

FUENTES DEL CONSTITUCIONALISMO GADITANO. CON ESPECIAL REFERENCIA A SU INCIDENCIA EN LOS MECANISMOS DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Gerardo ETO CRUZ*

SUMARIO: I. *Los modelos constitucionales americano, inglés y francés en las Cortes de Cádiz.* II. *La influencia de la Constitución francesa de 1791 y el carácter normativo de la Constitución.* III. *Las infracciones a la Constitución como mecanismo de defensa de la Constitución.*

No cabe duda que los Estados contemporáneos vienen celebrando, en los últimos tiempos, diversos cumpleaños constitucionales. Este hermoso país, lindo y querido como es México, por ejemplo, cumplió hace un bienio el bicentenario de la independencia y el centenario de la Revolución. Hoy gran parte de nuestra Indoiberoamérica, o nuestra América morena, viene impulsando eventos tan magníficos como el organizado hoy por México en torno al bicentenario de Cádiz. Son doscientos años motivos suficientemente cronológicos para reflexionar, no a partir de un presentismo actual, como alerta el historiador Joaquín Varela Suanzes, presentismo entendido como enfocar el constitucionalismo del pasado pero no para comprenderlo y explicarlo sino para justificar las propias elaboraciones contemporáneas. De ahí que el presentismo ha sido causa de muchos anacronismos, extrapolaciones y prolepsis o anticipaciones al examinar las doctrinas y conceptos del pasado. Pero igualmente, esta situación no debe llevarnos al otro extremo, como echar por la borda el constitucionalismo histórico de lo que ocurrió y suprimir el presentismo por el adanismo, que convierte al historiador del constitucionalismo, decía Joaquín Varela, en el Sísifo intelectual “obligado a cargar y descargar sus conclusiones una y otra vez, sin incorporarlas a su propio acervo terminológico”. Un sincretismo armónico entre entender el pasado a partir

* Doctor en Derecho Público por la Universidad Santiago de Compostela; magistrado del Tribunal Constitucional, y director general del Centro de Estudios Constitucionales.

del presente y viceversa es el derrotero de entender el bicentenario de Cádiz a la luz del mundo contemporáneo.

En realidad, si de fuentes doctrinales y referentes de derecho comparado que influyeron o tomaron en cuenta los diputados e Cádiz, bien puede quintaesenciarse tres grandes modelos o sistemas constitucionales: Inglaterra, Francia y los Estados Unidos de Norteamérica. Las dos primeras cuna y cobija de dos viejas monarquías europeas; la tercera expresaba la ruptura de la vieja colonia inglesa y la afirmación de una República.

I. LOS MODELOS CONSTITUCIONALES AMERICANO, INGLÉS Y FRANCÉS EN LAS CORTES DE CÁDIZ

Para 1810 a 1812, periodo en que se gestó y expidió la Constitución gaditana, los únicos países que habían llevado a cabo un cambio radical de su esquema constitucional, en los términos planteados por el racionalismo de la época, habían sido Gran Bretaña, Estados Unidos y Francia. En el caso de Gran Bretaña podría afirmarse que su nuevo esquema constitucional no era producto de la concepción racionalista, sino de la evolución de su peculiar sistema mixto de gobierno; lo cierto es que Inglaterra, en virtud a sus propias prácticas institucionales, había llegado a formar, a inicios del siglo XIX, un embrionario sistema parlamentario de gobierno, donde el poder del rey se encontraba seriamente limitado, dando lugar a un gobierno de gabinete que dependía de la confianza del Parlamento.

Los nuevos modelos y paradigmas constitucionales de entonces, surgidos a la sazón de las grandes revoluciones de finales del siglo XVIII y con elementos comunes derivados de las tesis contractualistas y racionalistas de la Ilustración, no habían sido conocidos, con el mismo detalle y amplitud en la Península ibérica, entre los diputados presentes en las Cortes de Cádiz. En el caso del modelo estadounidense, ni siquiera los diputados americanos en Cádiz manifestaron un gran entusiasmo en su difusión,¹ ni existieron vasos comunicantes de otro tipo entre los forjadores de dicha Constitución y los representantes españoles en Cádiz. Por lo demás, no sólo la distancia geográfica, sino el federalismo² y su tendencia democrática y republicana

¹ Blanco Valdés, Roberto L., “El problema americano en las primeras Cortes liberales Españolas: 1810-1814”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, UNAM, núm. 16, 1995.

