que tuviesen que ver con la imprenta o con la libertad personal estaba prevista la intervención del Consejo, a través de sus miembros, sino que con carácter general y fuera de ese tipo de negocios el diseño del control del Ejecutivo y de sus Ministros por las Cortes, se hacía con la intervención del Consejo de Estado a través de seis de sus consejeros, lo que pone de manifiesto que lo que podría considerarse el Poder legislativo en la Constitución de Bayona, aunque ésta se limite a utilizar el nombre de Cortes sin más precisiones, con las limitaciones que se han visto en cuanto a iniciativa en las leyes, no ejercía propiamente funciones de control del Gobierno, pues el arbitraje entre los poderes —Ministros y Cortes— pertenecía al Rey que lo ejercía con la audiencia de esa Comisión en la que estaban integrados seis consejeros de Estado.

En todo caso parece que el supuesto de control de las conductas graves de los Ministros era algo distinto del control de la Administración o, como decía la propia Constitución, de la parte contenciosa de la Administración, que se examinará a continuación. Esta distinción entre las conductas graves de los Ministros que controlaba el Rey con intervención del Consejo de Estado a requerimiento de las Cortes, que era algo distinto del control de la propia Administración que directamente correspondía al Consejo de Estado, al margen de toda intervención de las Cortes, pone de manifiesto una distinción entre una dimensión política y otra jurídica en el control. En relación con la primera correspondía a las Cortes poner en marcha y al Rey resolver, puesto que en definitiva era de su responsabilidad el nombramiento de los Ministros, sin que estuviera prevista la doble confianza de éstos —del Rey y de las Cortes—. Tal vez esa distinción pone también de relieve la que, en la filosofía política que inspiró la Constitución francesa del año VIII, existe entre Gobierno y Ejecutivo, como luego veremos. En cualquier caso no se trata aquí de un control contencioso de la Administración, sino de alguna forma un control político de la actuación de los

Ministros que no se sustancia en mociones de censura ni en ninguno de los sistemas actuales de control del Ejecutivo por el legislativo, sino en una simple facultad de iniciativa para que el Rey decida sobre la pretensión de las Cortes después de oír a su Consejo. Esa sumisión de la pretensión de las Cortes al juicio del Consejo y desde luego al posterior del Rey, que es quien en definitiva decide, se explica en la medida en que la independencia del Ejecutivo hace que sólo el Rey tenga algo que decir sobre la sustitución de los Ministros, puesto que son parte del Ejecutivo.

- c) El conocimiento de la «parte contenciosa de la Administración, de las competencias de jurisdicción entre los cuerpos administrativos y judiciales y de la citación a juicio de los agentes o empleados de la Administración pública»

El artículo 58 reconoce además al Consejo de Estado una serie de competencias que ponen de manifiesto el papel que la Constitución de Bayona reservaba al Consejo en el conocimiento contencioso de la actividad administrativa. La redacción es inequívoca⁸ y realmente está perfectamente diseñado lo que sería el contencioso administrativo posteriormente en España. La misma referencia a las competencias del Consejo en materia de conflictos de jurisdicción entre los cuerpos administrativos y judiciales, pone de relieve la traslación a nuestro país del principio «juger l'administration c'est encore administrer». De otra forma no se explica que el Consejo de Estado sea el encargado de conocer de las competencias de jurisdicción entre cuerpos administrativos y judiciales.

En todo caso se trata de una potestad que siendo una de las más importantes y características de nuestro Consejo de Estado posterior, así como también de su modelo francés, en nuestro país no tuvo ocasión de desarrollarse por las incidencias políticas del régimen⁹ josefino. Pone sin embargo de relieve la inspiración

⁸ En el texto del artículo 58 que puede consultarse en la obra de CORDERO DE TORRES, cit., pág. 222, se transcribe este conjunto de competencias en la forma en que se recoge en el epígrafe:

«Conocerá de las competencias de jurisdicción entre los cuerpos administrativos y judiciales; de la parte contenciosa de la Administración y de la citación a juicio de los agentes o empleados de la Administración pública».

Algunas otras ediciones transcriben la expresión «parte contenciosa de la Administración» con una coma de separación entre «parte contenciosa» y «de la Administración», como si fuesen dos competencias separadas, lo que carece de sentido.

⁹ Vid. BARRIOS, Feliciano, *El Consejo de Estado de la Monarquía española 1521-1812*, cit.,

francesa obvia de la Constitución de Bayona y marca una de las diferencias más importantes, aunque sólo sea en el plano teórico —por su falta de traducción práctica—, entre la Constitución de Bayona y la de Cádiz.

1.2. *Organización del Consejo de Estado en la Constitución de Bayona*

Aspecto relevante para comprender el papel del Consejo es el de su organización a la que la Constitución de Bayona se refiere muy someramente. En efecto, sabemos, por el artículo 52, que habría un Consejo de Estado presidido por el Rey, así como que el número de sus miembros no bajaría de treinta ni excedería de sesenta dividido en seis secciones. No se dice apenas nada sobre la forma de nombramiento de sus miembros, aspecto capital para comprender el sentido de la institución y su dependencia.

No obstante, se dispone que serían individuos natos del Consejo de Estado los ministros y el Presidente del Consejo Real, cargos que sin duda eran todos de designación real. Habida cuenta de que la Constitución preveía la existencia de nueve ministerios¹⁰, resultaba que una tercera parte del número mínimo de consejeros eran por designación real por previsión expresa de la Constitución¹¹.

Nada se dice del resto de los Consejeros en cuanto al modo de nombramiento, pero no cabe duda de que se trataba de nombramiento real, pues a ningún otro órgano se le encarga en la Constitución de esa potestad. Por otra parte, el artículo 35 de la Constitución se cuida de precisar que «Los consejeros de Estado actuales sean individuos del Senado» y si bien no se contiene una precisión en el título destinado al Consejo de Estado propiamente dicho, parece evidente que los consejeros «actuales», no son otros que los antiguos consejeros de Estado que son llamados a Bayona para dar su parecer sobre la nueva Constitución, integrando una especie de Junta nacional *sui generis*. Napoleón y su hermano José, el nuevo Rey, buscaban una legitimidad

págs. 208 y 209, en que recoge como poco después del juramento ante el Rey José en julio de 1808 por parte de los Consejeros de Estado del antiguo Consejo que habían accedido a ello, el Consejo reunido en agosto, apenas un mes después, resolvió considerar nulas tanto las abdicaciones de Carlos IV y Fernando VII como las disposiciones de José Bonaparte.

¹⁰ Si bien el artículo 29 de la Constitución preveía la posibilidad de reunir en el de Justicia el de negocios eclesiásticos y el de policía en el de Interior.

¹¹ Para ese cálculo no deben tomarse en cuenta los llamados «adjuntos» por el artículo 95 de la Constitución y que eran designados por el Rey de entre los diputados a Cortes por los Reinos y provincias españolas en América y Asia, pues no parece que fueran consejeros de

adicional a la peculiar renuncia de Valençay y creyeron encontrarla, entre otras cosas, en el apoyo de las Instituciones existentes; el Consejo de Estado era una de ellas y trataron de que sus integrantes asistieran a la reunión de Bayona, si bien con escaso éxito, pues las ausencias fueron notables; pero en todo caso en el texto de la Constitución se preveía la existencia de un Consejo de Estado cuyos «actuales» individuos, es decir, los que lo eran bajo Carlos IV, no sólo lo seguían siendo, sino que además integraban el Senado.

Al subrayar esa continuidad con el Consejo borbónico, se pone también de relieve que, mientras otra cosa no se diga, su funcionamiento y forma de nombramiento de sus miembros seguían siendo los del antiguo régimen, es decir, la designación real para un cargo que venía siendo considerado como de carácter honorífico y por tanto como una distinción que correspondía otorgar al Rey.

El Consejo de Estado se configura, así, en la Constitución de Bayona, como un Consejo del Rey, si bien a partir de ese momento entroncado en un contexto constitucional nuevo en el que las funciones de ese órgano tienen que ver con la relación con el nuevo poder legislativo emergente en el constitucionalismo, aunque fuese tan limitado como el de la Constitución de Bayona. Las funciones más relevantes del Consejo cambian, pero no su carácter de Consejo del Rey, consejo del poder ejecutivo que se sustantiva como tal poder desde el momento en que se define con más precisión el papel de las Cortes y sus facultades legislativas, aunque sea en la forma moderada de la Constitución de Bayona. Es el reconocimiento de las Cortes en un texto constitucional y su carácter parcialmente electivo¹², lo que obliga a Napoleón y a su hermano José, a delimitar y a limitar el papel de esas Cortes, para evitar los excesos revolucionarios a los que Francia había estado sometida y que explican la llegada misma de Napoleón al poder.

Es evidente que Napoleón no pretende dejar a su hermano instalado en un Trono rodeado de Instituciones que pudieran producir los efectos que desencadenó la Revolución en Francia;

Estado propiamente dichos pues sólo tenían voto consultivo y en los negocios que afectasen particularmente a aquellas provincias.

¹² Las Cortes estaban divididas en Estamentos (clero, nobleza y pueblo) de los que sólo el estamento del pueblo era realmente electivo aunque por un sistema indirecto de elección y sólo en lo que se refería a los diputados de provincias y de las 30 ciudades principales, pues los elegidos por las Universidades y por los negociantes o comerciantes eran designados a la postre por el Rey de entre los integrantes de listas que le eran presentadas por Universidades, Juntas de Comercio, Consejo Real, etc.

efectos que se quisieron limitar con las Constituciones francesas del año III y del año VIII. No había de ser una Asamblea legislativa del tipo de las existentes en las Constituciones francesas del año 1791 y 1793 la que se tomase como modelo en España, sino más bien la de la Constitución del año VIII, que es la del triunfo político de Napoleón. Desde esa Constitución, como modelo de la española y salvadas las diferencias del carácter estamental que se mantiene en la de Bayona¹³, es como hay que interpretar la Constitución de Bayona y más en concreto el papel del Consejo de Estado.

En esa perspectiva la designación de los Consejeros de Estado continuaba siendo una prerrogativa del Rey, que no hace falta ni llevarla a la Constitución, pues es un órgano del Ejecutivo y no hace sino continuarse la tradición del Consejo de Estado con la que se encuentra Napoleón, cuya subsistencia es precisa para justificar el propio proceso constituyente, que en realidad descansaba en la voluntad de una sola persona, el Emperador, pero que debía aparecer sustentado por una voluntad nacional, que no podía ser otra —a falta del apoyo del pueblo español— que la que se podía exhibir con la invocación de las antiguas instituciones a las que llama a Bayona el Emperador.

La utilización del Consejo de Estado como soporte de la voluntad constituyente justifica que se continúe con el sistema de designación propio de la institución tal y como se la encuentra el Emperador cuando la utiliza como coartada y sucedáneo de la voluntad nacional; con ello se justifica también el carácter del Consejo como instrumento del poder ejecutivo que es patente en la Constitución de Bayona y que lo diferencia con claridad del Consejo que se crea en Cádiz, como luego veremos.

2. EL MODELO POLÍTICO DE LA CONSTITUCIÓN DE BAYONA

No es difícil encontrar en el vecino país el modelo político de la Constitución de Bayona. El hecho mismo de que se tratase de una Constitución impuesta por el Emperador de Francia lo hace evidente; al igual que la circunstancia de que no había más Constituciones que pudieran tomarse como modelo. Ya que ni la americana se compadecía con el carácter monárquico que era necesario para situar en la jefatura del ejecutivo a un hermano del Emperador, ni la británica por su carácter no escrito (—y

¹³ El artículo 61 disponía la existencia de unas Cortes compuestas de 172 individuos divididos en tres Estamentos: nobleza, clero y pueblo.

por la política francesa respecto de Inglaterra—) podía inspirar la Constitución que el Emperador quería para España y para el Trono de su hermano.

Es la Constitución francesa del año VIII, con los sucesivos senadoconsultos que la adicionan y modifican parcialmente, la que sirve de modelo a la española de Bayona. Ello se explica fácilmente por el origen napoleónico de la intervención en los asuntos de España para la que pretende una fórmula constitucional en todo semejante a la que pudo imponer en Francia. Esa influencia es patente en los términos literales con los que están redactados muchos de sus artículos que parecen una copia literal de los correlativos de la Constitución francesa, así como en las instituciones y técnicas que se ponen en pie en la de Bayona y que carecían de toda tradición en nuestra patria.

Es el caso de las llamadas «juntas senatorias» de libertad individual y de libertad de prensa de los artículos 40 y 45 de la de Bayona que se regulan, que figuran con los nombres de «commission sénatoriale» de la «liberté individuelle» y de la «liberté de la presse» en los artículos 60 y 64 del *Senatus-consulte* de 18 de mayo de 1804; Juntas en las que hasta el procedimiento parece, en buena medida, calcado del modelo francés, bastando para ello con la lectura de los artículos 62 a 67 del *Senatus-consulte* y su comparación con los artículos 42 a 48 de la Constitución de Bayona, en lo que se observa que se trata de una copia literal del texto francés.

2.1. *La Constitución francesa del año VIII*

El examen de la Constitución del año VIII no puede hacerse, sin más, desde el propio texto constitucional sin recordar la peripecia política a la que responde y el proceso de evolución de la historia de la Revolución en Francia. A este respecto la Constitución del año VIII es la respuesta de la burguesía triunfante con la Revolución a los excesos de ésta, que amenazaron su propia posición a lo largo del proceso y que encontró aliados en muchos sectores sociales a consecuencia de la inseguridad que la Revolución generó en su desarrollo y especialmente en la fase del Terror.

Ya la Constitución del año III contenía elementos de moderación de la voluntad popular a través de la creación de dos Cámaras (el Consejo de los Ancianos y el Consejo de los Quinientos) y a través del establecimiento de un poder ejecutivo repartido entre cinco miembros de un Directorio nombrado por

el Consejo de los Ancianos sobre una lista de cincuenta nombres presentados por el Consejo de los Quinientos. Igual designio moderador de la voluntad popular presenta sobre todo el sistema electoral que trata de excluir del derecho de sufragio a quien no sea propietario o usufructuario. Pero todos estos instrumentos se revelaron insuficientes para una burguesía que deseaba ver garantizada su seguridad y su propiedad frente a los excesos que habían presenciado y padecido durante el Terror.

Será en la Constitución del año VIII (13 de diciembre de 1799) cuando se aborde definitivamente la moderación revolucionaria hasta el punto de que en su preámbulo se anuncia a los ciudadanos franceses que la Revolución ha terminado.

A) Características esenciales de la Constitución francesa del año VIII

No se trata de examinar aquí la Constitución del año VIII, por un afán comparatista desmedido, sino para situar el Consejo de Estado que la misma pone en pie, y que se transcribe en la de Bayona, en su dimensión correcta que nos permita interpretar la Institución en su pleno sentido y en la perspectiva del significado político de la misma Constitución.

Lo primero que llama la atención de la citada Constitución es el papel «silencioso» que se reserva al poder legislativo, que se ve privado de la facultad, no ya de debatir, sino incluso de proponer cualquier texto legal. En efecto, la Constitución reserva estas facultades al Gobierno y parcialmente (sólo la de debatir) a un nuevo órgano llamado «Tribunado», por la influencia clásica romana de los Tribunos de la plebe que defendían los intereses de ésta. El cuerpo legislativo se limitaba a oír las discusiones que ante él pudieran desarrollar los portavoces del Consejo de Estado (como parte del Gobierno) y del Tribunado.

Tal organización pone de manifiesto el temor que la Revolución deja en la burguesía y, como consecuencia, la necesidad del establecimiento de mecanismos que eviten la incertidumbre en los espíritus que se había instalado en la sociedad francesa desde la Revolución.

La segunda impresión tiene que ver con el sistema, fuertemente censitario, que se establece en materia electoral, así como la interferencia desde arriba en los mecanismos de elección. Ya no es que la elección sea censitaria o que se sigan procedimientos indirectos, sino que en realidad los electores después de sucesivos filtros y de elecciones indirectas sólo consiguen llevar a una lista nacional el nombre de los elegibles, de entre los cuales sólo al

«Senado conservador» corresponde finalmente elegir a los integrantes del poder legislativo o del tribunado.

El tercer rasgo a destacar en esta aproximación rápida tiene que ver con el papel que se reserva precisamente al Senado conservador; papel que tiene que ver con funciones electorales, como la de elegir de entre quienes figuran en las llamadas listas nacionales las personas que finalmente han de desempeñar los cargos correspondientes y que tiene que ver también con la de ser el guardián de la constitucionalidad de los actos que le remitan para su examen por el Tribunado o por el Gobierno. Además, y desde el *Senatus-consulte* de 4 de agosto de 1802, el Senado tenía facultades interpretativas de la Constitución misma, así como la de disolver el Cuerpo legislativo y el Tribunado; y tiene también la facultad de adoptar medidas extraordinarias como la de suspender los jurados en los departamentos en los que fuera necesario o los declara fuera de la constitución.

El cuarto aspecto a destacar, en lo que a esta investigación interesa, tiene que ver con el Gobierno que se confía a tres cónsules designados por su nombre en la propia Constitución, siendo el ciudadano Bonaparte el primero de los cónsules, con funciones particulares y preeminentes sobre las de los demás cónsules. Los cónsules lo eran por diez años, si bien como es conocido después se les declara vitalicios por *Senatus-consulte* del año 1802 y finalmente se sustituirá el sistema consular de gobierno por el de gobierno imperial —igualmente por *Senatus-consulte*— que se confía, también nominativamente, a Napoleón Bonaparte Emperador de los franceses.

Pues bien, característica notable de este sistema de gobierno, aun antes de su transformación imperial, es el papel relevante que al Gobierno como tal se le concede, bien distinto del que había tenido durante la revolución. En este sentido puede señalarse la facultad de iniciativa legislativa que se le reconoce en la Constitución misma y que no sólo durante la Revolución no se le había permitido, sino ni siquiera en la Constitución del año III se atrevieron a incluirla con determinación en la medida en que se entendía que afectaba al dogma de la separación de poderes¹⁴. La atribución de tal iniciativa legislativa es tanto más relevante en cuanto que, de acuerdo con el texto constitucional del año VIII, sólo al Gobierno pertenecía, en exclusiva dado que el Cuerpo legislativo se limitaba, como se ha señalado, a aprobar

¹⁴ Lo que llevó a admitir solamente que el Directorio podía invitar al Consejo de los Quinientos a tomar en consideración una cuestión y proponerle medidas, pero nunca un proyecto redactado en forma de ley (art. 163 de la Constitución del año III).

o desaprobar los textos de ley que se le sometían. La defensa de dichos proyectos correspondía a los oradores designados del Consejo de Estado, que es el que elaboraba dichos proyectos bajo la dirección de los cónsules. Previamente a su remisión al Cuerpo legislativo se remitían al Tribunalado que los debatía y acordaba su adopción o rechazo, pero éste no se concretaba en otra cosa más que en la justificación ante el Cuerpo legislativo de las razones de su propuesta de rechazo, siendo finalmente el Cuerpo legislativo el que decidía o no la aprobación.

Al Gobierno, asimismo, correspondía hacer los Reglamentos necesarios para asegurar la ejecución de las leyes (art. 44), siendo el reconocimiento de esta potestad igualmente relevante por cuanto hasta ese momento se le había regateado al Gobierno toda posibilidad de hacer normas de carácter reglamentario con una concepción amplia de la potestad legislativa que comprendería toda manifestación de potestad normativa. A esa posición restrictiva de la Revolución no le era ajena la desconfianza en el poder real absoluto encarnado en la persona de Luis XVI.

Pues bien, ése es el contexto en el que hay que situar la aparición del Consejo de Estado pieza básica del Gobierno, cuya posición y funciones no pueden ser comprendidas cabalmente sin situarlo en esa compleja arquitectura constitucional a la que responde la norma fundamental del año VIII. Sin tener eso en cuenta no se puede comprender que se trataba de dar un salto trascendental en la historia de la Revolución dejando atrás un modelo de dominio de la Asamblea, para dar mayor fuerza al Ejecutivo. Pero, paralelamente a dotarle de esa mayor fuerza que fundamentalmente descansaba en el hecho de hacer del Gobierno el motor del legislativo —privando a éste de la iniciativa de las leyes— se trataba inicialmente, como luego veremos, de poner un cierto freno a ese poder del Gobierno o tal vez de hacerlo más digerible por medio de la figura del Consejo de Estado que era el encargado de preparar los proyectos de ley y de hacer los «reglamentos de administración», además de resolver las dificultades que se suscitaban en materia administrativa. El Consejo de Estado, en ese papel, introducía en el Gobierno un cierto carácter «republicano» frente a una cierta concepción jerárquica, o si se quiere monárquica del Gobierno.

Puede parecer paradójico que se hable de republicana a propósito de una Institución que parece hundir sus raíces en la tradición de los Consejos de la Monarquía absoluta, pero el sentido que tiene la expresión de «republicano» se explica en la perspectiva de la época, y más en concreto en el sentido con que la empleaba SIEYÈS, inspirador, con mayor o menor éxito,

de casi todas las Constituciones de la Revolución, en su célebre polémica con Paine. Republicano era para él todo poder que se encuentra atribuido a un órgano colegiado o a varios órganos conjuntamente y que por esa razón se ejercita de forma compartida sin responder al principio de unidad de dirección; monárquico es, por el contrario, el poder que se desarrolla de forma piramidal a través de órganos singulares jerárquicamente ordenados¹⁵. SIEYÈS pretende independizar así el concepto de república o monarquía del carácter representativo o no del mandato que se ostente; una monarquía puede ser representativa, pues lo que le caracteriza no es el mandato representativo sino la forma jerárquica de organizarse¹⁶.

Todavía en el año III se entiende que el Gobierno debe ser republicano en el sentido de SIEYÈS y se encomienda el mismo a un directorio de cinco miembros; a través de esa compartición del poder, de carácter republicano, se pretende limitar y controlar el poder del Gobierno; de haberlo hecho de otra forma, es decir, de haberle encomendado el Gobierno a una sola persona —se le llamase presidente, cónsul o director— se pensaría que se olvidaban las tradiciones republicanas del Gobierno a favor de órganos colegiados o asambleas.

En la Constitución del año VIII, que analizamos, y que es la que sirve de modelo a la de Bayona, se avanza decididamente en una concepción monárquica, pues la existencia de tres cónsules, no puede ocultar la preeminencia del primero sobre todos los demás que se expresa bien claramente en los artículos 41 y 42 de la Constitución del año VIII, que atribuye competencias

¹⁵ En su carta a Paine de 16 de junio de 1791 publicada en el *Moniteur*, SIEYÈS afirma: «Bien se percibe que la diferencia radica, casi por entero, en el modo de dirigir el Gobierno. Lo que los monárquicos desean hacer por medio de la unidad individual, los republicanos lo intentan por medio de un cuerpo colectivo.» «En nuestro sistema, continúa diciendo SIEYÈS en la misma carta, el Gobierno está compuesto de un primer monarca, elector e irresponsable, en nombre del cual actúan seis monarcas nombrados por aquél y responsables. Por debajo se hallan las direcciones de los Departamentos, etc. En el otro sistema (se refiere SIEYÈS al republicano) se halla, en el primer grado de ejecución, un Consejo o Senado nombrado o por los departamentos o por la Asamblea.» Las referencias a los textos o intervenciones de SIEYÈS pueden verse en la cuidada edición del Centro de Estudios Constitucionales *Escritos y Discursos de la Revolución*, Col. Clásicos Políticos, 1990. Las citas de la carta a Paine pueden verse en págs. 211 y ss.

¹⁶ En la misma carta citada en la nota anterior y un poco más adelante, pág. 216, afirma SIEYÈS, a propósito de la monarquía, su preferencia sin entusiasmo por una monarquía hereditaria, pues en todo caso lo que para él caracteriza a un sistema monárquico es otra cosa: «Por lo demás, si la Nación desea un día explicarse, por medio de una Asamblea constituyente, sobre el lugar del monarca, sea que éste devenga electivo, sea que permanezca hereditario, no perderemos por ello la monarquía, puesto que existirá en todo momento aquello que constituye su esencia; a saber: la decisión individual tanto en los monarcas ejecutivos cuanto del monarca elector.»

plenas al primer cónsul en materia de promulgación de las leyes y nombramientos y cese «a voluntad» de miembros del Consejo de Estado, ministros, embajadores, etc. Por contra, los otros dos cónsules, en las demás materias no explícitamente mencionadas como de competencia exclusiva del primer cónsul, sólo tenían voto consultivo ¹⁷.

En ese contexto político la existencia de otros dos cónsules y la existencia misma del Consejo de Estado, no deja de ser un homenaje a la tradición republicana de compartición del poder ¹⁸; homenaje que no puede ocultar el carácter simbólico que esas magistraturas colectivas habían de tener en la práctica en los momentos turbulentos del Imperio. Carácter simbólico, al menos, en cuanto mecanismos inmediatos de limitación o control del poder a través de su división y reparto entre varios titulares, lo que no significa sin embargo que no fuese el Consejo de Estado una institución capital para la limitación y el control del poder con el paso del tiempo y con el asentamiento del constitucionalismo a lo largo del XIX.

B) Significado de la Constitución del año VIII y función del Consejo de Estado a la luz de la evolución de SIEYÈS, su principal inspirador, que expresa la evolución del espíritu revolucionario

Expuesto sumariamente el contenido de la Constitución del año VIII que había de tomarse como modelo de la Constitución de Bayona, conviene detenerse algo más en su significado político

¹⁷ El artículo 42, tras la enumeración que el 41 hacía de las competencias del primer cónsul, disponía: «En los demás actos de Gobierno, el segundo y el tercer cónsules tienen voto consultivo; firman el registro de estos actos para constatar su presencia; y si lo desean consignan allí sus opiniones; después de lo cual la decisión del primer cónsul basta.»

No puede haber manifestación más clara de la posición de absoluto dominio del primer cónsul y el carácter subordinado de los demás. El carácter «monárquico» de la Constitución del año VIII se agudiza como es lógico con los sucesivos *Senatus-consulte* que transforma el consulado en vitalicio primero (inicialmente era decenal y cabía la posibilidad de que el Senado no designase al primer cónsul o naturalmente a cualquiera de los demás) y acaba creando el Imperio después en beneficio del primero de los cónsules. No obstante ello, debe destacarse que hasta el Imperio en que desaparecen los cónsules, la dirección del Consejo de Estado se atribuye por el artículo 52 a los cónsules, por lo que el papel de éstos en la relación con el Consejo de Estado podía ser directa, si bien no puede ignorarse la preponderancia que al primer cónsul correspondía por el simple hecho de ser él quien nombra a los miembros del Consejo de Estado.

¹⁸ Homenaje por el carácter en realidad piramidal del poder, que se enmascaraba con la existencia de un Consejo de designación imperial. La paradoja es que se trata de una institución republicana en el sentido de SIEYÈS, dado su carácter colegiado, pero que se inserta en un esquema claramente monárquico en el sentido también de SIEYÈS, pues el poder residía en una sola persona en realidad.

en la perspectiva del desarrollo de la Revolución en el vecino país, pues dicha Constitución y la pieza del Consejo de Estado que en ella aparece, no pueden ser entendidas como la foto fija que nos presenta el propio texto constitucional, sino que sólo se puede comprender en su sentido profundo si se sigue la marcha de las inquietudes que la organización del poder va suscitando a lo largo del proceso revolucionario en la mente de sus personajes más influyentes.

Entre ellos ninguno como SIEYÈS para dar cuenta del sentido de la Constitución del año VIII. En efecto, se trata de su principal inspirador, a pesar de que no todas sus propuestas encontraran acogida y de que algunos puntos esenciales de su concepción constitucional resultasen alterados; pero es a él a quien se dirige Napoleón para que redacte el texto de Constitución. Por otra parte, SIEYÈS está presente de una forma o de otra, como miembro del comité de Constitución o como orador decisivo a lo largo de sus debates o simplemente por la influencia que sus ideas tienen en Francia desde la publicación de su conocida obra sobre el Tercer Estado, en todos los debates constitucionales de la Revolución¹⁹. La opinión de SIEYÈS se puede conocer fundamentalmente a través del testimonio de Boulay que tomó notas dictadas por SIEYÈS para la Constitución del año VIII, pero también a través de sus escritos y discursos anteriores a dicha Constitución.

Lo que se aprecia en SIEYÈS, y así ha sido destacado por sus comentaristas, es una evolución que permite hablar de «dos» SIEYÈS²⁰. Uno que empieza con su escrito sobre el Tercer Estado y con sus intervenciones políticas como representante del Tercer Estado²¹ y otro que se manifiesta tras el Terror, durante el que permanece silencioso²², aunque se expresa sibilinaamente en algunos artículos. El SIEYÈS del Tercer Estado es el precursor de la Revolución y del Juramento del juego de pelota que él contribuye a redactar; es el teórico de la soberanía que no está sujeta a límites y que, en la práctica, determinaría en Francia un estado

¹⁹ Sea o no cierta la anécdota de sus últimas palabras antes de morir en 1836 —«La Constitution c'est moi»— reflejaría no sólo su propia idea sobre su papel desde el inicio de la Revolución, sino también la opinión general al respecto.

²⁰ *Vid.* BASTID, Paul, *Sieyès et sa pensée*, Hachette, 1970, págs. 429 y ss.

²¹ SIEYÈS no quiso presentarse a la elección por el clero y prefirió hacerlo por el tercer estado. Su enorme prestigio le permitió allanar los obstáculos legales a su presentación por este estamento y ser elegido por el pueblo de París.

²² Silencio que trata de justificar sin demasiadas explicaciones —entre líneas hay que entender que se sentía impotente y amenazado por los acontecimientos— en su escrito de finales de 1794 sobre «Fundamentos del Estado» en su antepenúltimo párrafo; *vid.* en *Escritos y Discursos de la Revolución*, cit., pág. 244.

de incertidumbre sobre el deseo del pueblo soberano que no encuentra límites a su voluntad.

El segundo SIEYÈS, como algunos le han llamado, es un teórico mucho más moderado en sus planteamientos, lo que se expresa de forma patente en su discurso del 2 de Termidor del año III (20 de julio de 1795) con ocasión del debate sobre la Constitución en cuyo comité de redacción no había sido incluido, pero cuyos miembros habrían tratado con mayor o menor sinceridad de obtener su colaboración con sus consejos. Pero, si su giro más conservador se puede situar en el ámbito parlamentario en aquel discurso, lo cierto es que ya antes en escritos, públicos o no, había manifestado ese cambio de disposición en buena parte motivado por la dureza de la experiencia revolucionaria durante el Terror, que a él como a otros, particularmente, les marcaría profundamente en lo sucesivo. No se sería justo con el modo no sólo de pensar, sino también de ser de SIEYÈS, si no se señalase que en intervenciones anteriores y pese a su radicalidad en muchos puntos²³, nunca había sido proclive a los excesos revolucionarios ni al pensamiento y actuación de los jacobinos, que siempre vieron en él uno de sus enemigos más peligrosos²⁴.

Pero, como acaba de decirse, es en el discurso del 2 de Termidor del año III²⁵, cuando, en trance de pronunciarse sobre el proyecto de Constitución, despliega con la mayor intención las ideas político-constitucionales que ya va a sostener siempre en lo esencial, aunque cambien en aspectos secundarios. En todo caso lo que queda claro es que el objeto de su preocupación va a ser ya la garantía de la Constitución misma, la Constitución como límite a la Ley en definitiva, que le va a llevar en lo sucesivo a proponer la existencia de un Tribunal constitucional con el

²³ Él es uno de los que vota la pena de muerte para Luis XVI y además lo hace, a diferencia de otros que quizá por mala conciencia se sintieron obligados a justificar su voto, sin ningún tipo de dudas.

²⁴ Así en «Contra la re-tota» manuscrito inédito de 1792 (*vid. Escritos y Discursos de la Revolución*, cit., pág. 219), se preocupa ya de señalar, tal vez un poco crípticamente, que lo que los hombres ponen en común en la Asociación voluntaria en que consiste la sociedad política, no incluye todos sus intereses, sus voluntades, acciones y posesiones. Sólo ponen en común aquello que es necesario para alcanzar el fin de la asociación política: es decir, el fin de no ser inquietado «en los propios trabajos, riquezas y derechos». La argumentación trata de poner así límites a la omnipotencia del Estado, al no someter a su órbita la totalidad de la vida y acción de los asociados. En este sentido anticipa ya alguno de los argumentos de los doctrinarios y en concreto los de Benjamin Constant, por otra parte amigo y en cierto sentido discípulo suyo, en su trabajo sobre la libertad de los antiguos y de los modernos. En la misma línea se mueve en otros manuscritos también inéditos de 1794, «Límites de la soberanía» y «Fundamentos del Estado», también en *Escritos y Discursos de la Revolución*, cit.

²⁵ *Vid. Escritos y Discursos de la Revolución*, cit., pág. 253 y ss.

nombre de *jury constitutionnaire*. En la misma línea de preocupación está la idea de llevar a sus últimas consecuencias el principio de la separación de poderes con la idea clara de «dividir para evitar el despotismo». Frente a la propuesta de dos Cámaras con las mismas facultades legislativas como forma de controlar el poder legislativo que es la solución del Comité de constitución, SIEYÈS va a atacar la idea de poner a dos órganos a realizar la misma tarea. Él comparte la idea de los contrapesos, pero entiende que encargar de la realización de las leyes a dos órganos, sería como encargar de la realización de un edificio a «dos cuadrillas sucesivas de albañiles» para evitar abusos de una de ellas en la realización del edificio. En su lugar distingue la diferenciación de «procuraciones» o representaciones: las hay para *realizar* la ley o para *ejecutarla*, pero dentro de la realización de la ley se puede distinguir entre los que tienen la *iniciativa* y los que la *aprueban*; dividir el poder sería igual a dividir las procuraciones. El que hace la ley se debe limitar a aprobarla, pero en modo alguno tomar la iniciativa de redactarla. El cuerpo legislativo debe limitarse a aprobar la ley que le presentan lo que él llama los «talleres de proposición» de la ley, que no son otros que el Gobierno por una parte y un órgano nuevo que él llama el Tribunado.

En cuanto al Gobierno, SIEYÈS afirma que carece de sentido ver en él una institución antipopular y por tanto defiende —frente a la extrañeza que pueda suscitar— el que el Gobierno sea uno de los talleres de proposición de las leyes y por tanto que, de alguna forma, participe en el proceso de elaboración de la ley, si bien no en el de aprobación de la misma que es responsabilidad exclusiva del Cuerpo legislativo. Simultáneamente, y para evitar que el Gobierno tenga el monopolio de la iniciativa legislativa, propone la existencia del Tribunado, nombre de resonancia clásica, que sería el otro taller de proposición de leyes y de oposición a las leyes que propone el Gobierno. El Tribunado se supone que está en contacto con las demandas del pueblo, recibe sus quejas y escucha sus reclamaciones; él no tiene la responsabilidad de la ejecución de la ley como el Gobierno pero recibe del pueblo directamente sus necesidades.

Gobierno y Tribunado exponen sus razones al cuerpo legislativo para la aprobación de las leyes; a veces actuarán de acuerdo en la apreciación de la necesidad y conveniencia de la ley, otras veces en discrepancia. En todos los casos el Cuerpo legislativo tiene la última palabra para aprobar o no la ley. Éste actúa, así, como lo haría un tribunal, es decir, después de oír a las partes y resolviendo dentro de lo que le piden pues son éstas las que conocen las necesidades del pueblo.

El poder legislativo se subdivide o descompone, así, en mandatos o procuraciones específicas que se atribuyen a órganos distintos. La aprobación de la ley corresponde en exclusiva al Cuerpo legislativo; en cambio, la iniciativa se reparte entre dos órganos distintos que si bien parecen hacer la misma función —proponer la ley—, sin embargo, lo hacen desde perspectivas diferentes: uno, desde la perspectiva de las necesidades, demandas y preocupaciones de los ciudadanos —el Tribunalado—, y otro —el Consejo de Estado— desde la perspectiva de su responsabilidad de Gobierno.

En todo el interesante discurso de SIEYÈS subyace el temor a la anarquía del sistema asambleario. A tal efecto quiere limitar los poderes del cuerpo legislativo y simultáneamente quiere fortificar el poder del Ejecutivo debilitado por el predominio de la Asamblea y por su carácter colegiado²⁶; por eso a la vez que propone dividir el poder para evitar el despotismo también propone la centralidad (o centralización) «para evitar la anarquía».

Finalmente, y como cierre del sistema, está el Tribunal constitucional, cuyo papel no satisface la asamblea de los ancianos que propone el comité de constitución y que sólo encontrará parcial acogida en la Constitución del año VIII.

En esta última, la influencia de SIEYÈS es muy superior, puesto que él es precisamente el encargado de redactarla y, aunque buena parte de sus ideas son rechazadas en el texto final —lo que le produce gran amargura—, su influencia es notoria. Es una Constitución insólita para los usos habituales hasta ese momento, incluso en su terminología, y puede decirse que no llegará finalmente a encarnar en la tradición constitucional. Resulta sorprendente ver una Asamblea legislativa sin derecho a hablar y limitada a aprobar o rechazar lo que le propone el Gobierno; limitada a escuchar la defensa que éste hace de su propuesta y el Tribunalado de su opinión favorable o desfavorable a la aprobación de la ley²⁷.

²⁶ Ya en la polémica con Paine había sostenido la preferencia por los principios de jerarquía en la organización de la cosa pública y por eso prefería la monarquía a la república que identificaba con colegiabilidad, *Escritos y Discursos de la Revolución*, cit., pág. 211.

²⁷ Posteriormente, en la Constitución del año VIII el Tribunalado pierde el derecho de iniciativa legislativa y se limita a oponerse o no ante el cuerpo legislativo a las propuestas del Gobierno; seguramente ésta era una de las diferencias que amargaban a SIEYÈS; pero no puede negarse su influencia en la idea misma de separar la iniciativa y la aprobación, así como la creación de un Tribunalado, aunque sea con funciones más limitadas que en buena medida transforman el sentido de la propuesta de SIEYÈS, que más respetuoso con la separación de poderes no quería dejar en manos del Gobierno la llave de la actuación de las Cámaras. Sin embargo, la idea misma de que la iniciativa gubernamental en la proposición de la ley no infringe el principio de la separación de poderes se incorpora desde entonces a la tradición

Se percibe también su influencia en la continuación del proceso de separación de «procuraciones». Dos muestras pueden ser expresivas de ello. Una tiene que ver con la distinción o separación dentro de las funciones de gobierno entre éstas y las de nominación o designación; así, en concreto, se destaca la figura de un «Senado conservador» que trata de asumir la función del «gran elector», órgano que para SIEYÈS era capital en cuanto que efectuaba las designaciones pero carecía de otros poderes de Gobierno en su afán de evitar la acumulación a esta facultad de «designar» de otras procuraciones que pudieran conducir a la tiranía al acumularse unas sobre otras. La garantía de la pureza en los nombramientos consistía en que el que lo hacía no acumulase más funciones. Aquí tampoco se respetan las ideas estrictas de SIEYÈS pues el Senado-Conservador tiene algunas funciones más como la de vigilar las violaciones a la Constitución, en la línea del *jury constitutional* que proponía SIEYÈS.

La segunda muestra de la influencia está en la distinción entre la función de Gobierno y la del poder Ejecutivo que SIEYÈS se esforzó por establecer. A este respecto la Constitución del año VIII atribuyó el gobierno propiamente dicho a tres cónsules, con evidente preponderancia del primero, como ya se señaló²⁸. Simultáneamente recogió en el artículo 41 cuáles eran los típicos actos de gobierno o al menos cuáles eran los que correspondían al primer cónsul sin intervención de los demás (art. 42); la intervención de éstos, con simple voto consultivo como ya se dijo, se da en aquellos otros actos en los que se reconocen al Gobierno otras potestades como la de proponer las leyes y hacer los reglamentos para su ejecución (art. 44); la de dirigir los ingresos y los gastos conforme a la ley anual que determina el montante de unos y de otros (art. 46) y muy singularmente la de proveer a la seguridad interior y a la defensa exterior del Estado (art. 47), así como las relaciones exteriores y las declaraciones de guerra y las alianzas de paz (art. 50).

Ese conjunto de facultades pertenecen al Gobierno en la Constitución del año VIII y en cambio al hablar de los Ministros en el artículo 54 se limita a hablar de «procurar la ejecución de

constitucional. En la Constitución del año III, pese a la intervención de SIEYÈS, no se atrevieron a reconocer el derecho del Gobierno de presentar proyectos de ley por temor a violentar el dogma de la separación de poderes y se limitaron a reconocer la posibilidad del Gobierno de invitar al Consejo de los Quinientos a tomar un tema en consideración sin que pudiera estar redactada tal invitación en forma de ley.

²⁸ Decía el artículo 39 de la citada Constitución: «Le Gouvernement est confié a trois consuls nommés pour dix ans et indéfiniment rééligibles». Después desaparecerían los tres cónsules al ser sustituidos por el emperador.

las leyes y de los reglamentos de Administración pública»²⁹. Lo relevante a los efectos que aquí interesan, es que una cosa es la acción del Gobierno, identificado en los cónsules, y otra la acción del poder ejecutivo, identificada en los Ministros. El gobierno, a través de los reglamentos «asegura» la ejecución de la ley, pero propiamente no la «ejecuta»; quien esto hace son los ministros que son los que «procuran»³⁰ la ejecución de la ley y de los reglamentos de administración pública. Probablemente nunca se ha tenido una preocupación tan grande por hacer una distinción entre Gobierno y ejecución, que es capital y que luego aparecerá confundida, lo que será fuente de graves problemas³¹.

Éste es el marco teórico en el que aparece la institución del Consejo de Estado por primera vez en una Constitución, precisamente en la del año VIII, y para comprender su alcance parecía necesario detenerse en los aspectos anteriores para mejor penetrar en su sentido.

²⁹ En el artículo 44 de la Constitución se le atribuye al Gobierno la potestad de hacer los reglamentos para asegurar la ejecución de las leyes en tanto que en el 52 se señala que el Consejo de Estado redacta los reglamentos de «Administración pública». No es fácil saber si la Constitución quiere hacer alguna distinción entre ambas categorías de reglamentos, como más adelante se estableció, o si los términos se empleaban de forma indistinta, como más bien parece, pues no se ve la justificación para que los Ministros tengan que procurar la ejecución de los reglamentos de administración pública, pero no la de los reglamentos para la ejecución de las leyes. Tampoco se ve por qué, de acuerdo con el artículo 52, el Consejo de Estado había de redactar los proyectos de reglamento de administración pública —únicos que se mencionan en ese artículo— y no en cambio los reglamentos de ejecución de la ley, cuando en cambio sí redactaban los propios proyectos de ley. Parece claro que en ese momento, al menos, los términos empleados no daban lugar a las distinciones que luego se les asignaron y por tanto que eran distintas formas de designar lo mismo, por lo que ambos debían de ser ejecutados por los Ministros y ambos debían ser preparados por el Consejo de Estado. En esa línea se pronuncia CARRÉ DE MALBERG en su *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, págs. 581 y ss.; no obstante, reconoce que autores como LAFERRIÈRE establecían dicha distinción lo que para CARRÉ no significa que la misma tenga gran valor. Pudo tenerla a partir de la Constitución de 1848 que hizo electivos por la Asamblea los miembros del Consejo de Estado y que especificó que los reglamentos de administración pública que se adoptasen en virtud de una delegación legislativa se «hacían» «sólo» por el Consejo de Estado, a diferencia de los demás reglamentos que se preparaban para el Gobierno por el Consejo de Estado pero no se hacían por él, *vid.* LAFERRIÈRE, Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, LGDJ, reimpresión, 1989, tomo II, pág. 10; la designación parlamentaria de los miembros del Consejo puede explicar que las delegaciones legislativas no se hacían en realidad en el Gobierno sino en el propio Consejo de Estado. *Vid.* también AUCOC, «Des régléments d'administration publique, et de l'intervention du Conseil d'État dans la rédaction de ce régléments», *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1872, citado por LAFERRIÈRE y que parecía sostener la diferenciación entre ambos tipos de reglamentos en cuanto al dictamen del Consejo.

³⁰ Recuérdese que STEYÈS habla de «procuraciones» para referirse a las distintas representaciones que ostentan las distintas magistraturas; los diputados tienen una procuración que consiste en aprobar la ley, pero las demás magistraturas tienen cada una su «procuración». No es extraña así la afirmación del artículo 54 de la Constitución del año VIII de que «Les Ministres procurent l'exécution...»

³¹ La distinción la formula STEYÈS con toda nitidez en su discurso de 2 de Termidor, *vid. Escritos y Discursos de la Revolución*, cit., págs. 264 y 265.