² Como señalaría ilustrativamente el Conde de Toreno: “la Constitución en ciernes intenta por todos los medios excluir el federalismo, puesto que no hemos tratado de formar sino una Nación sola y única. Lo dilatado de la Nación la impele baxo un sistema liberal al federalismo; y si no lo evitamos se vendría a formar, sobre todo con las provincias de Ultra-

hacían a esta Constitución un modelo “extraño” para los diputados gaditanos, formados en un sistema estatal unitario y con la perspectiva de mantener la institución monárquica, a pesar de su desprestigio.

En el caso de Gran Bretaña, si bien hubo conocimiento de sus cambios constitucionales y una importante recepción de tratadistas ingleses como Locke y Blackstone,³ además de contactos personales entre diputados representativos de Cádiz, como Jovellanos y Blanco White, y juristas ingleses como Lord Holland, el sistema constitucional inglés fue recepcionado de modo incompleto y acaso desfigurado.⁴ En efecto, las noticias que se tenían de él, sobre todo a partir de los libros de Montesquieu, destacaban aún un sistema de gobierno con una fuerte preeminencia real; no se tenía idea pues del verdadero funcionamiento del gobierno, que había devenido, en las primeras décadas del siglo XIX, en un régimen de gabinete, sometido al Parlamento antes que al rey.

En cuanto al modelo constitucional francés, en su versión de la Constitución de 1791, éste fue ampliamente difundido en España, no obstante las fuertes restricciones que impuso el rey Carlos IV al ingreso de la doctrina racionalista y también de las acusaciones de “afrancesados” a quienes postulaban ideas similares a las recogidas en la Constitución de Bayona de 1808.⁵ De la mano de autores como Montesquieu, Rousseau y, especialmente, Sieyès, el naciente liberalismo español⁶ conoció no sólo las bases teóricas y filosóficas de los diputados de la Asamblea Nacional de 1789, sino el modelo práctico de organización plasmada en la Carta francesa de 1791.

Al margen de la discusión respecto al uso de la historia medieval en las Cortes de Cádiz, si es que acaso se utilizó como genuina reivindicación de

mar, una federación como la de los Estados Unidos, que insensiblemente pasaría a imitar la más independiente de los antiguos cantones suizos, y acabaría por constituir estados separados”. *Diarios de las Discusiones y Actas de las Cortes (DDAC)*, t. 11, p. 212.

³ Específicamente los libros que alcanzaron gran difusión en España fueron Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*; Blackstone, William, *Comentarios a la Constitución inglesa*; Lolme, J. L. de, *Constitución de Inglaterra, o descripción del gobierno inglés comparado con el democrático y con las otras monarquías de Europa*.

⁴ Varela Suanzes, Joaquín, “El debate sobre el sistema británico de gobierno en España durante el primer tercio del siglo XIX”, en Alvarado, Javier (coord.), *Poder, economía y clientelismo*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 97-124.

⁵ Sobre el rechazo de la población a los “afrancesados” y el ensalzamiento de la Constitución de Cádiz como opción patriótica frente a la Constitución de Bayona, véase Friera Álvarez, Marta y Fernández Sarasola, Ignacio, “Contexto histórico de la Constitución española de 1812”, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, en <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/1812/contexto.shtml>.

⁶ Martínez Sospedra, Manuel, *La Constitución de 1812 y el primer liberalismo español*, Valencia, Cátedra Furrió Ceriol, 1978, pp. 33 y ss., y 365 y ss.

la historia de España y sus monarquías moderadas (Castilla y Aragón)⁷ o su manipulación fue sólo para maquillar el verdadero origen francés de las ideas del liberalismo español;⁸ no cabe duda, como ha registrado la amplia historiografía sobre el constitucionalismo gaditano, que la influencia de la Constitución francesa de 1791 sobre la Constitución de la Pepa es más que evidente. Como ha resaltado Joaquín Varela, dicha influencia se debió no sólo al amplio conocimiento de la literatura francesa de la época, sino a la similitud de sus sistemas administrativos, los cuales habían propendido a la unificación territorial y administrativa, desde la asunción de los Borbones en la Casa Real española, y sobre todo a la común reticencia contra el poder que habían acumulado los reyes, tanto en España como en Francia, lo que hacía más atractivo el sistema constitucional francés, que había colocado a la Asamblea Nacional como el verdadero representante de la soberanía nacional, situación que encajaba perfectamente con el respaldo popular que las Cortes de Cádiz habían logrado en los años revolucionarios y patrióticos que sucedieron a la invasión napoleónica de España.⁹

II. LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN FRANCESA DE 1791 Y EL CARÁCTER NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN

Los grandes principios que caracterizaron la obra jurídico-constitucional de los franceses, es decir, la separación de poderes y la supremacía del poder legislador, fueron adoptados también por el constitucionalismo doceañista. Las Cortes se prefiguraron como el poder más importante; están compuestas de una sola Cámara y no podían ser disueltas por el rey. El monarca también gobierna junto con los secretarios de Estado, a quienes elige y remueve libremente. Éstos refrendan sus actos y son responsables por ellos, aunque sólo penalmente, pues no existe ningún mecanismo de responsabilidad política. Los cargos de ministro y de parlamentario son in-

⁷ El estudio de la historia española como fuente constitucional para Cádiz estuvo presente, centralmente, en los trabajos de Martínez Marina, Francisco, *Carta sobre la antigua costumbre de convocar las Cortes de Castilla para resolver los negocios graves del Reino*, Londres, Imprenta de Cox, Hijo y Baylis, 1810; *Teoría de las Cortes y principios naturales de la moral, de la política y de la legislación*.

⁸ Es paradigmático a este respecto el famoso *Discurso preliminar* de Agustín de Argüelles. Véase Fernández Segado, Francisco, *Las Constituciones históricas españolas. Un análisis histórico-jurídico*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1992, pp. 70-74.

⁹ Varela Suanzes, Joaquín, “Los modelos constitucionales en las Cortes de Cádiz”, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, en http://www.cervantesvirtual.com/s3/BVMC_OBRAS/006/2b6/f88/2b2/11d/fac/c70/021/85c/e60/64/mimes/0062b6f8-82b2-11df-acc7-002185ce6064_6.html#I_3_.

compatibles.¹⁰ El rey carece de iniciativa legislativa y también adolece del veto sobre las leyes.

Además, también se adoptó en España el carácter ideológico que representaba la Constitución en Francia; la simbología de ésta como representativa de la soberanía que ahora residía en la nación; su valor como instrumento para construir un nuevo régimen y promover la transformación de la sociedad; su valor para desterrar los fundamentos económicos y jurídicos en que se sustentaba la vieja sociedad estamental, y, de manera trascendental, su simbología como factor de unidad nacional entre los españoles que enfrentaban una guerra contra el vecino imperialista.

En cuanto al carácter de la Constitución de Cádiz, como norma jurídica o documento meramente político, la propia configuración y diseño de la Constitución trae respuestas ambiguas. En este punto, es clara también la influencia del primer constitucionalismo galo, en el cual primaba el dogma de la soberanía parlamentaria. La ley, como expresión de la voluntad popular, a la manera roussoniana, si bien no era reconocida como formalmente superior a la Constitución, sí se creía que no podía atentar contra los derechos individuales contenidos en la carta magna. En sentido contrario, la ley iba a encargarse de desarrollar positivamente esos derechos; en los términos de Rousseau, la ley era sinónimo de libertad, pues suponía la representación de lo que los ciudadanos querían para sí mismos (ideal del “autogobierno”), y éstos jamás iban a dictar una norma que restringiera irrazonablemente su libertad.

Dicho dogma de la racionalidad de la ley y de la soberanía del órgano encargado de dictar las leyes, sin embargo, no fue acriticamente aceptado, ni siquiera en la misma Francia. Un líder revolucionario tan prominente como el abate de Frejus, Emmanuel Sieyès, diría que las leyes constitucionales son fundamentales, pues los cuerpos constituidos no pueden existir sino a través de ellas y no pueden cambiarlas ni modificarlas en lo más mínimo, con lo que no sólo arriba Sieyès a la consideración de un Poder Constituyente como poder soberano, sino a la superioridad de la Constitución sobre las otras normas que dicten los poderes constituidos. La supremacía constitucional se conjugaba, por lo demás, con el carácter normativo de la Constitución, dado que, como afirmaba Sieyès, sin dicho carácter normativo,

¹⁰ Es preciso recordar aquí que la posibilidad de que en Inglaterra un parlamentario sea a la vez miembro del gobierno, como secretario de Estado o ministro, fue lo que puso a los liberales españoles en Cádiz en contra del modelo constitucional de Gran Bretaña, al que acusaron por ello de corrupto, con una fuerte concentración del poder real. Esta acusación, sin embargo, no era más que una imagen errada del sistema inglés, pues los ministros dependían más del Parlamento que del rey.