2.2. La Constitución del año VIII y la función del Consejo de Estado

El resumen de alguno de los aspectos más significativos de la Constitución del año VIII no tiene otra función que la de ayudar a comprender el sentido de esa singular institución que parece rescatada de la tradición política anterior a la revolución para situarla en un papel bien relevante. Se atribuye a Napoleón el mérito del establecimiento del Consejo de Estado en la Constitución del año VIII y tiende a olvidarse el papel que en ello tuvo el padre de la idea, el ciudadano SIEYÈS, que lo introduce en los proyectos iniciales de la Constitución del año VIII³².

Por más que no todas las ideas del abate pasaran al texto final —algunas con desnaturalizaciones de sentido importantes— era inevitable indagar en las ideas de quien diseña con Napoleón el golpe de Estado primero y la Constitución después. Dividir y subdividir el poder para evitar la tiranía y, a la vez, garantizar la unidad de acción para impedir la anarquía era la preocupación del abate SIEYÈS; y para conseguirlo introduce por primera vez en la historia constitucional de la revolución la idea de un Consejo de Estado con tareas que desbordan las que después ha de tener.

No puede perderse de vista que en el sistema de SIEYÈS la iniciativa legislativa correspondía al Gobierno y al Tribunalado³³. Ni tampoco que esa atribución al Gobierno de la iniciativa legislativa debió de parecer auténticamente subversiva en relación con el dogma de la separación de poderes. Así ocurrió con los constituyentes del año III y el abate debió pensar, en el año VIII,

³² Alguna de las ideas de SIEYÈS tal vez las tomó del pensamiento político de HARRINGTON, pensador republicano inglés del siglo XVII, con unas concepciones, en su *Oveana*, semejantes en algunos aspectos como el de la división de papeles en la elaboración de la ley. *Vid.* al respecto lo que sobre HARRINGTON se dice en SABINE, George H., *Historia de la Teoría Política*, Fondo de Cultura Económica, 3.ª ed., 1965, pág. 374.

³³ Antes de su discurso del 2 de Termidor (20 de julio de 1795), SIEYÈS no mencionaba todavía al Tribunalado y así en su memorándum inédito sobre los fundamentos del Estado ya propone que el poder legislativo no sea confiado a la Cámara de diputados en exclusiva: «En efecto, hemos llegado a la conclusión de que resulta necesario dividirlos en tres partes: el Jefe del Estado, el Senado y la Cámara de Diputados. Ninguna de estas tres partes puede arrogarse por entero el Poder legislativo; ninguna, tampoco, considerarse el legislador o representante legislativo. Estas cualidades, en efecto, no pertenecen sino a la reunión de las tres partes». Esa opinión tan rotunda no se atrevió ya a sostenerla en el discurso de la Constitución del año III; entonces el poder legislativo consistía sólo en el poder de aprobar la ley, sin iniciativa propia, pero ese poder legislativo es sólo de la asamblea. La iniciativa es lo que corresponde al Gobierno y al tribunalado, órgano que aparece por primera vez en ese discurso, tal vez para hacer más soportable la idea de que uno de los poderes tuviese la llave del otro en exclusiva. Pese a todo sus ideas no prosperaron, aunque por primera vez se introduce la posibilidad de que el Gobierno invite a la Cámara a deliberar sobre un tema, sin que tal invitación pudiera revestir la forma de un proyecto de ley.

que era necesario suavizar y legitimar su propuesta con la intervención de un Consejo deliberante que asistiese a cada uno de los dos cónsules nombrados por el Gran Elector que se situaba en la cúspide de la escala gubernamental.

Aparece aquí por primera vez el Consejo de Estado o para ser más exactos los Consejos de Estado, pues cada cónsul tiene el suyo y nombra a sus miembros, para que preparase los proyectos de ley y los defendiese ante la Asamblea, además de otras atribuciones que luego se examinarán.

Probablemente fuese esta primera tarea de cada uno de los Consejos de Estado («redactar y *proponer en cuanto órgano de Gobierno* ante el cuerpo legislativo las leyes que considerase necesarias») la modificación más significativa de SIEYÈS respecto de su posición del 2 de Termidor del año III (20 de julio de 1795). En efecto, aquí no es ya el Gobierno, entendiendo como tal los cónsules, el que propone, sino que tal atribución correspondería —si hemos de creer a BOULAY DE LA MEURTHE que recogió al dictado las propuestas de SIEYÈS— a los propios Consejos de Estado que hacen la redacción y proponen las leyes al cuerpo legislativo. Ciertamente que esos Consejos estaban presididos por los Cónsules, quienes además nombraban a sus miembros. Pero no puede dejar de señalarse el carácter autónomo que el Consejo tenía respecto de los Cónsules en la propuesta de SIEYÈS; aunque pareciese que era en éstos, en los cónsules, en los que se residenciaba el Gobierno, pues él mismo no duda en calificar también a los Consejos de Estado como órganos de gobierno —con una procuración singular dentro del Gobierno.

Junto a esa función fundamental de los Consejos de Estado, que probablemente está en el origen de su creación —como dispositivo para atenuar la suspicacia generada por la posible violación del dogma de la división de poderes—, existían otras atribuciones de cierta importancia. La primera la de hacer los reglamentos, puesto que durante la revolución se había pensado que los reglamentos eran una atribución del cuerpo legislativo, singularizada por su carácter de normas de segundo rango, pero normas al fin y al cabo, y por tanto competencia del Cuerpo legislativo. En su primer discurso de Termidor del año III había atribuido, sin más, esa competencia al Gobierno y es muy posible que esa atribución sin más especificaciones también chocase a los diputados, que desde luego, no la incluyeron en la Constitución del año III³⁴. Además, le atribuía también la facultad de

³⁴ En el artículo 144 al enumerar las competencias del Directorio se le reconocía que: «Puede hacer proclamaciones conformes a las leyes y para su ejecución.» Se evita la palabra

interpretar o confirmar las leyes, pero limitado al supuesto de que los Ministros lo requiriesen.

Finalmente, los Consejos estatuían sobre las reclamaciones de los ciudadanos o de los funcionarios inferiores contra los Ministros, en los supuestos en que tales reclamaciones pertenecieran exclusivamente al orden administrativo y no fueran competencia de los tribunales ordinarios o de las salas de justicia política. Estaba, pues, desde el principio en el diseño del Consejo de Estado de SIEYÈS la función revisora de la actuación de la Administración centrada en la revisión de sus órganos más altos, los Ministros, cuyas decisiones podían llegar a ser revisadas por los Consejos de Estado, presididos por cada uno de los cónsules. Debe notarse que en el sistema del abate no se trata de jurisdicción retenida, pues la competencia para «estatuir» corresponde al Consejo de Estado por sí mismo, sin que en esta como en otras competencias se constriñan a su carácter consultivo. En ese momento, en los proyectos de SIEYÈS, los Consejos son uno de los órganos del Gobierno, con propias competencias resolutivas en su ámbito y sin que se les atribuya carácter meramente consultivo.

Ésta es la idea de los Consejos de Estado de SIEYÈS. En su proceso de división y subdivisión del poder en sucesivas procuraciones —que van más allá de la identificación de sólo tres funciones que se corresponderían a tres poderes— SIEYÈS descompone, para empezar, el Gobierno y el poder ejecutivo; acto seguido identifica dentro del Gobierno la función de nombrar, que reserva al Gran Elector y las demás que le son propias que se repartirán entre los Cónsules y los Consejos de Estado de cada cónsul. A éstos les corresponden las funciones que tienen que ver con la iniciativa legislativa, con la redacción de los reglamentos y con el control de la acción de los Ministros. Todo lo demás corresponde a los Cónsules, cada uno en el ámbito de sus atribuciones materiales.

Pues bien, esas ideas de SIEYÈS van a encontrar acogida, siquiera parcial, en la Constitución del año VIII y en algún caso desnaturalizándolas. Napoleón no va a aceptar el papel de Gran Elector, carente de competencias distintas al puro nombramiento, y va a sustituir los dos cónsules del abate por tres, pero reservando al primero, es decir, al cargo que se reservaba para sí, las facultades sustanciales del Gobierno y reduciendo a los otros dos a tareas sustancialmente consultivas.

reglamento, probablemente por las resonancias normativas que en la tradición republicana encerraba esta palabra.

Disminuido así el papel de los otros cónsules, carecía de sentido el mantenimiento de un Consejo de Estado para cada uno de ellos; en la Constitución sólo existirá finalmente un Consejo de Estado, lo que tenía plena lógica dado el carácter subordinado del segundo y tercer cónsules, que reducidos a papel consultivo del primer cónsul no necesitaban un Consejo presidido por ellos para esa limitada función.

Un cambio adicional introduce en cambio la Constitución del año VIII bajo la inspiración de Napoleón: en lugar de limitarse a presidir el Consejo de Estado lo que se dispone es que «bajo la dirección de los cónsules un Consejo de Estado se encarga de redactar los proyectos de ley y los reglamentos de administración pública y de resolver las dificultades que se eleven en materia administrativa».

Al ser bajo la dirección de los cónsules, y reservar al Gobierno propiamente dicho la potestad de proposición, desaparece el carácter del Consejo de Estado como órgano autónomo de Gobierno con que se formulaba en las propuestas de SIEYÈS y pasa a ser un órgano auxiliar del mismo y especialmente del primer cónsul, que es quien nombra y revoca a voluntad a los miembros del Consejo. Pero es un órgano del que Napoleón ha comprendido inmediatamente su importancia. Va a servirle para tener en su mano la iniciativa legislativa en exclusiva, ya que el poder legislativo carece de ella y al Tribunado tampoco le va a ser reconocida —a diferencia del proyecto del abate—, limitándose la intervención de tal Tribunado a informar, y eventualmente contradecir, los proyectos del Gobierno ante el poder legislativo. Éste va a ser, así, una «Cámara silenciosa» que se limita a escuchar a los oradores del Consejo de Estado y a los del Tribunado antes de votar la aprobación de la ley.

Napoleón detecta que el momento le va a permitir gobernar con plenos poderes y no desea que un Tribunado comparta la iniciativa legislativa, por lo que reduce su papel al de órgano auxiliar del legislativo al limitarse a examinar los proyectos del Consejo de Estado.

Otro cambio se introduce también en lo que se refiere a la potestad reglamentaria. SIEYÈS la había separado de los cónsules y la había atribuido con plenitud de competencia a los Consejos de Estado, aunque eran los cónsules quienes los presidían. Napoleón en la Constitución reserva al Gobierno —en este punto los tres cónsules, si bien el segundo y el tercero sólo con voto consultivo del primero— la proposición de las leyes y «hacer los reglamentos para asegurar su ejecución» (art. 44). El Consejo es pues un órgano auxiliar de una competencia que, aunque reser-

vada al Gobierno formado por los tres cónsules, en realidad le corresponde al primero de acuerdo con el artículo 42 de la Constitución ³⁵.

Finalmente, en el artículo 52 se le atribuye también, bajo la dirección de los cónsules, «la resolución de las dificultades que se eleven en materia administrativa». En lugar de la fórmula del abate de estatuir sobre las reclamaciones contra los Ministros se elige esta fórmula mucho más amplia que permite un poder de supervisión que va más allá de la estricta legalidad aunque desde luego la comprende también. La distinción del abate entre el Gobierno y el poder ejecutivo y los actos responsables e irresponsables ³⁶ tiende a desaparecer, puesto que el Consejo de Estado bajo la dirección de los cónsules resuelve las dificultades que se eleven en materia administrativa. No son sólo las infracciones de las leyes y reglamentos, que desde luego también, sino cualquier dificultad que se eleve en materia administrativa de lo que conoce el Consejo de Estado. No es necesario destacar el título centralizador que ello supone en un contexto en el que habían venido siendo las Administraciones locales el brazo ejecutor de la Administración; de un golpe todas las dificultades, sean éstas legales o de oportunidad, podrán ser elevadas al Consejo de Estado y resueltas con criterios uniformes.

Napoleón utiliza las propuestas de SIEYÈS y se protege con su autoridad constitucional frente a cualquier reproche ³⁷. Pero a diferencia de éste no trata de justificar la asunción de potestades legislativas con su distribución entre distintos órganos sino que lo centraliza en el primer cónsul al que los demás, y el propio Consejo, le sirven de auxiliares. Pero también comprende el factor de legitimación que puede encontrar en un Consejo en el que sitúe a personas de reconocida autoridad que la pongan al servicio del primer cónsul y poco después Emperador. Napoleón cultivará la presidencia del Consejo y la ejercerá de modo efectivo ³⁸, pues el Consejo le permite tener en su mano el poder legislativo que

³⁵ Artículo 42: «En los demás actos de Gobierno (los que no se reservan al primer cónsul en exclusiva) el segundo y el tercer cónsules tienen voto consultivo.»

³⁶ Esa distinción la formula SIEYÈS en su discurso del 18 de Termidor del año III de la República al defender la conveniencia de un Tribunal Constitucional; la idea de irresponsabilidad está relacionada en su pensamiento al ejercicio de facultades de apreciación o discrecionales. *Vid.* al respecto el discurso en *Escritos y Discursos en la Revolución*, cit., págs. 277 y ss. BASTID, Paul en «Sieyès et...», cit., pág. 436, que desarrolla el sentido de las reflexiones de SIEYÈS sobre las dificultades de embridar totalmente la iniciativa que corresponde a los administradores.

³⁷ La amargura del abate por las modificaciones introducidas se atenúan con la presidencia del Senado conservador y con las potestades de nombramiento que en él se residencian y las facultades de anulación por inconstitucionalidad que le propongan el Gobierno o el Tribunal.

³⁸ *Vid.* DURAND, Charles, «La coopération entre le gouvernement et le Conseil d'Etat sous le Consulat et le premier Empire», en *Conseil d'Etat. Livre Jubilaire*, cit., pág. 81.

queda sujeto a su iniciativa, así como la vigilancia de la acción de su Administración y en general el control de toda la tarea administrativa. Y todo eso lo consigue con la tutela del abate y con la interposición de figuras de prestigio situadas en el Consejo de Estado, que, sin embargo, le profesan una razonable lealtad, no sólo porque sean nombrados o revocados a su voluntad³⁹, sino porque se penetran de las necesidades de la cosa pública en el marco de un organismo que está fuera del debate político directo y del juego de partidos. En ese contexto la voluntad del Emperador se impone, pero tampoco éste deja de escuchar y de aceptar muchas de las propuestas que en los temas que no son absolutamente decisivos hacen los consejeros.

El Consejo de Estado fue una de las grandes creaciones de la Constitución del año VIII y su primera razón de ser estriba en la justificación de la participación del Gobierno en la tarea de hacer la ley y los reglamentos para su ejecución. Esto hoy puede parecernos intrascendente o evidente, pero no lo era en el período revolucionario. El diseño del Consejo de Estado como órgano relacionado con la iniciativa legislativa es obra de SIEYÈS, asumida y modificada por Napoleón⁴⁰. Pero esa función, que es la que creemos que explica la aparición del Consejo de Estado y la posición y dignidad que se le atribuye, no es sin embargo la que probablemente le dio después su importancia. Ésta acabaría radicando en su función jurisdiccional, aunque siguiera manteniendo las competencias que le permitían participar en la elaboración de la ley y de los reglamentos; su rasgo más distintivo, después de asumido pacíficamente el papel del Ejecutivo en la iniciativa legislativa, descansaría en su carácter de órgano de control de la actividad administrativa.

Al volver la vista atrás desde la atalaya del presente se cometería un error si sólo se quisiera descubrir en la historia de las instituciones aquellos rasgos de hoy que los sustentan, en lugar de sumergirse en el proceso histórico para encontrar sus propias razones y su propia lógica que puede ayudarnos a descubrir en las raíces de su origen algunos de los rasgos que han marcado a esas instituciones y que tal vez de forma inconsciente han pesado en su evolución posterior. Algo de eso puede haber pasado con el Consejo de Estado en Francia que no sólo tiene una explicación de lógica jurídica, sino también de sentido

³⁹ Este aspecto será modificado en el *Senatus-consulte* de 18 de mayo de 1804 que en su artículo 77 establece que la permanencia como consejero de Estado durante cinco años implica su nombramiento con carácter vitalicio.

⁴⁰ REGNAULT, A., *Histoire du Conseil d'Etat depuis son origine jusqu'à ce jour*, Paris, 1851, califica al Consejo de Estado como la obra más práctica de SIEYÈS, pág. 57.

histórico que sólo puede captarse indagando en las preocupaciones, dogmas y mitos de la sociedad que les vio nacer.

En este sentido, el Consejo de Estado es la respuesta postrevolucionaria al problema de la separación de poderes, o si se quiere, mejor todavía, a su articulación. Una respuesta que trata de reservar al Emperador o al primer cónsul en exclusiva la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, pero no atribuyéndosela sin más, sino con la necesaria colaboración de un órgano de notables que le modere; un órgano que tiene que dar explicaciones ante el silente poder legislativo defendiéndose de los ataques del Tribunado. Ésa es la respuesta a la articulación de poderes de la Constitución del año VIII y del Imperio. Es una respuesta a esa articulación que dota al Emperador o al primer cónsul de un instrumento a su servicio como el Consejo de Estado para, a su través, ejercer una gran influencia sobre el legislativo, desde el momento que se reserva la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, así como la capacidad de explicarse ante el legislativo que por sí mismo es incapaz de contradecir al Gobierno, que no aparece directamente como tal sino por medio de los oradores del Consejo.

En el transcurso del tiempo la evolución política del sistema constitucional irá alterando alguno de esos rasgos: así, la devolución de la palabra y aun de la iniciativa legislativa —compartida con el Gobierno— al poder legislativo, hará innecesario el Tribunado. Por otra parte, tras la revolución de 1848 que constitucionaliza de nuevo el Consejo de Estado, la Ley de 3 de marzo de 1849⁴¹ atribuye la designación de los Consejeros de Estado a la Asamblea, lo que evidentemente transforma el sentido de la Institución, aunque después se volverá al sistema anterior de designación. Los rasgos jurisdiccionales se irán destacando y poniéndose énfasis en este papel, sobre todos los demás que estaba llamado a desempeñar.

III. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

1. CONSEJO DE ESTADO Y SENADO EN EL *DISCURSO PRELIMINAR DE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ*.

La Constitución de Cádiz dedica al Consejo de Estado el último capítulo en el título IV consagrado al Rey; el sentido e

⁴¹ Vid. *Conseil d'État. Livre Jubilaire*, Sirey, 1949; SAUVEL, Tony, *Du palais de la Cité au Palais Royal*, pág. 40.

importancia del Consejo de Estado no puede deducirse sólo de la lectura de dicho capítulo, sino que debe extraerse de todo el contexto de la primera Constitución propiamente nuestra, y de su proceso de discusión, así como de todo el proceso de preparación del proceso constituyente. La explicación que se contiene en el discurso preliminar ⁴² (en relación a que no es un Senado «temible por su origen, ni independenciamiento»), parece estar en directa relación con los problemas debatidos en tiempos de la Junta Central y de la Regencia acerca de si las Cortes que se iban a convocar ⁴³ debían de serlo por Estamentos y en una o dos Cámaras. La posición en favor de dos Cámaras, sostenida por personajes tan ilustres como el mismo Jovellanos y los problemas de ocultación de un segundo decreto de la Junta Central especificando que las Cortes habían de reunirse según la forma tradicional con presencia de los Estamentos, ponen de manifiesto que tal cuestión —la mención del Senado— no podía escaparse a los miembros de la Comisión encargados de redactar el Discurso preliminar y, entre ellos significativamente al mismo Argüelles, que pasa por ser uno de los artífices del bloqueo del Decreto de la convocatoria de Cortes por Estamentos de la Junta Central ⁴⁴.

La forma de disipar ese temor a que se trate de un Senado es subrayar una de las características esenciales del Consejo de Estado gaditano: el hecho de que la designación de sus miembros por el Rey debía recaer en alguna de las personas propuestas en terna por las Cortes, propuesta que tiene por objeto dar «a esa Institución carácter nacional» ⁴⁵; es decir, conectar la misma con la representación nacional a través de la participación de las Cortes en la elección de sus miembros, por medio de la formulación de las ternas que se habían de someter al Rey.

⁴² El discurso puede verse en *Revista de las Cortes Generales* núm. 10, 1987, dedicado a la Constitución de 1812, págs. 153 y ss.

⁴³ Una exposición amplia de esos problemas puede verse en SUÁREZ, Federico, *El proceso de convocatoria a Cortes (1810-1812)*, Pamplona, 1982. También en CORONAS GONZÁLEZ, Santos M. «Los orígenes del sistema bicameral en España», en la obra colectiva *Materiales para el Estudio de la Constitución de 1812*, Ed. Tecnos, y el Parlamento de Andalucía 1989, en págs. 185 y ss. En cuanto a la relación de todo ello con la idea del Consejo de Estado puede verse, entre otros, ARTOLA, M., *Los orígenes de la España contemporánea*, tomo I, pág. 456; también CORDERO TORRES, José M.ª, *El Consejo de Estado*, Madrid, 1944.

⁴⁴ Sobre la cuestión de la «desaparición» de un segundo Decreto de Convocatoria de las Cortes por Estamentos redactado el 29 de enero de 1810 por la Junta Central puede verse BORREGO, Andrés, *Historia parlamentaria de España II*, 1885, Madrid, pág. 276; también se refiere con detalle a la cuestión SUÁREZ, Federico, *El proceso de convocatoria a Cortes (1810-1812)*, pág. 427 y ss.

⁴⁵ Nacional porque sus miembros emanan en cierto modo de la representación de la Nación, aunque al Rey se le reconozca la potestad de nombrar a quien le parezca de entre las ternas que al efecto le son presentadas por las Cortes.

El *Discurso Preliminar* nos pone así sobre la pista, siquiera sea por la vía de la *excusatio*, de la percepción que los propios constituyentes —o al menos los miembros de la Comisión redactora de la Constitución— tenían sobre el sentido de esa Institución. Pero poco más puede deducirse del *Discurso Preliminar*, así como tampoco de las Actas de las Sesiones de la Comisión encargada de redactar el proyecto de Constitución⁴⁶.

1.1. *Los debates sobre el Proyecto de Constitución y la sanción de las leyes*

En la sesión del 28 de junio de 1811 es cuando por primera vez aparece en las discusiones de la citada Comisión una referencia al Consejo de Estado; y no deja de ser significativo que sea a propósito del artículo 11 del borrador —relativo a la sanción real de las leyes— cuando se recoja en las actas que se acordó «suspender por ahora la cláusula que proponía la fracción de la Comisión de que el Rey haya de dar o negar la sanción a consulta de su Consejo de Estado, hasta que llegue el caso de acordar lo conveniente sobre el Consejo de Estado y su formación»⁴⁷. Aparece aquí, por primera vez, la idea de someter la facultad de sancionar las leyes a la restricción de la consulta al Consejo de Estado; y si bien la cuestión no se discute entonces, lo será en la sesión del 2 de agosto de 1811 en la que al tratar del, entonces, artículo 6.º del capítulo correspondiente, se le atribuye la función de asesorar obligatoriamente al Rey —«oirá su dictamen»— «en los asuntos arduos, señaladamente para dar o negar la sanción a las leyes, declarar la guerra o hacer los tratados».

La sanción de las leyes, con lo que suponía de participación en la potestad legislativa, era pues una de las preocupaciones de los redactores del proyecto de Constitución. Preocupación que se manifiesta en las fórmulas para limitar el uso y consecuencias de una posible negativa del Rey a sancionar las leyes con lo que ello implicaba de conflicto con la representación de la Nación. Por eso, para empezar, se le obliga al Rey a motivar las razones de la negativa a sancionar la ley en una exposición que debería acompañar al texto devuelto a las Cortes. Es sin duda en esta exposición donde juega un papel relevante el dictamen del Consejo de Estado que, aunque no vinculante, sí podían pensar

⁴⁶ Vid. *Actas de la Comisión de Constitución (1811-1813)*, Coord. Federico SUÁREZ, IEP, 1976, Madrid.

⁴⁷ Vid. Federico SUÁREZ, *Actas de la Comisión...*, cit., pág. 126.

los constituyentes que podía ser condicionante de la decisión real. Claro que también podía servirle de apoyo en sus negativas a sancionar las leyes, lo que comportaría un enfrentamiento con la representación nacional. Por aquí aparece el sentido que puede tener la referencia a una segunda Cámara o Senado que se contiene en el discurso preliminar; pero ese riesgo se entiende conjurado en el propio Discurso por la forma de designar los miembros integrantes de ese Consejo a propuesta de las propias Cortes, pues entonces no se piensa que pueda tratarse de una Cámara nobiliaria o estamental, enfrentada a los intereses de la representación nacional, ya que de alguna manera —a través de la participación de las Cortes en las ternas de las que han de salir los Consejeros de Estado— detrás del Consejo está la propia representación de la Nación⁴⁸. El que el nombramiento último de los Consejeros pertenezca al Rey no es sino el tributo que debe pagarse al hecho de que se le califique como el Consejo del Rey; lo que obliga a reconocer que con la libertad que al monarca se le reconoce de «elegir de cada tres uno, no se verá obligado a tomar consejo de súbditos que le sean desagradables» (*Discurso Preliminar*⁴⁹), pero ello no impide que, además, se trate de evitar la remoción libre de los Consejeros sin causa justificada para afianzar la independencia de sus deliberaciones «en que tanto pueden influir el temor de una separación violenta o poco decorosa» (*Discurso Preliminar*).

La referencia al Senado, que se quiere conjurar a través de la explicación del mecanismo de la designación de los Consejeros de Estado por las propias Cortes, pone de manifiesto el temor de los autores del proyecto de Constitución a que se reabra la cuestión de la segunda Cámara o de la reunión de las Cortes por Estamentos que promovió enfrentamientos a la hora de hacer la convocatoria de las Cortes.

La explicación más sencilla hubiera sido decir que en realidad no se trataba de un Senado puesto que no participaba en la elaboración de la ley; se limitaba a dar su consejo al Rey sobre la sanción de las leyes, pero ni siquiera este consejo era vinculante para el monarca. Por otra parte, las demás funciones no tenían que ver con la formación de las leyes, sino con potestades ejecutivas propias del Rey. Pero en lugar de dar esa explicación el discurso no le niega la condición de Senado por su función

⁴⁸ Llega a afirmarse en el discurso preliminar que con esa propuesta de la representación nacional ésta tendrá la seguridad de no contar entre sus individuos personas desafectas a los intereses de la patria.

⁴⁹ Puede consultarse en el número de la *Revista de las Cortes Generales*, cit., dedicado a la Constitución de 1812, en la página 179.

sino por el origen de su legitimidad conectada a la representación nacional. Parecería como si, en realidad, la razón de negarle la condición de Senado no se debiese a sus funciones, sino a su forma de elección. Con tal modo de argumentar en realidad se estaba diciendo que, salvo por ese extremo trascendental de la forma de designar sus miembros, en todo lo demás hacía las funciones de un Senado. Todo ello tal vez tradujese, inconscientemente, la doble tensión, o los requerimientos contradictorios, a que podían querer dar satisfacción los miembros de la Comisión de Constitución. Por una parte, garantizar al sector más liberal de la Cámara que no habría, nunca más, Estamentos ni segundas Cámaras de tal naturaleza estamental. Por otra, atender eventuales compromisos con los sectores «serviles» o «realistas» que, ya desde la misma instalación de las Cortes, habían puesto de relieve las dificultades de asumir el hecho de que la soberanía residiera en la Nación según rezaba el primer Decreto de las Cortes de 24 de septiembre de 1810 y la fórmula de juramento que establecía (que exige al Consejo de Regencia que en el juramento que el mismo ha de hacer ante las Cortes la primera pregunta sea relativa al reconocimiento de la «Soberanía de la Nación representada por los diputados de estas Cortes generales y extraordinarias») ⁵⁰. Fórmula de juramento que provoca algunas dificultades en la Regencia, uno de cuyos miembros se resiste y quiere introducir reservas en la fórmula de contestación al requerimiento de juramento, lo que incluso conducirá posteriormente, al negarse a jurar lisa y llanamente la nueva Constitución, a la condena y privación de la nacionalidad española por esta causa al obispo de Orense ⁵¹.

El debate se reproduce con ocasión de la discusión sobre el Proyecto de Constitución al tratar las Cortes el artículo tercero en el que se reconoce que la soberanía reside **esencialmente** en la Nación ⁵², cuyo contrapunto o compensación, probablemente, estaba en el reconocimiento de que «La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey» (art. 15). Pero esa participación del monarca en la elaboración de la ley suscita algunas dificultades teóricas en relación con el principio de la separación de poderes, que atribuye el Ejecutivo al Rey (art. 16) y que había

⁵⁰ Vid. *Colección de Decretos y órdenes de las Cortes de Cádiz*, 2 tomos. Cortes Generales, 1987, pág. 28.

⁵¹ Vid. sobre ello mi colaboración en el libro *Derecho público foral de Navarra. El mejoramiento del fuero*, «Derecho histórico y régimen local en Navarra», Civitas, 1992, pág. 596, en cuya nota núm. 3 se recoge con más detalle este incidente del juramento.

⁵² Sobre el debate sobre el origen y las atribuciones de la soberanía puede verse por todos VARELA SUÁREZ-CARPEGNA, Joaquín, *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*, CEC, 1983, págs. 59 a 116.

sido objeto de declaración expresa en el primer decreto de las Cortes generales y extraordinarias como uno de los principios inspiradores de la nueva etapa que se inicia con la reunión de las Cortes ⁵³.

Nada de extraño tiene pues que ese reconocimiento de la soberanía nacional quisiera compensarse con el reconocimiento de que la potestad legislativa reside en las Cortes con el Rey; pero esa participación del Rey no puede traducirse sino en su derecho de negar la sanción; y esto sólo por tres veces en relación con una misma ley. La existencia de una segunda Cámara estamental o aristocrática en su sentido más amplio, podía evitar el directo enfrentamiento del Rey con la Cámara representativa en los casos de negativa de sanción real ⁵⁴. De alguna forma ésa era la función de un Senado de personas próximas por nacimiento o interés a la Corona: evitar el enfrentamiento directo de esta última con la representación popular interponiendo la segunda Cámara su veto o sus rectificaciones a la decisión de la Cámara baja ⁵⁵, sin necesidad de que lo hiciera el Rey.

Se ha insinuado por algunos que el Consejo de Estado fue una solución transaccional para evitar dejar solo al Rey frente a las Cortes, a través del Dictamen del Consejo de Estado contrario, por ejemplo, a la sanción de alguna ley. Tal dictamen dejaría al Rey más a cubierto en el enfrentamiento con las Cortes que implicaría tal negativa, pues siempre resultaría evidente que un Consejo de personas dotadas de autoridad justificaban esa posición. La cuestión radicaba en que el origen parlamentario de los

⁵³ «No conviniendo queden reunidos el Poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, declaran las Cortes generales y extraordinarias que se reservan el ejercicio del Poder legislativo en toda su extensión.

Las Cortes generales y extraordinarias declaran que las personas en quienes delegaren el Poder ejecutivo, en ausencia de nuestro legítimo Rey el Señor D. Fernando VII, quedan responsables a la Nación por el tiempo de su administración, con arreglo a sus leyes.»

⁵⁴ Sobre esa función del Senado pueden verse las ilustrativas reflexiones que unas décadas después iban a ser objeto de teorización por un eminente jurista y hombre de Estado —Presidente del Consejo de Ministros— Joaquín Francisco PACHECO que, en sus *Lecciones de Derecho político*, hoy editadas por el CEC en 1984 con un prólogo de Francisco Tomás y Valiente, deja clara la misión que se le debe atribuir al Senado en las lecciones sexta y octava.

⁵⁵ A esa función se refiere el mismo Argüelles miembro de la Comisión de Constitución en la sesión del 27 de octubre de 1811, pág. 2158 del Diario de Sesiones, para explicar el porqué de un Consejo tan numeroso, aunque distanciándose personalmente algo de tal explicación:

«Otra de las (razones) que tuvieron *algunos de los individuos de la Comisión* fue que habiéndose creído que la solidez de la Constitución consistía en corregir todo lo que pudiese haber de impetuoso en la Asamblea legislativa, que son las Cortes, ya que no hubiera Estamentos ni Cámaras, tuviera el Rey un Consejo que ofreciera una especie de correctivo contra esta misma impetuosidad, manifestando que las leyes eran el resultado de la meditación y de la sabiduría. Para esto se obliga al Rey a que consulte los proyectos de ley con su Consejo de Estado, en donde ha de haber sujetos de todas carreras y conocimientos.»

miembros del Consejo, aunque la designación última fuese del Rey, no garantizaba que ese Consejo desarrollase el mismo papel que una Cámara alta aristocrática o Senado. Por el contrario, podía erigirse en un freno al poder de denegar la sanción que correspondía al Rey.

La *excusatio* que se contiene en el *Discurso preliminar* se explicaría en esa tensión que trata de atender requerimientos diferentes y tal vez compromisos en un tema que era de los más delicados ⁵⁶. La lectura que podía hacerse acerca del papel del Consejo de Estado podía ser muy variada: desde la que se contiene en el *Discurso preliminar*, hasta la que manifiestan algunos diputados cuando el capítulo correspondiente al Consejo de Estado se empieza a discutir y que pone de relieve el temor a que el Consejo de Estado oscurezca el papel del legislativo ⁵⁷ o simplemente los que dan por hecho que se trate de reemplazar de alguna forma a los Estamentos o Senado ⁵⁸.

⁵⁶ La intervención de Argüelles en defensa del proyecto por parte de la Comisión resulta algo críptica, pues manifiesta que le convencieron de sus dudas respecto al número de miembros del Consejo de Estado cuando dice en la sesión del 27 de octubre de 1811, pág. 2158, del Diario de Sesiones:

«Yo en la Comisión opiné que lo era (excesivo el número de miembros que lo integran), fundándome en que 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 Corte, formarían un cuerpo aristocrático, que **podía hacer sombra al Cuerpo legislativo**, cuyos individuos regularmente no tendrán todas aquellas condecoraciones y prestigios que acompañarán a los consejeros de Estado. No obstante, prevaleció la opinión de los demás, que por otra parte me parece muy juiciosa.»

Resulta llamativa esta intervención porque contiene la descalificación más grande que se podía hacer al Consejo, justamente la que consistía en señalar su carácter de Senado —*hacer sombra al Cuerpo legislativo*— y puede explicar el aplazamiento que en las actas de la comisión se ha visto que se produjo en junio de 1811 cuando a propósito de la sanción se omite la discusión sobre el añadido que propone una fracción de la Comisión sobre la consulta al Consejo de Estado «hasta que llegue el caso de acordar lo conveniente sobre el Consejo de Estado y su formación» (Federico SUÁREZ, *Actas...*, cit., pág. 126). Esa proposición pone de relieve, a la luz posterior de las palabras de Argüelles, que la existencia misma del Consejo distaba de estar admitida. Ocurre sin embargo que en las Actas cuando se empieza a discutir del Consejo de Estado no aparece ninguna reflexión sobre su existencia misma como la que manifiesta Argüelles en el diario de sesiones. Esa reflexión u objeción parece de entidad y en todo caso de concepto y no meramente cuantitativa; pero, sin embargo, la acaba el diputado y miembro de la Comisión de Constitución con un lacónico «prevaleció la opinión de los demás, que por otra parte me parece muy juiciosa», aunque no desarrolla por qué. Tal vez subyace en esa intervención, o al menos puede dar pie a que se piense así, la existencia de algún tipo de pacto sobre esa cuestión que resulta así indiscutible aunque no entusiasme a Argüelles.

⁵⁷ Así lo expresa el Conde de Toreno en su intervención del 29 de octubre de 1811, pág. 2170 («en ella —en una Monarquía moderada— ni se necesita ni es de su esencia un Consejo o Senado tan numeroso que, aunque no sea como el de Suecia, siempre entorpecerá al Poder ejecutivo y *hará sombra al legislativo*»), que parte de una inteligencia de las facultades del Consejo más bien limitadas a lo ejecutivo. En la misma idea de hacer frente al poder legislativo si el Consejo es muy numeroso se encuentra Gordillo, pág. 2171 del Diario de Sesiones.

⁵⁸ *Vid.* la intervención del diputado Castillo el 30 de octubre de 1811, pág. 2176 DS.

En todo caso, las referencias al Senado pondrían de manifiesto que uno de los ejes explicativos del surgimiento del Consejo tiene que ver con el ejercicio de las facultades legislativas, puesto que es en éstas donde fundamentalmente podemos hablar de Senado, como señaló en su intervención el Conde de Toreno. Sin embargo, no puede olvidarse que la potestad de hacer las leyes reside en «las Cortes con el Rey» y que éste puede dar o negar la sanción a las leyes y también «puede presentar propuestas de leyes o de reformas para que deliberen (las Cortes) en la forma prescrita» (art. 171.14 de la Constitución de Cádiz). En estas funciones legislativas es donde cobra sentido la dimensión senatorial del Consejo, ya sea porque expresamente esté prevista su intervención —caso de la sanción real—, ya sea porque, aunque no expresa y nominativamente prevista, pueda suponerse por tratarse de asuntos importantes —caso de las propuestas de ley⁵⁹.

Esta dimensión senatorial dota al Consejo de Estado de una posición distinta de la que luego tendría a lo largo del XIX y aun en el XX. En todo caso, no era la única dimensión, como en seguida hemos de ver, pero ofrece una luz diferente que determina que el Consejo de Estado en Cádiz no pueda ubicarse sólo en la perspectiva de la ejecución de las leyes o del control de la Administración o del Ejecutivo; sino que lo sitúa en una concepción de la relación entre los poderes y la concepción de la división de los poderes y su colaboración. De hecho, como antes se ha señalado, en la discusión del artículo 15 de la Constitución fueron muchas las voces de diputados que se levantaron para reclamar la supresión del inciso «con el Rey» en la atribución de la potestad legislativa a las Cortes con aquél. Las Cortes y el Rey eran los titulares de la misma y, en cuanto a este último, la ejercía fundamentalmente a través de la sanción. Ésta se veía por algunos diputados, de entre los que puede ser bien significativo el Conde de Toreno, como una claudicación del principio de la división de poderes y un desfallecimiento del reconocimiento de que la soberanía residía esencialmente en la Nación. Los estudiosos más cualificados y muy singularmente MARTÍNEZ MARINA en su *Teoría de las Cortes*, también abogaban por la separación de funciones y por tanto entendían que la sanción real con efectos suspensivos constituía una intromisión en las facultades del legislativo⁶⁰ por parte del Ejecutivo cuya titularidad correspondía al Rey.

⁵⁹ En cuya elaboración va a preverse posteriormente la intervención del Consejo por el Reglamento del Consejo de Estado.

⁶⁰ *Teoría de las Cortes*, Madrid, 1979, tomo II, pág. 728.

El resumen de todo ello no puede ser otro que el de aproximarnos al Consejo de Estado de la Constitución de Cádiz despojándonos de prejuicios contemporáneos en la interpretación de lo que esta Institución significaba⁶¹, pues en el contexto de aquella Constitución, la primera elaborada en España y por españoles, el Consejo de Estado respondía, en primer lugar y sobre todo, a una determinada concepción del equilibrio de poderes que venía determinado, fundamentalmente, por la flexibilización de la doctrina liberal de la separación de poderes al admitir que en la potestad legislativa había de tener participación el monarca a través de la sanción real. El Consejo de Estado constituiría, en primer término, una cierta limitación a tal potestad de sanción, mediante la interposición de un órgano que, aunque designado en última instancia por el Rey, lo es con la previa sujeción a una terna elaborada por las Cortes y dotada de inamovilidad para proteger a los Consejeros de las iras o descontentos del asesorado.

1.2. *El concepto de ley en la Constitución de Cádiz y sus limitaciones en favor de las Cortes*

En esta perspectiva es relevante la caracterización como Senado —que se le niega al Consejo— y las razones por las que se hace tal afirmación. Esta perspectiva senatorial, relacionada con la formación de la ley, básicamente con la sanción —aunque también a través de la facultad de propuestas de ley a las Cortes—, no es sin embargo la única. El Consejo de Estado tenía también importantes funciones relacionadas con el poder Ejecutivo propiamente dicho, como ocurría fundamentalmente con los nombramientos para los empleos públicos o en las demás cuestiones que se recogen en el reglamento del Consejo de Estado de 1812 y en los sucesivos reglamentos del poder Ejecutivo. Pero antes de entrar en estas perspectivas que lo

⁶¹ En esa línea no puede dejar de examinarse el por tantos conceptos espléndido trabajo, que no era sino el comienzo de una investigación más amplia que no pudo completar y rescatado por sus discípulos de entre los que tenía en curso de elaboración, del admirado maestro y amigo, el profesor FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, publicado recientemente en la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, mayo-agosto 1995, «El Consejo de Estado en la Constitución de 1812», en el que destaca que, aun siendo un órgano consultivo en la órbita del Poder Ejecutivo, una de sus tareas importantes consistía en la intervención en la sanción de las leyes, por lo que un Consejo «hechura de las Cortes» sería una garantía frente a imposiciones arbitrarias del Rey. El Consejo de Estado para TOMÁS Y VALIENTE no tenía mucho que ver con un órgano técnico, de asesoramiento jurídico o de control de la legalidad de los actos administrativos, sino más bien una pieza «original a mitad de camino entre Senado, Diputación de las Cortes, Consejo de gobierno o mecanismo de vigilancia del Rey».

aproximan, aunque sólo parcialmente, al Consejo que luego llegaría a ser, parece necesario precisar algo más el modelo de relación de poderes en la perspectiva de la potestad legislativa, ya que la Constitución de Cádiz dista, en este punto, de parecerse a la mayor parte de las Constituciones de las monarquías europeas del XIX y desde luego se separa de la Constitución francesa del año VIII.

En efecto, desde el primer momento, el concepto de ley al que responde la Constitución gaditana dista de corresponderse con el existente en Francia o posteriormente en otros países europeos. La ley es expresión, desde luego, de la voluntad general y es ella de carácter general en cuanto a su contenido. Pero el campo de la ley en la Constitución de Cádiz está limitado a un círculo de asuntos de no fácil determinación, fuera de los cuales podía ocurrir que la ley tuviese vedada su intervención en favor de los Decretos de las Cortes. La diferencia entre las leyes o decretos de las Cortes «con carácter de ley» por una parte y, por otra, los demás decretos de las Cortes, radicaba en que estos últimos no necesitaban la concurrencia de la sanción regia. De ahí se seguía que había una serie de materias en las que no se planteaba conflicto entre la representación nacional y las Cortes por la sencilla razón de que el Rey no tenía, en principio, nada que decir respecto de una serie de normas relativas a determinadas materias. Había, pues, en la Constitución de Cádiz una especie de «reserva de Decreto», que no significa reserva reglamentaria puesto que, en primer lugar, no se trataba propiamente del desarrollo de leyes previas sino del ejercicio de potestad normativa en determinadas materias para las que no era necesaria la forma de ley, ni por tanto precisa la sanción regia; en segundo lugar, no se trataba de Decretos del poder Ejecutivo, sino de Decretos del Poder Legislativo.

La cuestión tenía obviamente tremenda trascendencia política pues suponía que, sin limitar la plenitud de la potestad normativa de las Cortes —que intervenían en cualquier materia ya bajo la forma de ley, ya bajo la de Decreto—, se limitaba en cambio la potestad normativa que implicaba la sanción regia al contraerla sólo a aquellas materias que estaban reservadas a la Ley, pero sólo a esas.

Fácilmente se advierte la diferencia con el juego posterior de la reserva de Ley durante el siglo XIX. Lo normal era, en el constitucionalismo posterior y en el comparado, que la reserva de Ley se entendiese como un mínimo garantizado a la Ley y por tanto al Parlamento, frente a la potestad reglamentaria del Ejecutivo; mínimo que no excluía la posibilidad de que el propio Parlamento regulase por Ley materias no reservadas a él por la

Constitución directamente —como ocurre en la reserva material de Ley— pero en las que podía entrar el Legislativo derogando o modificando la normativa reglamentaria del Ejecutivo, si la había, o impidiendo la válida emanación posterior por éste de tales reglamentos salvo que fuesen dictados en ejecución de la ley que se constituía así en la justificación de una reserva llamada formal, para el futuro, al impedir los reglamentos autónomos del Ejecutivo ⁶².

Todo este juego posterior y clásico de la reserva nada tiene que ver con lo que se recoge en la Constitución de Cádiz. En su sentido tradicional o habitual la reserva es de Ley (en definitiva de Parlamento) frente a la actividad reglamentaria del Ejecutivo. En Cádiz, en cambio, de lo que se trata es de una reserva de Ley —en el sentido de las Cortes con el Rey— frente a una reserva de Decreto de las Cortes— en el sentido de normas que emanan de las Cortes por sí solas, sin necesidad de la colaboración del Rey con su sanción. Fácilmente se advierte que en Cádiz la cuestión podía pasar por un intento de acotar el ámbito de la potestad legislativa en sentido estricto, es decir, la que se ejerce conjuntamente con el Rey por las Cortes en beneficio de la potestad normativa de las Cortes a través de Decretos; Decretos que no necesariamente estaban constreñidos al ámbito que hoy podemos calificar como reglamentario, sino que podían regular materias que hoy corresponden al ámbito de la Ley como es el caso por ejemplo de las ordenanzas del Ejército, Armada y Milicias Nacionales (art. 131.11 de la Constitución de Cádiz), fijar los gastos de la Administración pública (art. 131.12) o proteger la libertad política de la imprenta (art. 131.24) entre otros. Claro que esa limitación de la Ley en sentido estricto —la que necesita sanción real— implicaba también una reserva de Ley en tales materias. La cuestión consiste en saber la amplitud con la que se configuraba esa reserva de Ley, propiamente dicha.

En realidad esa reserva de Ley viene determinada no sólo por las materias en las que expresamente se llama a la Ley para su

⁶² Sobre este tema puede verse GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, en «Ley y Reglamento en España», *RAP*, núm. 57, págs. 81 y ss. No obstante, GALLEGO no entra en la distinción entre materias reservadas a la Ley con sanción regia y materias reservadas a las Cortes, pero que por no necesitar sanción regia se instrumentaban como Decretos de las Cortes sin carácter de ley. Su existencia resulta del propio texto de la Constitución y de los debates y vicisitudes de la propia Constitución en la segunda época constitucional (1820-1823), aunque su diferenciación no resulta fácil en absoluto, como lo prueban algunos de esos debates a los que luego se hará referencia. GALLEGO, págs. 92 y ss., no deja claro que esos otros actos a que se refería el artículo 131 de la Constitución de 1812 y que, como dice, podían ser auténticas leyes en sentido material (se podían hacer mediante decretos, pero no del Ejecutivo, sino del propio legislativo) constituiran un espacio exento de la necesidad de sanción real.

regulación, aunque su delimitación no era nada fácil, sino también por las que el artículo 131 de la Constitución reconocía directamente a las Cortes. La dificultad de la distinción, si bien no dio lugar a especiales problemas en la etapa de 1812 a 1814, todo lo contrario ocurrió en la etapa de 1820 a 1823, precisamente por la presencia del Rey ejerciendo sus poderes de sanción, que en la primera etapa no se le habían reconocido a la Regencia, que carecía así del poder de sanción de las leyes de conformidad con la previsión del artículo 195 de la Constitución que disponía que la Regencia ejercería la autoridad del Rey «en los términos que estimen las Cortes». Y éstas estimaron que la Regencia no ejercía los poderes de sanción que en situaciones normales correspondían al Rey.

Ocurre que cuando el Rey está presente, y tiene que ejercer sus poderes conjuntamente con las Cortes para hacer las leyes en el segundo período constitucional reseñado, se produce la necesidad de distinguir qué materias eran propias de Ley y cuáles propias de Decreto de las Cortes, exento por tanto de la sanción real. La cuestión dio lugar a debates apasionados y en último extremo poco clarificadores de cuál era el sistema, debido sin duda a que en este punto la Constitución era poco clara⁶³.

En todo caso es evidente que la previsión constitucional suponía una restricción del ámbito reservado a la Ley propiamente dicha —la que necesitaba sanción real, manifestación de la potestad legislativa que se ejerce por «las Cortes con el Rey»— respecto del concepto vigente en el constitucionalismo posterior acerca de la reserva de Ley. En Cádiz había un ámbito que le estaba vedado a la Ley en sentido estricto, con independencia de cual fuera la extensión mayor o menor de su ámbito propio. Es evidente que tal extensión permitiría matizar los efectos reales del sistema, pero en todo caso implica una concepción bien diferente de la propia del Constitucionalismo posterior.

El ámbito de la reserva de Ley quedaba más reducido, si se parte de que el mismo quedaba limitado por lo reservado a los Decretos de las Cortes sin carácter de Ley y si se entiende que esa naturaleza (Decretos sin carácter de Ley) correspondía a todas las facultades comprendidas en el artículo 131, con excepción de su número primero que es el que le atribuye la facultad de proponer y decretar las Leyes. Según eso, las veinticinco facultades restantes podrían ser consideradas, y así se concibió por

⁶³ Una narración de los debates puede encontrarse en el libro de CHOFRE SIRVENT, José, *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes españolas (1810-1837)*, Congreso de los Diputados, 1996, págs. 104 a 121 y 175 a 183 y notas correspondientes, quien hace un estudio completo de toda esta cuestión.

algunos diputados en el segundo período constitucional, como de ámbito exclusivo de los Decretos de las Cortes. Por tanto, si se partía de que a éstas correspondía por ejemplo promover y fomentar toda especie de industria —(art. 131.21)— o establecer el plan de enseñanza en toda la Monarquía —(art. 131.22)— o por último establecer los reglamentos de Policía y sanidad del Reino (art. 131.23) el ámbito reservado necesariamente ⁶⁴ a la Ley estricta quedaba muy disminuido, como también el ámbito de lo que luego se llamarían los reglamentos independientes, pues ni siquiera en materia de Policía jugaba el principio monárquico en favor del Ejecutivo, ya que los Reglamentos de Policía le estaban reservados a las Cortes mediante Decreto «sin carácter de Ley».

En esas condiciones la materia de la Ley propiamente dicha quedaría limitada a aquellos supuestos en que la propia Constitución remitía expresamente a la «Ley» como ocurre por ejemplo en el artículo 247 en lo relativo a la determinación de los Tribunales competentes determinados «con anterioridad por la Ley»; o en el artículo 244 que remite a la «Ley» la determinación del «orden y las formalidades del proceso». Sin embargo, también era posible una lectura no tan listada del ámbito de la Ley a partir, por ejemplo, de cláusulas de llamada a la «Ley» en materias de gran amplitud como es el caso del artículo 4 de la Constitución de Cádiz cuando dispone que

«La Nación está obligada a conservar y proteger por *leyes* sabias y justas la *libertad* civil, la *propiedad* y los demás *derechos legítimos* de todos los individuos que la componen».

Si nos atenemos a la dicción literal del artículo constitucional parece que la forma de regular tales materias tiene que ser precisamente mediante Ley, esto es, norma *con* sanción real. Según esto la fuerza expansiva de la materia de propiedad y libertad extendería el ámbito de la Ley propiamente dicha más allá de lo que parecían sostener muchos diputados en el trienio, sin duda por los recelos hacia el comportamiento absolutista de Fernando VII ⁶⁵.

⁶⁴ Necesariamente en cuanto que si las Cortes no discutían la exigencia de sanción real, ésta se daría sin más; pero si se oponían alegando que se trataba de una de las materias que no la exigían podían alegar que no era constitucionalmente necesaria tal sanción.

⁶⁵ Lo paradójico de nuestro primer constitucionalismo es que esas materias de libertad y propiedad exigían desde luego Ley, pero necesitada de sanción real, en tanto que en otras materias, la reserva era sólo de Decreto de las Cortes. En otros países dominados por el principio monárquico tales materias eran desde luego del dominio de la ley para defender tales derechos y libertades de interferencias o regulaciones del ejecutivo, pero, en cambio, otras materias, como los reglamentos de policía, se podía entender que correspondían al Ejecutivo en tanto que aquí se reservaban a las Cortes y además sin intervención alguna del Rey.

Todo esto lo que pone de relieve es una concepción bien peculiar de la relación entre los poderes que hace de Cádiz una Constitución muy singular y, desde luego, poco clara en este punto relativo a la distribución de competencias entre la Ley y el Decreto de Cortes «sin carácter de ley». En todo caso, esta idea del reparto de materias entre un instrumento y otro está bien clara, no sólo en los debates que al respecto se suscitan en el Trienio, sino desde el mismo momento constituyente de lo que son ejemplo las Actas de las sesiones de la Comisión de Constitución⁶⁶. Está también clara en el Reglamento para el Gobierno interior de las Cortes de 4 de septiembre de 1813, cuyo capítulo X («De los Decretos») se refiere en los artículos CVIII a CXI a los distintos supuestos de Decretos de las Cortes según tengan o no «carácter de ley» y exijan o no, por tanto, la sanción real⁶⁷.

1.3. *Limitaciones a la iniciativa del Rey o de la Regencia en la iniciativa legislativa*

Si se continúa profundizando en las relaciones entre Poderes en Cádiz, puede advertirse cómo en los sucesivos reglamentos de la Regencia —o poder ejecutivo— se prevé la posibilidad de que la Regencia pueda proponer leyes a las Cortes, pero siempre con esa reserva de no invadir las materias propias y exclusivas de éstas. Así, en el reglamento provisional de 16 de enero de 1811 se dispone en el artículo IV de su capítulo primero que el poder ejecutivo interino

«Podrá y deberá presentar en el Congreso los planes, reformas, proyectos y medidas que estime oportunas para que sean examinadas; pero no le será permitido proponer a las Cortes proyectos de *decretos extendidos*».

La fórmula adquiere más precisión en los siguientes reglamentos y así en el de la Regencia de 26 de enero de 1812, constituido

⁶⁶ Así, en la sesión del día 3 de julio de 1811 (*Actas de la Comisión...*, cit., pág. 129) se discute sobre la conveniencia de aclarar en un artículo que «limitándose la sanción del rey a sólo las leyes, no se necesitaba en todas las otras determinaciones de las Cortes que sólo tuviesen carácter de decreto y que versasen sobre asuntos que, sin ser precisamente de legislación, les están atribuidos en las facultades que ya están señaladas» (cursiva del autor). Al final se quedó en llevar a un artículo independiente los asuntos que causan sólo decretos «y consiguientemente no necesitan la sanción». A pesar de acordar tal cosa al final no se realiza tal separación en artículos independientes, pero ello no empece la firmeza de la distinción que tenían los miembros de la Comisión.

⁶⁷ El artículo CXI se refiere explícitamente a los «decretos que dieren las Cortes sobre aquellos asuntos en que no se requiere ni propuesta del Rey, ni su sanción».

ya de forma provisional el Consejo de Estado antes de la publicación de la Constitución, se establece en el artículo XIX de su capítulo II que la Regencia

«Hará a las cortes, oído el dictamen del Consejo de Estado, las propuestas de leyes o de reformas que crea conducentes al bien de la Nación; pero no podrá presentar proyecto alguno extendido en forma de decreto».

La misma fórmula se repite en el siguiente reglamento de la Regencia de 22 de marzo de 1813.

Pues bien, tal fórmula pone de relieve dos cuestiones importantes que resultan más claras a la luz de las consideraciones que acaban de hacerse sobre el concepto de ley en Cádiz. La primera es que la Regencia, aunque no participa de la potestad legislativa por medio de la sanción de las leyes, sí lo hace, sin embargo, a través de la posibilidad de propuesta a las Cortes de tales leyes o de reformas. En tal caso, sin embargo, necesita oír previamente al Consejo de Estado, por donde aparece así también la función de este Consejo participando en el ejercicio de funciones o facultades que tienen que ver con la intervención en el proceso legislativo. De nuevo aparece, pues, el Consejo como una especie de Senado que, si no tiene la facultad de iniciativa legislativa que podía ser propia de tal Cámara, sí participa en la elaboración de las leyes. Si se tiene en cuenta que ese Consejo de Estado en el período 1812-1814 es nombrado directamente por las Cortes parece claro el interés en poner cerca de la Regencia, con la que habían existido frecuentes disensiones, un órgano que, con independencia de ser de la confianza de las Cortes, suponga una limitación a las facultades de iniciativa legislativa del Poder ejecutivo.

La segunda observación tiene que ver con el hecho de que se prohíba que tales propuestas vayan extendidas en forma de decreto. Podría pensarse que lo que se prohíbe es que vayan articuladas, debiéndose por tanto hacerse las propuestas en forma literal distinta del articulado propio de las leyes; la única razón para esa prohibición sería no condicionar la potestad legislativa de las Cortes con un texto literal de lo que ha de ser la ley; ello podría verse como una interferencia adicional a la que ya suponía que el ejecutivo pudiese tener algún tipo de iniciativa parlamentaria. Pero podría también interpretarse que lo que se está prohibiendo no es tanto la forma, como el contenido, es decir, no la forma en que se extienden, sino el hecho de que las propuestas del Ejecutivo no pueden *versar* sobre aquellas materias

que hemos visto que se consideraban propias de los Decretos de Cortes sin valor de ley.

El alcance del concepto de Ley a que se ha hecho referencia más arriba nos llevaría a inclinarnos por esta interpretación de la limitación⁶⁸; a ello nos inclina también la circunstancia de que parece que si la propuesta legislativa del Ejecutivo no fuese articulada, sino que quedase como una sugerencia genérica de regular una materia sin manifestar en qué forma concreta, la intervención del Consejo de Estado perdería buena parte de su sentido, tratándose de un órgano que tiene en su seno miembros de todas las carreras, lo que parecía exigir que diese su dictamen no sólo sobre los principios de la conveniencia de una regulación, sino sobre la forma concreta de hacerla y proponerla a las Cortes.

En todo caso, las reflexiones anteriores ponen de manifiesto que el Consejo de Estado estaba llamado en la Constitución de Cádiz a desarrollar un importante papel en relación con el poder legislativo en el que participaba el Monarca. Probablemente es esa participación, que resultaba problemática desde el punto de vista de la separación de poderes, lo que explica en mayor medida la creación de un órgano encargado de asesorar al Rey en el ejercicio de las facultades relacionadas precisamente con estas competencias del Ejecutivo en la elaboración de las Leyes. No deja de ser significativo que después de decir la Constitución que es el Consejo «único del Rey», que oirá su dictamen en asuntos graves gubernativos acabe con «y señaladamente para dar o negar la sanción a las leyes, declarar la guerra y hacer los tratados». Materias todas en las que se puede poner en duda si gozan de carácter gubernativo y si el «señaladamente» pretende subrayar algunas materias dentro de las gubernativas o más bien quiere subrayar otras materias, además de las gubernativas. En todo caso, dentro de las materias especialmente destacadas por ese «señaladamente», la que se menciona en primer lugar es precisamente la de la sanción de las leyes lo que destacaría ésta como una de las importantes funciones del Consejo de Estado en la concepción constituyente.

En la práctica, la instalación real del Consejo de Estado a partir de 1812, y la entrada práctica en funciones sólo después de la aprobación de su reglamento, en junio de 1812, así como la circunstancia de no haber habilitado a la Regencia para ejercer la sanción de las leyes que correspondía al Rey, dejó esta primera

⁶⁸ Sería necesario indagar en los archivos de las Cortes o en el Histórico Nacional para examinar los expedientes concretos que pudieran existir, lo que desborda las pretensiones de este artículo.

función del Consejo, y tal vez la más esencial y característica, reducida, en buena medida, a la inoperancia⁶⁹. No obstante, no puede dejar de señalarse que, en los momentos finales del primer período constitucional, el «Reglamento para el Gobierno interior de las Cortes» de 4 de septiembre de 1813 sustituye, en el artículo CXIII del Capítulo X, las facultades de sanción de las leyes que hasta entonces se le habían negado a la Regencia, por una facultad de ésta de informar las leyes antes de su aprobación definitiva por las Cortes *con audiencia del Consejo de Estado*⁷⁰.

Y algo semejante ocurrirá durante el Trienio en que, ya presente el Rey, la anomalía consiste en un Rey netamente absolutista del que las Cortes desconfían y que, él mismo, desconfía de las Cortes y de su Consejo de Estado.

Todas esas circunstancias no impiden señalar que la intervención del Consejo en el ejercicio de facultades legislativas es una de las determinantes del rango y posición que la Institución tiene en la Constitución de Cádiz y de su función netamente política de limitación del poder del Rey de participación en la potestad legislativa, ya sea con la sanción o su negativa, que ha de ser informada por el Consejo, ya sea en la iniciativa de la Ley.

2. LAS FUNCIONES DEL CONSEJO DE ESTADO EN RELACIÓN CON LAS POTESTADES DEL PODER EJECUTIVO

Pero si las facultades del Consejo de Estado en relación con el poder legislativo son, a nuestro juicio, las que mejor contribuyen a explicar la razón de ser del Consejo de Estado en Cádiz y, especialmente, su rango y posición en el conjunto de las Instituciones del Estado, no eran tales facultades las únicas, sino que la propia Constitución le atribuía otras, de suma importancia, que tenían que ver con funciones más características del poder Ejecutivo, como era el caso, muy singularmente, de la participación del Consejo en el nombramiento de empleos en la judicatura. Se trataba de una facultad tradicionalmente reservada a los Reyes que, en buena parte, estaba en el origen, desde la Edad Media,

⁶⁹ Si acaso su participación en el proceso legislativo quedaba limitada a la propuesta de leyes no extendidas en forma de Decreto, supuesto en el que al Consejo de Estado le correspondería una función de vigilancia de la Regencia para que no traspasara esos límites.

⁷⁰ «CXIII. En el caso que las Cortes no concedan a la Regencia, en los términos que les parezca, la sanción de las leyes que pertenece por la Constitución al Rey, no podrán dejar de pedir, antes de la votación de cualquier proyecto de ley, informe a la Regencia, que lo dará oyendo antes al Consejo de Estado.»

del proceso de institucionalización de la monarquía. Así, la figura del Rey-juez es la más característica de la tradición monárquica.

Además de en materia de nombramientos en la justicia o para la presentación de beneficios eclesiásticos, tenía el Consejo otras facultades genéricas de Consejo en «asuntos graves gubernativos» que fueron desarrolladas en el reglamento del Consejo de Estado de 8 de junio de 1812, así como otras facultades repartidas en otros Títulos de la Constitución. Finalmente, no puede desconocerse el papel que la propia Constitución asignaba a los miembros del Consejo de Estado en materias de indudable trascendencia política, como es el caso, por ejemplo, de la previsión contenida en el artículo 189 en torno a la Regencia provisional compuesta por la Reina madre, si la hubiere —por dos diputados de la Diputación Permanente y por dos consejeros de Estado—, o tres para el caso de que no hubiere Reina madre.

En cualquier caso, para examinar esas facultades consultivas en materia propia del Ejecutivo no puede obviarse el análisis y evolución de los sucesivos reglamentos del Poder Ejecutivo o Regencia, ni la concepción que sobre el Consejo de Estado se tenía en la fase preconstituyente y de la que hay reflejo en la documentación histórica objeto de estudio por parte de investigadores y especialistas ⁷¹. El examen de esa evolución pone de manifiesto que la idea que se tenía acerca del papel del Consejo de Estado se fue perfilando con el tiempo y fue objeto de debate y polémicas en el seno de la propia Regencia que se hacen públicas con motivo de la aprobación del primer Reglamento del Consejo de Estado. Pone de manifiesto también que la delimitación última de sus competencias no resulta definitivamente del texto constitucional y del reglamento del Consejo de 1812, sino que es necesario el examen de otras normas como son los reglamentos de la Regencia o el de las Cortes, así como también los relativos a la censura de libros en materias de religión, aspecto este que como se recordará no quedaba protegido en el reconocimiento del derecho de libertad de imprenta hecho por la Constitución en su artículo 371 ⁷².

⁷¹ Especialmente el libro *Documentos del Reinado de Fernando VII. Vol. VII El Consejo de Estado (1729-1834)*, Universidad de Navarra, S. A., Instituto de Estudios Administrativos, 1971, en que se hace un estudio detallado de la institución en la época que se analiza en el texto; además, puede verse *Actas de la Comisión de Constitución...*, cit., en la parte que se refiere a las discusiones sobre el Consejo de Estado, así como el estudio que le precede de Diz-Lois, Cristina.

⁷² Vid. GÓMEZ REINO, Enrique, *Aproximación histórica al Derecho de la imprenta y de la Prensa en España (1480-1960)*, I.E.A., Madrid, 1977. La libertad de expresión se contraía a las «ideas políticas», quedando así fuera de la protección constitucional las ideas religiosas, lo que constituía el fundamento del Decreto CCXXIII sobre abolición de la Inquisición y establecimiento de

2.1. *El debate preconstitucional sobre la organización del Poder Ejecutivo*

Antes de instalarse las Cortes, en el mes de septiembre de 1810, se habían producido ya algunos trabajos dirigidos a preparar el contenido de las reformas que hubiesen de acometer las Cortes que habían de convocarse y cuya convocatoria estaba ya anunciada por un Decreto de la Junta Central de 22 de mayo de 1809. Es en ese contexto en el que por Decreto de la misma Junta de 8 de junio de 1809 se crea la Comisión de Cortes encargada de prepararlas, para lo cual crea hasta siete juntas y, entre ellas, la denominada Junta de Legislación que empieza a trabajar en octubre de 1809 y a estudiar las mejoras y modificaciones a introducir en las leyes fundamentales y la legislación en general ⁷³. La Junta encarga a Ranz Romanillos la presentación de un estudio sobre las leyes fundamentales dispersas y las medidas para asegurar la observancia de esas leyes fundamentales. Ranz Romanillos va a cumplimentar su encargo presentando una serie de cuestiones que son como las bases de «la Constitución Monárquica que deben proponerse en virtud de lo prevenido en la Instrucción» ⁷⁴. En todo caso una de las cuestiones planteadas por Ranz Romanillos era

«El Poder Ejecutivo en lo relativo a sus facultades ¿se ejercerá libremente o estará sujeto a obrar con Consejo?» ⁷⁵.

El planteamiento de tal cuestión en esa forma pone de relieve que el tema de la existencia de un Consejo como *sujeción* del Poder Ejecutivo estaba presente desde antes de la reunión de las Cortes y en tiempos todavía de la Junta Central. La cuestión vuelve a plantearse de nuevo una vez reunidas las Cortes desde el principio de los trabajos de la Comisión de Constitución encargada de preparar el borrador que había de someterse a discusión de la Cámara. Pero no dejar de ser significativo que la persona que plantea tal cuestión sea también Ranz Romanillos, y ello por muchos conceptos: el primero por haber estado ya en Bayona participando en la elaboración de la Constitución bonapartista; el segundo porque, sin ser diputado de las Cortes

Tribunales protectores de la Fe, así como el procedimiento de ejercicio de la censura en materias relacionadas con la religión que preveía la ley de la libertad de imprenta.

⁷³ Sobre el tema puede verse el «Estudio preliminar» de Cristina Diz-Lois en *Actas de la Comisión de Constitución*, Seminario de historia moderna, IEP, 1976, págs. 41 y ss., a la que sigo en lo que se dice en el texto.

⁷⁴ Debe referirse a la Instrucción dada a la Junta que no debía ser tan explícita en cuanto a la elaboración de una Constitución.

⁷⁵ Diz-Lois, Cristina, *Estudio...*, cit., pág. 49.

generales y extraordinarias, asistirá posteriormente como único miembro invitado a las sesiones de la Comisión de Constitución, y el tercero, porque la posterior Comisión de Constitución no va a empezar en realidad sus trabajos hasta que Ranz Romanillos en marzo de 1811, instaladas ya las Cortes, entregue un borrador de proyecto de Constitución en el que estaba trabajando, sin duda como consecuencia del papel relevante que tuvo en esa previa Junta de legislación creada casi dos años antes⁷⁶. En fin, en cuarto y último lugar, porque Ranz Romanillos será consejero de Estado en el primer Consejo de Estado cuya instalación se adelanta unas semanas a la publicación de la Constitución de Cádiz.

Pero no sólo en el ámbito de la Comisión de Constitución se va perfilando el papel del Poder ejecutivo y su forma de actuación, pues si aquélla comienza a reunirse en marzo de 1811, simultáneamente a sus trabajos las Cortes siguen actuando en materias que guardan relación con el Consejo de Estado y con otros organismos. Así, en el mes de abril de 1811 parece que se decide acometer un estudio de la organización de los Ministerios, Tribunales y oficinas con vistas a su reducción. A consecuencia del mismo se solicita, en lo que al Consejo se refiere, un informe sobre su planta y funciones. Tal informe es redactado por quien había venido actuando como secretario del Consejo de Estado —D. JOSÉ GARCÍA DE LEÓN Y PIZARRO— y remitido con fecha 30 de mayo de 1811. El informe tiene su importancia, por cuanto PIZARRO no se limita a dar cuenta de la planta y funciones del Consejo en el día, sino que incorpora una serie de reflexiones sobre el papel de un Consejo de Estado en un Estado constitucional.

Es más que probable que ese informe tuviese también notables efectos en la decisión de establecer un Consejo de Estado en la Constitución o al menos fue un informe bien conocido de los miembros de la Comisión de Constitución, aunque no hubiese sido pedido por tal Comisión ni con otra finalidad que la de

⁷⁶ Vid. PÉREZ RIOJA, José Antonio, *El helenista Ranz Romanillos y la España de su tiempo*, Madrid, 1962. Se ve que, por encima de todo, los liberales valoraron los conocimientos de Ranz Romanillos, prescindiendo de su participación en la Constitución de Bayona. Como se ve, incluso antes de la instalación de las Cortes, la propia Junta Central cuenta con él para la elaboración de borradores de mejora de los textos fundamentales, que en realidad constituían los primeros trabajos de preparación de un texto constitucional. Desde luego es bastante razonable la tesis de la identidad de los liberales con los afrancesados que, como argumento político, sostenía el pensamiento reaccionario. Sobre la identidad de los liberales con los afrancesados se pronuncia SUÁREZ, Federico, *La Crisis política del Antiguo Régimen*, págs. 54 y ss., si bien la Constitución de Bayona con sus elementos estamentales mantenía algunos rasgos del antiguo régimen frente a la radical ruptura de la de Cádiz.

decidir sobre la reducción de los empleados públicos. De hecho, el Sr. Espiga, uno de los miembros de la Comisión de Constitución, en sus intervenciones en apoyo del proyecto de Constitución o sobre el nuevo reglamento de la Regencia del Reino (Decreto CXXIX de 26 de enero de 1812) va a seguir, unos meses después de su emisión, con bastante fidelidad, incluso literal, el hilo argumental que se contiene en el informe de PIZARRO⁷⁷, lo que abonaría la idea de que conocía y utilizó dicho informe.

La esencia del mismo radica en una narración de los orígenes históricos del Consejo y algunas reflexiones adicionales, no pedidas, sobre su utilidad. Aunque la narración pudiera parecer neutral, lo cierto es que está hecha buscando destacar los bienes que se siguen de tener establecido un instrumento de moderación del Gobierno, como podía ser el Consejo.

De hecho, cada vez que se destacan, en el informe, abusos de poder de validos o favoritos no se pierde ocasión de señalar la necesidad en que se vieron de acallar las voces discrepantes que desde el Consejo se alzaban⁷⁸. El informe estaba hecho con clara intención favorable al mantenimiento del Consejo, *presentándolo como un factor de limitación de los abusos ministeriales*, pero sin decirlo abiertamente⁷⁹. En el informe se dice que en aquel momento servía para poco el Consejo pero en razón de que no se le utilizaba. El informe concluye con unas reflexiones breves sobre la utilidad que puede tener en el nuevo régimen constitucional y, aunque se limita a plantear las preguntas a las que debe responder la Regencia para determinar lo que sea conveniente, por la forma en que hace las preguntas se decanta implícitamente a favor de la idea de un Consejo de Estado moderador del Ministerio, que sea un órgano permanente frente a la variabilidad de los Secretarios⁸⁰. El fundamento pues de la necesidad del

⁷⁷ El informe de José GARCÍA DE LEÓN Y PIZARRO aparece recogido en la página 104 de los *Documentos del Reinado de Fernando VII. El Consejo de Estado*, vol. VII del Seminario de historia moderna, EUNSA, 1971; por su parte, los diarios de sesiones de las de 27 de octubre de 1811 —sobre proyecto de Constitución— y 3 de enero de 1812 —sobre nuevo reglamento de la Regencia—, págs. 2160 y 2540, respectivamente, recogen las intervenciones del Sr. Espiga fieles al contenido del documento de PIZARRO en lo que se refiere a las citas históricas y a los comentarios sobre ellas que ponen de relieve que había tenido a la vista el informe de PIZARRO.

⁷⁸ Así, en los casos del Conde-Duque de Olivares, Alberoni, Floridablanca o el Conde de Aranda, págs. 108 a 110 de *Documentos...*, cit.; casos que también relata el Sr. Espiga en sus intervenciones en el diario de sesiones citadas en nota anterior.

⁷⁹ En sus Memorias reconoce su intención de «anticipar disimuladamente algunas ideas para la mejor formación de un Consejo de Estado Constitucional, para la represión del poder ministerial». José GARCÍA DE LEÓN Y PIZARRO, *Memorias (1770-1835)*, Madrid, 1943.

⁸⁰ La primera cuestión que se propone que debe decidir la Regencia es: «Si parece conveniente o necesario a cualquiera Gobierno, más o menos temperado, que el poder Ejecutivo

Consejo de Estado, tal como se desprende del informe, es la represión del poder ministerial o, si se quiere, una cierta forma de control del Gobierno que podría enlazar, aunque no sólo, con la función de revisión de los actos de la Administración pública que andando el siglo acabaría teniendo el Consejo y que es preciso verificar si estaba presente en la intención de los constituyentes gaditanos.

Para acabar con este examen del debate preconstitucional sobre la represión del poder ministerial no puede dejarse de recordar el debate sobre el primer reglamento⁸¹ de la Regencia en el que, a propósito de la designación para determinados cargos, surge también el problema del control ministerial.

En efecto, con ocasión del primer debate sobre el reglamento provisional del poder ejecutivo que acabaría aprobándose por Decreto de 16 de enero de 1811 se suscita (en las sesiones del 21 y 22 de diciembre) un amplio debate sobre la intervención de las antiguas Cámaras en la designación de los empleos civiles, especialmente judiciales⁸². Algunos diputados parecían poner en duda la intervención de tales Cámaras⁸³ en la propuesta de ternas para los empleos civiles. Otros, en cambio, se mostraban proclives a mantener el sistema de las Cámaras como modo de frenar el despotismo ministerial⁸⁴. El propio Argüelles se ve obligado

consulte sus determinaciones con un cuerpo establecido de planta, que pertenezca al Estado, compuesto de hombres escogidos que tengan cuando menos la presunción de la experiencia, por haber llegado con buena opinión hasta lo sumo de sus carreras respectivas, y que últimamente *no tengan interés inmediato en las opiniones del Gabinete*; o si será superflua esa rueda política, pudiéndose suplir, en algún caso que se crea necesario, por una junta extraordinaria de hombres escogidos o bien pidiendo informes reservados a sujetos de talento a elección del Ministerio», pág. 112 de *Documentos...*, cit.

Como se ve, no se propone prescindir de la existencia de asesoramientos, pero en tanto la primera solución es de planta y pertenece al Estado las segundas son ocasionales y quedan a la discrecionalidad de Ministerio.

⁸¹ *Vid.* sobre los reglamentos del poder ejecutivo TEROL BECERRA, Manuel José, en «La dimensión constitucional de la obra normativa de las Cortes de Cádiz en la transición (1810-1812)», en *Materiales para el estudio...*, Tecnos, cit. págs. 722 y ss.

⁸² *Vid.* COS-GAYÓN, Fernando, en su *Historia de la Administración Pública de España*, I.E.A., 1976, pág. 186, en la que se refiere a las «Cámaras» que existían en el Consejo de Castilla y que intervenían en materia de gracias y concesiones, perdones, dispensas, etc.

⁸³ La intervención del Sr. Caneja en el diario de sesiones del 21 de diciembre es significativa (págs. 208 y 209) ya que en ella invocando la intervención del diputado preopinante —Sr. Mejía— afirmaba que «deben limitarse mucho las facultades de las Cámaras». La razón es porque, en definitiva, los pretendientes a los cargos y empleos buscaban la protección de los miembros de las Cámaras —los camaristas— y con ello limitaban las facultades del Poder Ejecutivo; por ello propone que éste no tenga que sujetarse a tales propuestas o en su defecto que se aclarase que «las propuestas de la Cámara fuesen arregladas al verdadero mérito, etc.». A lo que se ve el diputado desconfiaba más de los camaristas que del propio poder ejecutivo.

⁸⁴ Es claro, en ese sentido, Gutiérrez Huera, pág. 209 del Diario de Sesiones del 21 de diciembre de 1810: «Había creído que en las Cámaras, establecidas para hacer la consulta de la provisión de empleos, todos reconocerían lo que han sido siempre: el remedio *más eficaz*, el

a intervenir en varias ocasiones para mantener el texto como estaba, aunque destacando el carácter provisional de la regulación. Su intervención no deja de ser algo contradictoria pues se muestra partidario del mantenimiento de las Cámaras, pero también se muestra partidario de que «tenga el Poder ejecutivo alguna arbitrariedad, ya que son responsables de todo; y en los empleos principalmente de justicia, sea consultada la Cámara»⁸⁵. Esa posición tal vez se explique porque trata de evitar que al final sean las Cortes las que conozcan de la provisión de empleos lo que «sería negocio interminable si viniese a las Cortes la competencia de la Cámara y del poder ejecutivo para las ternas. Las Cortes se transformarían en Tribunal de justicia»⁸⁶.

En todo caso, la cuestión interesa —a los efectos del Consejo de Estado— porque, finalmente, en sustitución de esas antiguas atribuciones de las Cámaras, cuando se esté debatiendo el texto de la Constitución será el Consejo de Estado el que tenga intervención en la proposición de ternas para la provisión de los empleos judiciales (art. 237) o para suspender a los magistrados (art. 253), que son los que preocupan especialmente a Argüelles. Las discusiones sobre las antiguas Cámaras que se suscitan con ocasión del primer Reglamento de la Regencia y su papel de moderación del despotismo ministerial, reaparecen con ocasión de las atribuciones que a ese respecto se reservan al Consejo de Estado. Y no puede menos de observarse que constantemente aparece el argumento del «despotismo ministerial» y la forma de someterlo a control. Se trata de un argumento recurrente en las discusiones que resulta relevante y expresivo de un estado de opinión para el que el control de la actuación del ejecutivo en un tema como el de la provisión de empleos judiciales era bien sensible. Argumento que vemos coincide con las reflexiones del informe de PIZARRO sobre el despotismo ministerial y el Consejo como medio de ponerle freno y con la pregunta que el mismo Ranz Romanillos hacía a la Junta de Legislación acerca del modo de actuar del Ejecutivo. Como se ve, esos argumentos preconstitucionales van preparando los espíritus para el debate sobre las

muro más fuerte para contener la arbitrariedad de los gobiernos.» Lo mismo expresa en la sesión del 22 de diciembre el Sr. Pelegrín: «Desde el fatal momento en que el interés y despotismo ministerial desconoció medios establecidos de justificar el mérito y la virtud, la importunidad, las humillaciones, el favor o conveniencia de los Ministros fueron los títulos para lograr los destinos.»

⁸⁵ Diario de Sesiones del 22 de diciembre de 1810, pág. 214, sesión en la que más explícitamente dice: «hay empleos que deben ser de provisión, si se quiere arbitraria del gobierno.... La responsabilidad que ha cargado V.M. en el Poder Ejecutivo, ¿no es un motivo suficiente también para que provea a su gusto a fin de saber por qué y de quién responde?»

⁸⁶ Pág. 216 del Diario de Sesiones.

funciones del Consejo de Estado a ese respecto, como límite y freno a la actuación del poder Ejecutivo, con independencia, pues, de la perspectiva de las relaciones entre legislativo y ejecutivo en relación con las leyes.

2.2. *El debate constituyente sobre el Consejo de Estado y los reglamentos del Poder Ejecutivo*

En ese contexto se va a abordar la discusión sobre el Consejo de Estado⁸⁷ en el texto de la Constitución. La primera cuestión que se va a suscitarse es la del número de Consejeros que a algunos parecía excesivo⁸⁸. Argüelles va a ofrecer como explicación tres razones en cuanto al número. La primera la del número de «individuos que había en las Salas de los Consejos destinados para proponer las ternas», número que según él excedía o era igual al que se señalaba para el Consejo de Estado que se proponía (40 miembros). Como se ve, la función de las antiguas Cámaras se confía al Consejo de Estado y se hace por las mismas razones de contención del despotismo ministerial que motivó el debate de apenas un año antes y al que se acaba de hacer referencia.

La segunda razón de Argüelles era la corrección de la impetuosidad de la Asamblea legislativa a la que se ha hecho referencia más arriba, es decir, la naturaleza senatorial del Consejo de Estado.

La tercera tiene que ver con el hecho, según afirma Argüelles, de que «este Consejo ha de despachar todos los negocios que hasta ahora han corrido por diferentes tribunales, especialmente por el Consejo Real, que en su primer instituto despachaba todos los asuntos de Estado y Guerra»⁸⁹.

Es después de ofrecer estas razones cuando el Sr. Argüelles parece distanciarse de las mismas para decir que a él también le parecía excesivo el número, pero que le convencieron sus compañeros de Comisión, lo que resulta algo sorprendente, como se ha dicho, si no es en la inteligencia que existía algún tipo de acuerdo político al respecto⁹⁰.

⁸⁷ La discusión del capítulo correspondiente se inicia el 27 de octubre de 1811 y puede verse en el Diario de Sesiones, págs. 2157 y ss.

⁸⁸ La cuestión, como ya se ha indicado, no era solamente cuantitativa sino que encerraba cierto recelo frente a la posibilidad de que un Cuerpo tan numeroso acabase difuminando el papel de las Cortes, como parecía pensar el propio Argüelles que asume la defensa del texto de la Constitución en este como en otros muchos puntos. *Vid.* pág. 2158 del Diario de Sesiones.

⁸⁹ Las tres razones pueden verse en Diario de Sesiones, pág. 2158.

⁹⁰ Sobre ello puede verse lo que dice Francisco TOMÁS Y VALIENTE en «El Consejo de Estado en la Constitución de 1812», artículo publicado tras su trágica pérdida en la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (aunque se trata del número correspondiente a mayo-agosto

Pues bien, la tercera razón incorpora algo que no se corresponde estrictamente con el texto propuesto en cuanto a las funciones del Consejo de Estado; que éste fuera a desempeñar las funciones de los antiguos Consejos y en especial del Consejo Real no resulta en absoluto claro. El texto constitucional que se sometía a discusión se limitaba a decir del Consejo de Estado, que el Rey oiría 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» (art. 236). En ese concepto de los asuntos graves gubernativos no parece que puedan estar comprendidas todas las competencias que ejercían los «diferentes tribunales, especialmente... el Consejo Real»⁹¹.

El asunto puede tener su importancia puesto que aquí puede estar en ciernes la idea de una facultad de control de la actuación del ejecutivo, una especie de jurisdicción contenciosa (desde luego retenida, pues se trataba sólo de un órgano consultivo) que podía llegar a hacer del Consejo de Estado el órgano de control de toda la actividad administrativa.

1995), cuando califica la composición del Consejo como consuelo a la derrota de los reaccionarios.

⁹¹ La cuestión de la extensión de las atribuciones del Consejo de Estado fue objeto de preocupación para algunos de los Diputados intervinientes como es el caso del Sr. Martínez (pág. 2186 del Diario de Sesiones de 31 de octubre de 1811), quien manifiesta que el número de cuarenta Consejeros que acaba de ser aprobado con su conformidad es excesivo si se interpretan de modo estricto las atribuciones que figuraban en el proyecto del artículo 236 (235 en el proyecto) casi igual al finalmente aprobado en cuanto a las atribuciones, salvo que se añadía el carácter de *único* al Consejo, así como el calificativo de *gubernativos* al referirse a los asuntos graves. Por eso proponía una adición consistente en precisar que esos asuntos graves eran aquellos «en que hasta aquí *gubernativamente* entendieron los Consejos, Cámaras, Junta de comercio y cualesquiera otra comisión especial establecida en la Corte, incluyendo las propuestas para las magistraturas y prebendas eclesiásticas, según se dice en el artículo siguiente». Esa pretensión de Martínez va a tener la contradicción del Diputado Aner y la de Espiga (pág. 2186 del Diario de Sesiones) que era miembro de la Comisión constitucional y que va a proponer una solución intermedia que no se recoge sin embargo en el texto constitucional aunque aparecerá posteriormente en el Reglamento del Consejo de Estado; la propuesta de Espiga consistía en definitiva en aclarar lo que debía de entenderse por asunto grave gubernativo para evitar dejar a la arbitrariedad de los Ministros la calificación de cuándo un asunto es grave, para lo cual proponía añadir al artículo que entendería «y en aquellos negocios en que haya de establecerse regla general para la mejor observancia de las leyes». Por su parte, la intervención del diputado Sr. Aner se produce inmediatamente después de la del diputado Martínez para decir dos cosas que no parecían totalmente compatibles; por una parte, que no debía variarse el artículo, como proponía Martínez, porque sus términos comprendían ya lo que este último diputado quería; por otra, en cambio, precisaba «no es posible atribuir al Consejo de Estado una inspección sobre todo lo gubernativo de que entendía el Consejo Real, porque ya V.M. ha aprobado el establecimiento de un Ministerio titulado de la Gobernación del Reino, a cuyo cargo correrán muchos de los asuntos que el Sr. preopinante quiere atribuir al Consejo de Estado, y esto no podría hacerse sin notable atraso de los negocios».

El asunto de la extensión de las atribuciones del Consejo queda así sin aclarar del todo en la Constitución, salvo la remisión que ésta contiene en el artículo 238 a un reglamento *formado por el Rey, oyendo previamente al Consejo de Estado y aprobado por las Cortes*, lo que implica una posición parcial de la determinación de los términos exactos de sus atribuciones.

Lo cierto es, sin embargo, que lo que deba entenderse por «asunto grave» no se aclaró hasta los sucesivos reglamentos del poder ejecutivo y del propio Consejo de Estado. En el momento en que Argüelles habla, en trance de defender el proyecto de Constitución, es posible que esa fuese la idea que tenía acerca del papel del Consejo ⁹², pero en realidad el papel que se enfatiza en el texto es más bien el del Consejo como asesor en relación con la sanción real; por tanto, en la dimensión del Consejo en relación a la actuación del Rey como cotitular de la potestad legislativa, que es la dimensión que resulta enfatizada con el término «especialmente» ⁹³, la dimensión de órgano de «represión del despotismo ministerial» no está en cambio explícita.

Por otra parte, lo cierto es que la posición que va a prevalecer sobre el papel del Consejo, no va a ser la de un órgano de control y represión de la arbitrariedad del Ministerio, de limitación del despotismo ministerial, que aparecía, por ejemplo, en el informe de PIZARRO como antes se vio. Paradójicamente, cuando después se trate de delimitar el alcance de las competencias del Consejo, va a ser el mismo PIZARRO quien en ese momento posterior se oponga a una configuración del Consejo de Estado que se pueda ver como depresiva de la autoridad del Gobierno ⁹⁴.

2.3. *El nuevo Reglamento de la Regencia del Reino, de 26 de enero de 1812 y el Reglamento del Consejo de Estado de 8 de junio de 1812*

Los Reglamentos posteriores que se refieren al Consejo de Estado, son básicamente el relativo al poder ejecutivo y el relativo

⁹² Es también la idea que tenía Espiga, otro miembro de la Comisión constitucional: «La Comisión ha creído indispensable establecer cerca del Rey un cuerpo que no sólo ilustre la dificultad, complicación y oscuridad de los negocios, sino que contenga la arbitrariedad, y haga inútiles todos los esfuerzos de los lisonjeros que por desgracia rodean siempre el Trono...»; a continuación narra la historia del Consejo en la línea del informe de PIZARRO, para acabar diciendo que «Cuando se observa que el orden, la justicia y la prosperidad siguieron siempre la línea paralela de la consideración que mereció a los Reyes el Consejo de Estado, ¿se discutirá ni un momento que éste debe ser un cuerpo constitucional? Cuando se ve que en todos tiempos ha sido el blanco de los tiros de los Ministros ¿no es éste un testimonio bien cierto de que sólo él puede contener la arbitrariedad ministerial? No dude V.M. un instante de su establecimiento: él solo podrá ilustrar a los Reyes para que no sean jamás sorprendidos por la seducción de los privados, y él solo podrá descubrir los caminos tortuosos por donde se les hace marchar hasta llegar a la ruina de la Nación»; tras esta intervención prácticamente se cierra el debate para votarse a favor de la existencia de un Consejo de Estado (Diario de Sesiones del 27 de octubre de 1811, págs. 2159 a 2161), aunque quede abierto todavía el debate sobre sus atribuciones.

⁹³ Así lo reconoce FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE en el artículo citado, págs. 13 y 14, aunque subraya que se trataba de un órgano inserto en la esfera del poder ejecutivo.

⁹⁴ El propio PIZARRO va a dar noticia de las críticas que por su postura sufrió, pues le reprochaban contradicción con su primer informe. *Vid. Documentos del Reinado de...*, cit., pág. 32.

al propio Consejo de Estado cuya elaboración es bien instructiva del alcance de los problemas que se suscitaban y la clara percepción de los mismos que todos tenían.

Por lo que hace al nuevo reglamento de la Regencia del Reino de 26 de enero de 1812, que sustituye al anterior de enero de 1811, ya se recogen en el mismo los supuestos en que la Regencia debe consultar al Consejo de Estado; en él, además de repetir los supuestos comprendidos en el texto constitucional, se prescribe la necesidad de oír al Consejo para la expedición de los Decretos, reglamentos e instrucciones para la ejecución de las leyes (art. V del capítulo II) y las propuestas de leyes a las Cortes también oído el Consejo de Estado (art. XIX del mismo capítulo) con lo que, de nuevo, se subraya la importancia de las facultades normativas del Rey y su relación con las leyes. Por lo demás, no hay ninguna adición o aclaración significativa que no estuviera ya comprendida en el texto de la Constitución en el capítulo específico del Consejo o en otro que al mismo se refiriese como es el relativo al poder judicial. No hay pues en él avance alguno sobre la definición del Consejo en lo que toca a su dimensión en relación con funciones propias del Ejecutivo que vaya más allá de lo que ya se decía en el texto constitucional.

En cambio, por lo que respecta al reglamento del Consejo de Estado de 8 de junio de 1812, su contenido y su propio proceso de elaboración son bien expresivos de las vacilaciones en cuanto a las atribuciones del Consejo. Para empezar, resulta significativo que establecido el Consejo de Estado en enero de 1812, es decir, antes de la aprobación misma de la Constitución —aunque discutido y aprobado ya su articulado concreto en la misma, y nombrados sus miembros a lo largo de febrero de 1812—, la primera tarea que se encomienda a sus miembros⁹⁵, como condición para empezar el ejercicio de sus funciones, es la de preparar un borrador de reglamento del Consejo. Por lo que se ve al leer la exposición⁹⁶ que acompañaba al proyecto de reglamento, éste estaba muy en la línea de la represión del despotismo ministerial, con una fuerte dosis de control sobre la actividad de los ministros y en buena medida condicionando a la Regencia.

⁹⁵ Entre ellos a PIZARRO, nombrado ya Consejero de Estado.

⁹⁶ La exposición puede consultarse en *Documentos del Reinado...*, cit., págs. 127 y ss. Asimismo, puede consultarse el informe posterior de la Regencia y el de la Comisión constitucional a quien finalmente se encarga la elaboración del Reglamento. La contraposición de posturas es ilustrativa para la comprensión de la evolución de la idea sobre el control de la Administración en nuestro país. Esas posturas se repiten por cierto en la década absolutista (1823-1833) por la fuerte oposición que suscitará al Ministerio —Gobierno y sus miembros— la supresión del Consejo de Ministros y la potenciación del Consejo de Estado.

Pero ese reglamento que preparan los Consejeros es devuelto por las Cortes a la Regencia para que ésta lo informe, y en ese informe vuelve a aparecer PIZARRO, a la sazón Secretario de Estado, pero ahora para destacar los peligros de que la acción del Consejo de Estado pueda sustituir y deprimir la acción y la autoridad de los Ministros. La Regencia debió quedar bastante impresionada por las razones de PIZARRO y el informe que hace para las Cortes es totalmente contrario a las propuestas del propio Consejo.

Merece la pena detenerse en la disputa porque es bien ilustrativa, no sólo de la plena conciencia que se tenía de los problemas del control del ejecutivo, sino porque también encierra la primera teorización constitucional del problema de la relación de los poderes y la atribución de las competencias para exigir la responsabilidad de los Ministros. La exposición que acompaña al proyecto de reglamento preparado por el propio Consejo de Estado parte del reconocimiento de que el texto constitucional no es muy explícito en las atribuciones al Consejo de Estado. Por ello va a distinguir las competencias netamente atribuidas al Consejo, que se limita a desarrollar y precisar, y otras que no le están claramente atribuidas, pero que podrían entenderse comprendidas en la competencia de asesoramiento en asuntos graves, por lo que solicita que las Cortes, ante la eventual duda —aunque no lo es para el Consejo que lo propone—, se sirvan declarar y aclarar, como propone el propio Consejo, si éste tiene las siguientes tres competencias adicionales enormemente significativas:

«1.^a Entender de los negocios que consultiva o gubernativamente se manejan por las Cámaras y Salas de Gobierno de los Consejos que deban ser suprimidos.

2.^a Consultar al Rey o a la Regencia, “sin necesidad de ser excitado de su parte, cuanto crea conveniente al bien y felicidad de la Nación, y quejas que hubiere de Oficiales de la Real Casa y de cualquier otra persona, sin distinción, de cuya conducta convenga que estén enterados el Rey o la Regencia; como también sobre la inobservancia de las Leyes, infracciones de la Constitución, abusos de los Magistrados o de otros empleados públicos; cesando empero las funciones del Consejo con proponer o consultar en estos puntos lo que le parezca justo”.

3.^a Proponer no sólo los cargos judiciales sino también Virreyes, Capitanes Generales, Gobernadores y Corregidores político militares y otros cargos.»

Para hacer esa propuesta y especialmente las dos primeras que son las que interesan en la perspectiva de este estudio y de

la evolución posterior del Consejo de Estado como órgano de control de la Administración, los miembros del Consejo invocan la tradición y la historia y, cuando éstas no alcanzan, razones de oportunidad o conveniencia para garantizar la represión del poder ministerial estando la exposición llena de alusiones a esa filosofía controladora que se atribuía al Consejo ⁹⁷. La Regencia y alguno de los Secretarios como PIZARRO, van a advertir en seguida las dificultades que ello supone para la marcha de un Ejecutivo que pretenden fuerte y que consideran quedaría sometido a la autoridad de los Consejeros de Estado con el proyecto que el propio Consejo propone.

Las facultades gubernativas o consultivas de los antiguos Consejos suponían una atribución de funciones que interferirían las que corresponden directamente al Ejecutivo. En cuanto a que, sin previa petición de dictamen, el Consejo —*sin excitación*— se haga con el control de la inobservancia de las leyes e infracciones de la Constitución se ve desde la Regencia, y especialmente desde el Ministerio, como una intromisión en la marcha diaria de los asuntos.

Por ello, cuando las Cortes devuelven a la Regencia la exposición y el reglamento para que emita su propio informe, ésta convoca a PIZARRO y a los demás Ministros para debatir. PIZARRO logra poner a la Regencia en contra del Reglamento y de su exposición ⁹⁸, haciendo ver que con él sería el Consejo de Estado quien estaría por encima de la Regencia.

Ello debía ser difícil, pues si la Regencia era quien nombraba a los Secretarios de Estado y, en cambio, los Consejeros de Estado habían sido nombrados por las Cortes y no eran libremente removibles, cada crítica a los Secretarios elegidos por la Regencia no dejaba de ser una crítica a la propia Regencia; además de que la propia acción de los Secretarios no dejaría de estar dirigida por la Regencia, aunque tuviesen los Ministros amplia autonomía.

La Regencia va a rechazar la propuesta del Consejo de Estado y encarga a PIZARRO que redacte la exposición que de ella se solicita. En ésta se trata de poner de manifiesto que las compe-

⁹⁷ «Árbitro el poder ejecutivo, excepto en algunos casos designados en la Constitución, de pasar a la consulta del Consejo los expedientes que le pareciera, 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 lo quisiese oír?», *Documentos del reinado...*, cit., pág. 135.

⁹⁸ Lo cuenta PIZARRO en sus *Memorias* en que dice hizo ver a la Regencia que el reglamento propendía a erigir orgullosamente al Consejo en un Cuerpo superior a la Regencia y privarla de sus facultades.

tencias que pretenden darse al Consejo, en su propio proyecto, no sólo embarazan al Poder ejecutivo, sino que constituyen una intromisión en las competencias del mismo legislativo, puesto que en definitiva éste se había reservado el control y exigencia de la responsabilidad ministerial (arts. 226 a 229 de la Constitución), para lo cual se había previsto un sistema que consistía en la previsión contenida en los artículos 162 (en relación con las competencias de la Diputación permanente) y 372 (en cuanto a que las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución)⁹⁹. Todo ello reforzado con la posibilidad de todos los españoles de «representar» a las Cortes para reclamar la observancia de la Constitución¹⁰⁰ y en la remisión de tales asuntos a los Tribunales si se decidía la formación de causa con suspensión de los Secretarios de Estado.

Además, se interfería también en las previsiones constitucionales relativas a las competencias de las Diputaciones provinciales entre cuyas competencias el artículo 335 incluía (en la novena) la de «dar parte a las Cortes de las infracciones de la Constitución que se noten en la provincia».

La Regencia llama la atención, entre otros, sobre un punto del Reglamento propuesto por el Consejo de Estado que es bien indicativo de la concepción que éste tenía de su labor, puesto que en el artículo 14 preveía libertad de correspondencia de las provincias de la península y de los Reinos y provincias de ultramar con el Consejo. Tal libertad, como señala la Regencia, constituía al Consejo no en un órgano consultivo, sino «en un Cuerpo activo gobernante»¹⁰¹, puesto que en definitiva le dejaba en libertad para opinar o sugerir lo que creyese conveniente y para buscar fuentes de información autónomas sin sujetarse a las peticiones de informe de la Regencia o a la documentación que le pudieran remitir los Secretarios de Estado.

En definitiva, la Regencia insiste en el carácter «meramente» consultivo¹⁰² que debe tener el Consejo y en la interferencia que

⁹⁹ El informe de la Regencia puede verse en *Documentos del...*, cit., págs. 144 y ss.

¹⁰⁰ «Pero las consultas que podrían hacerse frecuentes contra los empleados públicos, tal vez atacarían la opinión del Gobierno de un modo arriesgado, debilitarían por sí mismas la responsabilidad que las Cortes han impuesto sabiamente a los encargados del Gobierno y de consiguiente no parecen conformes con el espíritu de la Constitución, mucho más si se extienden, como se propone, a la inobservancia de las leyes y de la Constitución: *cuidado reservado justísimamente a las mismas Cortes de donde emana toda Ley*». *Documentos de...*, cit., pág. 147.

¹⁰¹ *Documentos de...*, cit., pág. 151.

¹⁰² Esa idea de Cuerpo meramente consultivo que defiende la Regencia aparece en el artículo I del capítulo II del Reglamento que aprueban las Cortes: «Siendo el Consejo de Estado por la Constitución un cuerpo *puramente* consultivo...»

para la autoridad del Ejecutivo puede suponer la aprobación del Reglamento que el Consejo propone.

La posición de la Regencia va a prosperar, pues el reglamento que elabora la Comisión competente de las Cortes, salvo en algún punto menor ¹⁰³, se va a alinear con la Regencia. En medio de esa discusión va a quedar fuera lo que después fue el control contencioso-administrativo de la Administración. Todavía en ese momento predominaba la concepción de que la infracción de las leyes era un ataque a la autoridad de las Cortes y a la soberanía de la Nación. La preocupación de las Cortes era la observancia de las leyes, que temían que podían ser pura y simplemente desconocidas si se entregaban sólo al control de los tribunales desperdigados por toda la geografía. La observancia de las leyes era una cuestión política, porque se entendía que sólo podía obedecer a una deliberada voluntad de ignorar la soberanía nacional; por eso las Cortes se reservan el control de las inobservancias de la Constitución entre las que estaban la falta de obediencia o aplicación de la ley ¹⁰⁴. La dimensión política de la inobservancia de la ley, su voluntario desconocimiento por autoridades, o señoríos suprimidos pero subsistentes en la práctica, oscurecía el problema en su dimensión jurídica, que hubiera permitido, en otras circunstancias, atribuir su control a los Tribunales o al propio Consejo de Estado. Pero la reserva de esos controles a las propias Cortes debió hacer muy difícil compartir esa función, que se veía como eminentemente política, con un Cuerpo como el Consejo de Estado.

Esa dificultad para ver en ese momento la dimensión estrictamente jurídica de las inobservancias de la ley ¹⁰⁵ hizo perder la oportunidad para hacer del Consejo de Estado, desde entonces, el órgano de revisión de la actuación de la Administración como

¹⁰³ En el artículo III del capítulo II del Reglamento del Consejo se va a reconocer la competencia del Consejo para proponer al Rey o a la Regencia «en ocasiones oportunas» los medios eficaces para aumentar la población, promover y fomentar la agricultura, la industria y el comercio, la instrucción pública y cuanto conduzca a la prosperidad nacional; «a cuyo fin cualquiera de los vocales tendrá facultad para excitar la atención del Consejo». Ésa había sido una de las propuestas de la exposición del propio Consejo que la Regencia había objetado por afectar a idénticas facultades que se reconocen a las Cortes en el artículo 131 de la Constitución misma.

Tal vez lo más relevante sea dejar la puerta abierta a que el Rey o la Regencia le puedan encomendar «la instrucción y consulta de aquellos expedientes gubernativos» que tengan a bien; pero esa posibilidad deja obviamente en manos del Ejecutivo la decisión de encomendarle o no esas funciones.

¹⁰⁴ Sobre el tema puede verse LORENTE SARIÑENA, Marta, *Las infracciones a la Constitución de 1812*, págs. 21 y *passim*.

¹⁰⁵ Vid. NIETO, Alejandro, *Los primeros pasos del Estado Constitucional*, Ariel, 1996, págs. 426 y ss., donde estudió la dificultad subsistente en momentos posteriores para distinguir lo gubernativo de lo contencioso.

más adelante acabó siendo, primero con jurisdicción retenida y luego con jurisdicción delegada.

Esa dificultad subsiste, incluso, en un contexto bien distinto como es el de la década ominosa (1823-1833), si bien con un alcance diferente. En efecto, es bien significativo que, bajo el régimen absolutista, el problema del ejercicio del poder Ejecutivo se plantea de forma semejante aunque no en relación con el legislativo (obviamente, dada la práctica inexistencia de este último), sino en relación con un problema organizativo: el de si puede confiarse el gobierno de modo concurrente a los Secretarios de Estado (con supresión del Consejo de Ministros como ocurrió por Real Orden de 8 de febrero de 1826) y a un Consejo de Estado que supervisa todos los asuntos y censura a los Ministros. Las quejas de éstos sobre la imposibilidad de gobernar sometidos a la censura y crítica fácil del Consejo era bien cierta¹⁰⁶ y obliga a Fernando VII a restablecer las cosas como estaban, poniendo en funcionamiento de nuevo al Consejo de Ministros. Éstos, los Ministros, o cuentan con la confianza del Rey o si no la tienen lo que procede es su cese, pero no interferir el despacho diario de los asuntos con la censura de un Consejo que debilitaba la autoridad de los Ministros; tal pareció ser la posición que finalmente prevaleció, y tal vez ello pone de manifiesto que el problema no tenía que ver con la concepción constitucional o absolutista del Estado, sino con un problema de organización del poder ejecutivo, que presenta análogos perfiles en ambas situaciones o concepciones.

En realidad, si la distinción entre control de legalidad, sometido a las reglas y métodos del Derecho, y lo que es un control político no se pudo hacer bajo el régimen constitucional, menos aún pudo hacerse en la década absolutista.

¹⁰⁶ Las distintas exposiciones a que dio lugar la supresión del Consejo de Ministros en 1826 y las exposiciones y cartas al Rey a que dio lugar la medida pueden verse en *Documentos del...*, cit., págs. 279 y ss. Es especialmente significativa la descripción que se hace de cómo ejerció el Consejo sus facultades de supervisión en 1826 en la pág. 297: «En consecuencia, pidieron (los miembros del Consejo de Estado durante los primeros meses de 1826), por no decir mandaron, que cada Ministro presentase una Memoria o relación historial de las Actas y providencias dadas en su tiempo, cuya lectura escucharon, no con aquella atención que requiere y supone el deseo de enterarse del estado de los negocios públicos, sino como quien presencia los descargos de un inferior a quien se quisiera encontrar culpable para condenarle, o por lo menos para humillarle.» Como se ve, la percepción desde la perspectiva de los secretarios del antiguo Consejo de Ministros no podía ser más depresiva para ellos.

2.4. *Recapitulación: responsabilidad política y control de las infracciones de la legalidad en Cádiz*

Lo cierto es que esa distinción sólo se hará mucho después. Desde luego en Cádiz no existe, y buena prueba de que esa distinción no era fácil consiste en que la inobservancia de las leyes por los Secretarios de Estado se considera en Cádiz que debe tramitarse por la vía de la responsabilidad de los Ministros ante las Cortes con formación de causa. Se piensa que si la ley no se aplica o no se cumple es una cuestión de delito o de mala fe. La confianza en la ley y en su claridad es tan absoluta que se cree que su inobservancia sólo tiene una lectura penal¹⁰⁷; ni siquiera se plantea la cuestión de que la ley puede ser oscura y presentar lagunas o simplemente dejar márgenes de discrecionalidad al Ejecutivo. El contencioso-administrativo sólo empieza a ser viable cuando se separa esa dimensión penal —que desde luego puede también existir— de la infracción de la ley; mientras tanto no cabe contencioso-administrativo, todo lo más, si se trata de derechos adquiridos, de acción civil de defensa de los mismos.

Esa independización de la infracción de la ley, respecto de la responsabilidad penal o política, se produce mucho después; y para hacerlo deberá superarse la visión gaditana que había reconducido la responsabilidad política a los Tribunales de Justicia, o para ser más exactos al Tribunal Supremo, con una previa intervención de las propias Cortes decidiendo si había lugar a la formación de causa con un marcado carácter penal de desobediencia o resistencia a la voluntad nacional expresada en la norma suprema. En definitiva, existía una valoración política previa, que posteriormente debía desembocar en un juicio propiamente dicho.

Tal sistema no podía conducir sino a la comprobación de que la mayor parte de las infracciones de ley, las que puede cometer a diario la maquinaria administrativa, no se debían a desprecio a la voluntad del legislador con connotaciones penales, sino a una incorrecta aplicación de la misma; a partir de tal comprobación el sistema de la responsabilidad política, reservado a las Cortes, se habría revelado insuficiente y se habría puesto de manifiesto la necesidad de configurar un órgano para enjuiciar en Derecho las infracciones o inobservancias de la Ley.

¹⁰⁷ *Vid.* LORENTE SARIÑENA, Marta, *Las infracciones a la Constitución de 1812*, CEC, 1988, págs. 57 y ss., donde analiza la evolución de la forma en que se reguló la responsabilidad de los empleados públicos por infracciones a la Constitución.

En Cádiz hemos visto que la cosa no estaba madura y se pensó que someter al Consejo de Estado el conocimiento de esos casos constituía una interferencia en la competencia de las Cortes para supervisar la observancia de la ley y de la Constitución.

Por otra parte, el discurso legitimador de la intervención del Consejo de Estado —la represión de la arbitrariedad y el despotismo ministerial— está constituido sobre patrones «ancien régime»¹⁰⁸. Está construido sobre la idea de reyes justos y benéficos, pero que pueden ser objeto de asechanzas y engaños de sus privados o validos. El Rey mismo queda fuera de la cuestión, pues no puede concebirse que pueda querer el mal de sus súbditos; son sus privados o validos quienes se aprovecharían de su bondad natural, abusando de los poderes de que disfrutaban. Ese patrón conceptual, que reaparece en Cádiz en algunos de los discursos de los diputados, hunde sus raíces en una concepción antiguo régimen de la cosa pública. En efecto, empieza por partir, en primer lugar, de la idea de un Rey absoluto que no puede ser sometido a crítica, en parte porque su legitimidad viene de Dios directamente; la forma de solventar esta dificultad conceptual es la distinguir entre el Rey y sus privados y validos. La crítica a éstos no es una crítica al Rey o a su autoridad divina, sino una crítica a sus Ministros que abusan de su confianza. Mediante esta finta conceptual se sorteaban las dificultades de enjuiciar las decisiones de un Monarca cuya legitimación es en buena parte de origen divino.

En segundo lugar, la crítica a los ministros y privados no deja de ser una crítica al proceso histórico de la modernidad con la aparición de una burocracia o una *noblesse de robe* en detrimento de los Estamentos¹⁰⁹. Éstos dejan de ser convocados en la Edad moderna, pero en su lugar aparecen como sustitutos los Consejos, que puestos en lugar de aquéllos le dan una cierta cobertura; pero tales Consejos empiezan a ser sustituidos en seguida por la burocracia y la nobleza de capa y espada. La pretensión de los

¹⁰⁸ Sobre el despotismo ministerial como objeto a superar incluso por los realistas puros, vid. SUÁREZ, Federico, *La Crisis política del Antiguo Régimen*, pág. 92. No deja de ser significativo que en el «Manifiesto de los Persas», recogido en *Derecho parlamentario español*, Madrid, 1885, pueden leerse protestas sobre el «despotismo ministerial» (apartados 103, 112 y 113), que parece un tópico que permite evitar cuestionar directamente al sistema absoluto.

¹⁰⁹ Vid. ROYO VILLANOVA, ANTONIO, *Elementos de Derecho Administrativo*, 11.ª, ed., Valladolid, 1929, quien señala, pág. 153, el desarrollo de los Consejos en momentos de centralización del poder sea con la Monarquía absoluta, sea con Napoleón. También MEYER, H., en *La Administración y la organización administrativa en Inglaterra, Francia, Alemania y Austria*, Madrid, La España Moderna, pág. 147, en la que atribuye a los Consejos de Estado que examina la facultad de preparar las leyes y las medidas administrativas más importantes y vincula su origen con los tiempos del Estado absoluto.

Consejos de sustituir o al menos de controlar al Ministerio, puede ser vista como una pretensión de sustitución de sistemas de gobierno más modernos, por sistemas de gobierno más ligados a conceptos estamentales como podían ser los Consejos ¹¹⁰.

Ahora bien, esta crítica a la argumentación sobre los abusos del despotismo ministerial y las ventajas del sistema de Consejos, crítica fundada en su sabor antiguo régimen, pudiera parecer inaceptable cuando se hace en relación con un Consejo de Estado que ya no tiene carácter estamental sino que en su designación intervienen las propias Cortes mediante la presentación de ternas: ahora ya no se trataría de defender la preeminencia de un Consejo de carácter estamental sobre las burocracias o los servidores directos de los Reyes, sino de defender la intervención de las Cortes, a través de un órgano en cuya composición tienen una importante participación, para controlar al Poder Ejecutivo. Por tanto, no sería justo tachar de estamental la justificación en Cádiz del papel de los Consejos o del Consejo de Estado en concreto como represor del despotismo ministerial. Ciertamente, al Consejo de Estado de Cádiz no se le puede tachar de estamental ¹¹¹, pero ocurre que al Ejecutivo de Cádiz tampoco le conviene la concepción de gobierno absoluto. Desde luego no le conviene a una Regencia que es electiva, pero ni siquiera a unos Secretarios de Estado que, para el supuesto de la vuelta del Rey y aunque sean designados por éste, *son ya responsables ante las propias Cortes*. La gran diferencia está pues en el sistema de responsabilidad

¹¹⁰ El propio Argüelles con ocasión de la discusión del reglamento de la Regencia en la sesión del 22 de diciembre de 1810, cuando todavía no ha empezado la discusión del texto constitucional ni sobre el Consejo de Estado, afirma: «Es notorio que a medida que los Reyes usurpaban la autoridad de las Cortes, procuraban cubrir la usurpación y satisfacer en parte a las continuas peticiones de aquéllas, consultando para sus decisiones a los Consejos. Cuanto más decaía la autoridad de aquella irregular representación más aumentaba la del Consejo Real.»

La posición de defensa del Consejo de Estado que hemos visto que sostiene durante los debates de la Constitución no es incongruente con esta creencia, puesto que se trata de un Consejo con un sentido muy diferente, que, para empezar, existe en el contexto de unas Cortes que tienen la plenitud del poder legislativo e incluso la facultad de proponer al Rey los nombres de los Consejeros de Estado.

¹¹¹ Aunque debe recordarse que había un pequeño cupo de nobles y de clero, pero su significado no resulta claro en las discusiones del Consejo. Para unos era introducir una idea estamental en una Constitución que había excluido toda idea de Estamentos y de ahí su conexión con el Senado o Cámara de la aristocracia; *vid.* a ese respecto la intervención del Diputado Gordillo en la sesión de 30 de octubre de 1811, Diario, pág. 2178. Para otros el número que se establecía era limitativo («y no más») y demandaban una ampliación (Diputado Sr. Castillo y Obispo de Calahorra, Diario de Sesiones, págs. 2176 y 2177). Finalmente, para otros ese carácter limitativo lo que trataba era de impedir que se convirtiese en una Cámara aristocrática y no en garantizar la presencia de la nobleza y del clero; a ese respecto, *vid.* la intervención de Argüelles en la sesión del 31 de octubre de 1811, Diario de Sesiones, pág. 2183. Probablemente esta última fuese la pretensión de ese «y no más» que no gustaba a los representantes más conservadores.

ministerial ante las Cortes y lo que no supieron, o probablemente no podían ver todavía las Cortes gaditanas, es que la responsabilidad política no podía agotarse en un proceso político resuelto por el Tribunal Supremo previo acuerdo de las Cortes para la formación de causa de fuerte sabor penal. La percepción de que era posible un control jurídico que no supusiera menoscabo de la autoridad del Ejecutivo, ni su penalización, faltaba todavía en Cádiz, en donde toda infracción de Constitución o ley daba lugar a responsabilidad ministerial¹¹². Ello hizo imposible en ese momento un sistema claro de control jurídico de la Administración y frustró las posibilidades de que el Consejo de Estado llenase esa función.

El Consejo de Estado se forma en Cádiz sobre la idea de un mecanismo de control sobre el Ejecutivo al obligarle a consultar a un Consejo en cuya designación intervienen las propias Cortes. Ese Consejo tenía precedentes en el antiguo Régimen, pero su sentido cambia cuando su origen se relaciona con las Cortes Generales. Cambia más todavía cuando el propio Ejecutivo es electivo, siquiera sea provisionalmente, al ser las Cortes quienes nombran la Regencia, pues a partir de ese momento la supervisión de la actuación del ejecutivo empieza a no tener los mismos fundamentos que existen en relación con el Rey como titular del poder ejecutivo. Si además resulta que los secretarios o Ministros son responsables ante las Cortes continúa sin verse nada claro el papel del Consejo de Estado como límite al Ejecutivo. Resulta sintomático a ese respecto que antes, incluso, de la discusión del Reglamento del Consejo de Estado, en la primavera de 1812, se suscite, en enero del mismo año, la cuestión de su relación con la Junta de Secretarios de Estado o Consejos de Ministros. En efecto, con ocasión del debate sobre el nuevo reglamento de la Regencia o poder ejecutivo, una de las cuestiones más debatidas fue la relativa a si debía de reconocerse la existencia de reuniones periódicas de los Secretarios de Estado. Todos los intervinientes estaban de acuerdo en que tales reuniones eran un hecho y además inevitables, pero existía un recelo a que tales reuniones

¹¹² Con claridad lo expresa Pérez de Castro que era uno de los miembros de la Comisión de Constitución que preparó el proyecto de la misma en la sesión del 4 de enero de 1812 sobre el proyecto de reglamento del poder ejecutivo cuando distingue (Diario sesiones, pág. 2458) tres clases de responsabilidad: Con el Rey o Regencia; con la opinión pública y con las Cortes «cuando comete delito de traición, malversación... o falta a las leyes constitucionales o comunes. Entonces su delito le pone por debajo de la ley y ésta es, por decirlo así, su acusador y su juez». Más adelante excluye que se les pueda hacer responsables por el poco tino en la forma de llevar los asuntos pues eso tiene que ver con su responsabilidad con la opinión pública: «Sólo la falta contra la ley, no el tino o las opiniones en materias de gobierno, puede sujetar a responsabilidad.»

fueran en detrimento de las facultades del Consejo de Estado. En realidad se pensaba en los Secretarios de Estado como meros ejecutores; de altísimo nivel pero puros ejecutores. En esa perspectiva se temía que la reunión de todos los Secretarios, con carácter periódico y fijo, fuera más allá de la pura ejecución de lo mandado por la Regencia, para transformarse en el auténtico gobierno del país.

Los debates de la época dejan percibir la convicción de algunos de los personajes más relevantes acerca de que las reuniones de los Secretarios de Estado eran convenientes para la gobernación del Reino y que ciertamente había un conflicto con un órgano como el Consejo de Estado que no estaba directamente involucrado en la ejecución. Se trata entonces de distinguir entre ejecución y determinación de las líneas sustanciales de la acción política; éstas pertenecen a la Regencia, pero asesorada consultivamente por el Consejo de Estado. Se percibe sin embargo que la Regencia —que nombra a los Ministros, que a su vez responden ante las Cortes— está más próxima a éstos que a un Consejo de personalidades inamovibles y propuestas por las propias Cortes; se percibe en definitiva una cierta disfunción tanto por razones de confianza como por razones de competencia: la Regencia y sus Ministros son responsables ante las Cortes en tanto que el Consejo, por su carácter colegiado y consultivo, no tiene esa responsabilidad directa e inmediata.

En esas condiciones no resulta extraño que el papel del Consejo, al menos en funciones relacionadas con el Ejecutivo, no acabase de estar bien definido y que fuese cambiando al hilo de la propia experiencia gaditana y del modo de funcionar de la Regencia, de la forma de reunirse los Secretarios de Estado y del sistema de exigencia de responsabilidad.

IV. CÁDIZ Y BAYONA: DOS CONCEPCIONES DIFERENTES DEL CONSEJO DE ESTADO

La influencia de la experiencia francesa en nuestras instituciones es un hecho conocido, como también lo es la paradoja de que resistiendo al invasor en el terreno de las armas, sin embargo, en el terreno de los modelos políticos las nuevas ideas revolucionarias triunfan en nuestro país¹¹³. Tal vez de ahí se sigue la

¹¹³ En realidad no se trata de una paradoja si se piensa que las ideas revolucionarias son el signo de su tiempo y tarde o temprano debían extenderse por todo el mundo; más que paradoja lo que se señala es la dificultad de hacer aceptar por los constituyentes gaditanos las

afirmación de que nuestro Consejo de Estado es una copia del de la Constitución de Bayona o del modelo francés¹¹⁴ formulada por una parte de la doctrina¹¹⁵. De la exposición que precede puede deducirse que nada más lejos de la realidad en lo que al Consejo de Estado se refiere. El examen de ambos modelos y de sus razones nos ha permitido comprobar, por encima de las apariencias, que en realidad ni siquiera existen; que sus funciones son casi diametralmente opuestas. El Consejo de Bayona se inspira en su homónimo francés a pesar de que busque una cierta diferencia que le legitime de su falta de raíces. Fiel a esa influencia de SIEYÈS de lo que se trata es de garantizar el control, por parte del Emperador o del Rey —al igual que en su modelo napoleónico— de la potestad legislativa, por otra parte muy deprimida en la Constitución de Bayona por la existencia de unas Cortes estamentales, cuya superación había constituido en Francia el primer acto del enfrentamiento de los Estados Generales con el Rey, que abrió paso a la revolución con la constitución del Tercer Estado en Asamblea nacional. Tal vez por la consciencia de su falta de legitimidad o porque el momento era el de la moderación doctrinaria que se anunciaba ya, Napoleón no se atrevió a llevar a la Constitución española una novedad tan importante o tal vez aprovechó esa circunstancia para mantener la estructura tradicional de unas Cortes, que apenas se reunían y se caracterizaron en los últimos tiempos por una sumisión grande al poder real. Sea como fuere ni siquiera en esas circunstancias se les reconoce francamente la potestad legislativa plena pues sólo se dice, en los artículos 82 y 83 de la Constitución de Bayona, que las Cortes aprueban los proyectos de ley de determinadas materias que le presentan las secciones del Consejo de Estado; no aparece así

ideas revolucionarias en el terreno del debate constituyente, propiciado precisamente por un levantamiento contra el invasor. La astucia de aquellos diputados liberales consistió en presentar todas las reformas como una continuidad de nuestro modelo histórico propio, que supuestamente había sido olvidado o infringido en los últimos tiempos.

¹¹⁴ Por todos puede verse tal afirmación, de la que aquí se discrepa abiertamente, en la clásica obra de CORDERO TORRES, José M.ª, *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectiva en España*, IEP, 1944, en cuya pág. 81 califica el Consejo doceañista como una réplica del napoleónico, como la Constitución de Cádiz lo fue de la de Bayona. En el mismo sentido de destacar la similitud se mueve JORDANA DE POZAS, Luis, en «Le Conseil d'État Espagnol et les influences françaises à cours de son évolution», en *Le Conseil d'État*, Livre Jubilaire, Sirey, 1949, pág. 527, donde afirma que la influencia francesa fue absoluta en el Consejo de Estado de Bayona y muy grande en el de Cádiz; pese a ello JORDANA señala más adelante algunas diferencias motivadas a su juicio por el deseo de ocultar el origen francés de la influencia, pág. 528, si bien las que cita no son las más importantes.

¹¹⁵ En el mismo sentido del paralelismo supuesto entre ambas Constituciones, puede verse SUÁREZ, Federico, *La Crisis política del Antiguo Régimen*, págs. 56 y ss.

reconocida la iniciativa legislativa de las Cortes estamentales de Bayona.

Por otra parte, el reconocimiento de la competencia del Consejo de Estado para extender los «reglamentos generales de administración pública», supone el establecimiento de una reserva de reglamento, que limita la competencia residual que parece que deberían tener las Cortes.

Todo ello implica que no pueda verse, así, al Consejo de Estado de Bayona, sino como un medio de atribuir la potestad legislativa, al menos en su iniciativa, al Rey, quien sin embargo aparenta ser moderado por un Consejo de Estado de su elección e influencia. Como un medio de reservar también al Ejecutivo la potestad reglamentaria en el difuso ámbito de la «administración pública».

La posición y sentido del Consejo de Estado en Cádiz es completamente diferente. No estamos aquí ante unas Cortes paralizadas hasta que escuchan a los oradores del Consejo de Estado como en Bayona (art. 82 de esta última Constitución), sino ante unas Cortes a la que se les empieza por reconocer la potestad de «proponer y decretar las leyes» amén de muchas otras competencias (art. 131), aunque se le reconozca simultáneamente al Rey la potestad de sancionar las leyes; potestad que sin embargo no puede implicar el veto real por más de dos veces, pues a la tercera la sanción es obligada. En ese contexto la iniciativa legislativa la tienen las Cortes y, aunque se le reconoce también al Rey, es aquí donde se le traba al tener que someterse a un Consejo que le es propuesto por temas por las propias Cortes. No es así el Consejo de Estado de Cádiz un instrumento de moderación y limitación de las Cortes, como en Bayona, sino un instrumento de limitación o moderación del Rey, lo que cambia radicalmente su sentido.

La Constitución de Cádiz es democrática y liberal; la de Bayona es todavía estamental e indirectamente doctrinaria. La primera se inspira más en las dos primeras Constituciones francesas, y se aparta de la del año III y del año VIII en la misma medida en que estas últimas lo hacen de las primeras.

En ese contexto la comparación de instituciones por sus nombres o por un cierto parecido en sus funciones no puede ocultar las abismales diferencias de concepción política a que responden. A lo largo de este trabajo se han señalado las mismas sin que sea necesario insistir más en ello. Sí debe, sin embargo, hacerse alguna reflexión adicional sobre su destino respectivo. El Consejo de Estado en la Constitución de Cádiz responde a ideas democráticas y de control del poder real tanto en lo que hace a

su participación en la potestad legislativa como en el ejercicio de la ejecutiva, pero no deja de ser a estos efectos una Institución sobreabundante, reiterativa ¹¹⁶ y, por lo mismo, en su exceso lleva la semilla de su impotencia y de la necesidad de su transformación en lo que luego fue posteriormente. La desconfianza de los liberales hacia la persona de Fernando VII y de sus partidarios realistas llevó a rodear al Rey y al Ejecutivo de una serie de trabas que hacían muy difícil el gobierno de la Nación y transformaba el sistema en un régimen de Asamblea. En esas condiciones no les basta a los constituyentes asegurarse el control del Ejecutivo a través de la responsabilidad ministerial; piensan en un Consejo que, al lado del Rey, suponga un límite a las decisiones que éste o la Regencia puedan tomar con sus Ministros y aun se ponen trabas y reticencias a la reunión habitual de una junta de Ministros.

En esas condiciones el Consejo de Estado, con esas limitaciones sobre el Ejecutivo, tiene sus días contados desde la perspectiva de un Ejecutivo democrático; pues se había de acabar viendo, necesariamente, como una traba o intromisión del legislativo en sus tareas de control del Ejecutivo; intromisión innecesaria cuando ya se vislumbran otros instrumentos políticos de control sobre el Ejecutivo. Pero también tiene los días contados desde la perspectiva de un Ejecutivo absolutista, pues desde luego éste no iba a tolerar que el Parlamento le nombre los Consejeros y si se decide a establecer un Consejo, como hizo Fernando VII a partir de 1826, aunque fuera sólo por pocos meses, no deja de ser nombrado por el propio Rey y si sus Consejeros son inamovibles, se transformarían en irresponsables y si son amovibles equivaldría a un Consejo de Ministros. En cualquier supuesto, la Institución tal como se configura en Cádiz estaba llamada a agotarse en sus propias contradicciones tanto en momentos liberales como en conservadores y desde luego en absolutistas; en definitiva, a tener poca influencia, como tal modelo gaditano, a lo largo de nuestra historia constitucional del XIX como así en efecto ocurrió, aunque su poder simbólico y evocador se prolongue hasta nuestros días.

Esa perspectiva de limitación política desde las Cortes sobre el Ejecutivo va a hacer imposible que el Consejo de Estado asuma una de las funciones que le caracterizan en Francia y que acabaría llegando a nuestro país en 1845: el control jurídico o

¹¹⁶ Reiterativa de un poder de control del Ejecutivo y de exigencias de responsabilidades políticas de éste por las Cortes que había de constituir la salida al control político del Gobierno. Lo que faltaba eran controles jurídicos y lo que sobraban eran controles políticos.

contencioso de la Administración. En efecto, éste sólo se hace posible desde la perspectiva de un Ejecutivo que confía en que el control jurídico será sólo jurídico, porque los miembros del Consejo de Estado que tienen que realizarlo no han sido colocados por otro poder para supervisar y controlar la acción del Ejecutivo, idea a la que podía responder el Consejo de Cádiz. El control que realiza el Consejo francés o el que había de realizar el de Bayona no se hace como mandatario escondido de otro poder —el legislativo o Asamblea— sino como encargo que recibe del propio Ejecutivo que le nombra; lo que posibilita que éste confíe en que su supervisión de la marcha de los asuntos administrativos, a través de la resolución de reclamaciones, la hace desde la perspectiva de ayudar a conocer la buena marcha de la Administración y no de interferir, aunque sea eventual y potencialmente por encargo de otro poder, en el Poder Ejecutivo.

El modelo político democrático de las Cortes de Cádiz, explicable en el contexto histórico en que se produjo y en las posiciones de los diputados realistas, hacía imposible superponer en las funciones del Consejo de Estado la función revisora de la actuación administrativa sobre la de control de la participación del Rey en la potestad legislativa y sobre la de control del Poder Ejecutivo o de represión «del despotismo ministerial». El modelo de predominio del Legislativo en Cádiz limita las posibilidades de desarrollo del Consejo en la vía que luego le fue propia del contencioso-administrativo. Justamente lo contrario de lo que sucedió con el Consejo de Estado francés, que siendo un mecanismo de limitación del Poder legislativo, desplegó de modo natural, y sin desconfianzas del Ejecutivo, el control de la acción de la Administración y continuó haciéndolo pese a su evolución y a la progresiva autonomía de la Asamblea en la iniciativa de las leyes y en el ejercicio de la potestad legislativa.

Paradójicamente, el Consejo de Estado de corte francés acabaría siendo, además, en esta perspectiva del equilibrio y relación de los poderes, un cierto límite a la facultad de iniciativa legislativa del Gobierno al tener que contar con el Consejo de Estado, pues la obligación de redactar los proyectos de ley subsistió cuando la Asamblea legislativa francesa recuperó la plenitud de sus facultades legislativas que le habían sido negadas en la Constitución del año VIII. Era el Ejecutivo quien en cambio seguía estando obligado a esperar la redacción de los proyectos de ley hechos no por él mismo sino por el Consejo de Estado. También acabó siendo un límite en la perspectiva del ejercicio de la potestad reglamentaria cuando se asumió la lógica de la existencia de ésta en manos del Ejecutivo. Pero ello no fue el

resultado de una imposición, sino el resultado de una evolución que empezó —como se ha visto al examinar sus orígenes ideológicos— queriendo limitar al legislativo y acabó siendo un instrumento de moderación del Ejecutivo.

Cádiz de alguna forma supone volver a recorrer desde sus primeros pasos el proceso revolucionario del vecino país, aunque sin sus peores excesos. Cuando tales excesos de la Revolución francesa habían llevado a la reacción termidoriana en lo político y a la reacción doctrinaria en lo ideológico, que señorearían casi todo el siglo XIX, los constituyentes gaditanos precisan hacer la revolución que supone recuperar la soberanía para la Nación. En ese sentido no aprende de la evolución de la propia Revolución —ni podía ni debía hacerlo— y prescinde de la preocupación doctrinaria, que se mantiene durante todo el siglo pasado, y que en ese momento de principios del XIX consistía ya en cómo limitar los excesos de las asambleas. Pero cuando esa preocupación ya está instalada en el vecino país la preocupación lógica de nuestros liberales era todavía acabar con el absolutismo y para ello no les parecen suficientes las Cortes representativas, sino además otros instrumentos, como el Consejo, que reiteran límites sin duda innecesarios de control político del Gobierno y descuidan los controles jurídicos. En Cádiz sólo queda el de la responsabilidad ministerial mediante la formación de causa, lo que dramatiza tanto el control que lo hace inadecuado para corregir las infracciones diarias del ordenamiento.

El Consejo de Cádiz es, no obstante, ejemplar en cuanto muestra de una posición democrática, poder del pueblo, llevado hasta las últimas consecuencias por unos diputados que tenían que inventar una Constitución diciendo que no era lo que parecía, sino que se basaba en nuestras antiguas instituciones; pero a la vez haciendo que lo que decían que eran —las antiguas instituciones— funcionasen para hacer cierta la primigenia declaración de que la soberanía residía esencialmente en la Nación¹¹⁷. Al

¹¹⁷ Sobre esa interpretación histórica de las antiguas Cortes, que se hace en Cádiz como cobertura de la ruptura que en realidad supone, puede verse PÉREZ PRENDES, José Manuel, «Cortes de Castilla y León en Cádiz», *Revista de Estudios Políticos*, 126, págs. 321 y ss. En general, sobre el sentido propio de las Cortes medievales puede verse MARAVALL, José Antonio, «La corriente democrática medieval en España y la fórmula *quod omnes tangit*», recogido en *Estudios de Historia del pensamiento español*, ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1983, págs. 163 y ss., así como VALDEÓN BARUQUE, Julio, «Las Cortes castellanas en el siglo XIV», en el *Anuario de Estudios Medievales* 7 (1970-1971), en que tacha de ingenua visión liberal la de MARTÍNEZ MARINA sobre estas Cortes como auténtica asamblea representativa. No parece que sea el de ingenua el calificativo más adecuado en unos liberales que buscaban desesperadamente el cambio por razones ideológicas y del tiempo en que vivían y que no podían provocar más disensiones empeñados simultáneamente en una guerra con el invasor, cuyas ideas e influencia no podían confesar.

servicio de esa declaración se montan toda una serie de instituciones que la llevan hasta sus últimas consecuencias.

Si el Consejo de Estado de Cádiz estaba destinado a no ser operativo, es sin embargo probable que la importante dimensión política que tenía le dotara de un prestigio que se proyectó a lo largo del siglo XIX a partir del momento en que se creó en 1845 —con el nombre de Consejo Real— con un sentido semejante al francés. Su prestigio, el haber sido una Institución acuñada y también recibida —dados sus antecedentes— en la Constitución de Cádiz, sin duda acompañó y despojó, en su evolución posterior, de cualquier rasgo antiguo régimen a un Consejo que respondía ya a otros fundamentos.