de obligatorio cumplimiento, la Constitución dejaba de ser suprema: “una Constitución es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada”, afirmaría contundentemente el abate de Frejus.¹¹

La importancia que tiene para Sieyès la primacía de la Constitución sobre otras leyes, tiene, además, como ha explicado Fernández Segado, una explicación histórica.¹² Consciente de los excesos a los que había conducido el Régimen del Terror impuesto por Robespierre con su democracia asamblearia o roussoniana, el abate se alzó contra la pretensión de considerar al Poder Legislativo como omnipotente y a la Constitución como una norma jurídica cualquiera que podía ser modificada indiscriminadamente, como lo había hecho el Comité de Salvación Pública. Ante esta realidad, Sieyès que había sido el campeón de los revolucionarios al declarar al Tercer Estado como soberano o como la nación misma, tomaba en esta concreta situación histórica una actitud que ha sido calificada como conservadora.¹³

Acuciado por la pregunta de si la Constitución es un código de leyes obligatorias, dónde debía hallarse a su custodio, es decir, a la magistratura de este código, Sieyès lanzaría en la sesión del 2 del Thermidor su propuesta de un *Jury Constitutionnaire*. Puesto que toda ley tiene la posibilidad de ser infringida, resultaba imperioso para el abate de Frejus diseñar un órgano ante quien puedan dirigirse las reclamaciones por la violación de los preceptos constitucionales. Este órgano lo encuentra Sieyès en un Tribunal Constitucional que, a propuesta suya, estaría conformado por 108 miembros, elegidos un tercio entre los representantes de la Convención, un tercio entre los representantes de la Asamblea Legislativa y un tercio entre los representantes de la Asamblea Nacional.¹⁴ Este Tribunal, de acuerdo a la conformación diseñada por el abate, ha sido considerado como un órgano dependiente del Poder Legislativo y, por tanto, un órgano de naturaleza política. Sin embargo, Edgar Carpio en una lectura que él mismo considera

¹¹ Sieyès, Enmanuel, “Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y la organización de la Jury Constitutionnaire propuesta el 2 del termidor”, *Escritos políticos de Sieyès*, introducción, estudio preliminar y compilación de David Pantoja Morán, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 258.

¹² Fernández Segado, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, año IV, núm. 4, 1997, p. 186.

¹³ Carpio Marcos, Edgar, “Un antecedente del Tribunal Constitucional: el Jury Constitutionnaire (una lectura heterodoxa de Sieyès)”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, octubre de 1999, p. 596. Véase también, al respecto, Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, prólogo a la nueva edición de Miguel Artola, prólogo de José Antonio Portero Molina, Madrid, Alianza Editorial, 2006, pp. 333 y ss.

¹⁴ Sieyès, Enmanuel, *op. cit.*, p. 270.

heterodoxa ha sostenido la naturaleza jurisdiccional de este órgano. Basa su hipótesis en cuatro consideraciones:

- a) Que si bien la conformación del *Jury*, es en parte del órgano legislativo, hay que tomar muy en cuenta que dicha conformación incluye también al Poder Constituyente, con lo cual Sieyès quiere poner al Tribunal por encima del Poder Legislativo, no considerándolo en modo alguno un apéndice de él. La consideración que hace Sieyès del Tribunal como un comisionado del Poder Constituyente nos indica que, justamente dicho Tribunal ha sido ideado para controlar la obra del legislativo, encuadrando su tarea dentro de los límites que el Poder Constituyente le ha impuesto a través de la Constitución.
- b) La introducción de un principio rogatorio en la activación de la jurisdicción constitucional, con lo que este órgano no era un cuerpo deliberativo, sino que actuaba a instancia de parte.
- c) La estructura y forma de una sentencia con la que vendrían revestidos los fallos de este órgano.
- d) El efecto de las decisiones del *Jury*, que no eran la derogación de la norma impugnada, sino su nulidad absoluta.¹⁵

Finalmente, importa destacar en este punto las atribuciones del *Jury Constitutionnaire*, que, como veremos a continuación, incluye una que puede considerarse como un antecedente del amparo. Las atribuciones o tareas que Sieyès le asignaría a este órgano son las siguientes:

- a) El ser un Tribunal de casación en el orden constitucional, es decir de resolver las reclamaciones que a él se hagan sobre actos irresponsables —que Sieyès consideraba a los que provenían del Consejo de los Quinientos y del Consejo de los Ancianos— que violenten la Constitución.
- b) El ser un Comisionado del Poder Constituyente encargado de la preservación, adecuación y mejoramiento del orden constitucional, es decir de proponer las reformas que, pasado un tiempo histórico adecuado, sean necesarias hacer a la Constitución para adecuarla al progreso que la razón humana haya alcanzado.
- c) El ser un Protector de la libertad civil de los ciudadanos, ofreciendo un *recurso* de equidad natural en ocasiones graves en las que la ley haya olvidado su garantía, es decir que los ciudadanos —y aquí la similitud de esta propuesta con el amparo— puedan recurrir a este Tribunal cuando vean vulnerado algún derecho fundamental que no esté debidamente protegido por la ley, e incluso los jueces que puedan acudir en consulta cuando la ley que fueran a aplicar contradiga los derechos que la Constitución ha guardado para los ciudadanos.¹⁶

¹⁵ Carpio Marcos, Edgar, *op. cit.*, pp. 603-606.

¹⁶ Sieyès, Enmanuel, *op. cit.*, p. 259.

Cabe apuntar en esta sección de los antecedentes franceses, que la propuesta de Sieyès de un Tribunal Constitucional fue rechazada en las sesiones del 24 y 25 Thermidor, donde, como bien ha señalado Fernández Segado, se notaría la soledad en la que el abate se encontraba en la defensa de una propuesta tan avanzada para la época y que sin duda chocaba con la concepción de la supremacía del órgano legislativo.¹⁷ Será Thibaudeau quien exponga el peligro de otorgar a un órgano como éste tal poder. Ante la pregunta de quién vigilaría el traspaso de los límites constitucionales por parte de este órgano, la propuesta de Sieyès sería rechazada casi unánimemente.

No obstante esta aseveración, Blanco Valdés, en su excelente investigación historiográfica sobre el valor de la Constitución en los albores del constitucionalismo, ha reseñado cómo en los momentos precedentes a la promulgación de la Constitución francesa de 1793, y en el marco del acuerdo de la Convención tomada en la sesión del 19 de octubre de 1792, donde a propuesta de Barère y entre aplausos, la Convención acordó invitar “a todos los amigos de la libertad y de la igualdad a presentarle, en cualquier lengua que sea, los planes, ideas y medios que creyeran adecuados para dar una buena Constitución a la República francesa”; alcanzaron a la Convención hasta 700 proyectos de Constitución, entre los cuales se contenían diversas propuestas sobre la defensa de la Constitución, y aun cuando el interés por este tema no fue muy acentuado y se diluía a menudo en la dificultad de introducir medios efectivos de control al órgano justamente encargado de desarrollar los principios contenidos en la Constitución, estas propuestas desarrollaron, en términos a veces amplios y minuciosos, la forma en que se debía ejercer la defensa de los preceptos constitucionales. Así, el profesor de la Universidad de Santiago de Compostela nos ha detallado las principales propuestas que se hicieron a este respecto, distinguiéndolas a su vez entre *propuestas institucionales* (que adjudicaban a algún órgano la defensa de la Constitución) y propuestas que entregaban dicha defensa al titular de la soberanía, esto es, al propio pueblo.¹⁸

Entre las propuestas institucionales cabe destacar, por ejemplo, la presentada por Kersaint, donde se establecía la conveniencia de crear un *tribunal de censores* encargado de examinar los decretos del cuerpo legislativo, en su relación con los principios de la Constitución, denunciando ante el pueblo su incompatibilidad. En la misma línea se encuentra la propuesta de J. M. Rouzet, quien en su *Proyecto de Constitución francesa* de abril de 1793 aconseja la creación de un *colegio de éforos*, el cual debía encargarse de comunicar

¹⁷ Fernández Segado, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, *op. cit.*, p. 189.

¹⁸ Blanco Valdés, Roberto, *op. cit.*, pp. 298-308.

a los órganos de base popular los proyectos de ley de la Asamblea y su encaje con la Constitución, debiendo a su vez remitir la respuesta de éstos a los órganos representativos. Por otro lado, figura también la proposición de Pressavin sobre la creación de un *tribunal nacional de censura*; la de Wandelaincourt que sugiere la institucionalización de unos *censores*; la de David Williams que planteaba la creación de un *Consejo Constitucional*; la de Lagrange y Dupin que proponían la creación de la *institución de los censores*; la de la sección parisina de *l'Unité* dirigida por Soboul que recurría nuevamente a la figura del *tribunal de los éforos*; la de Charles Lambert que propuso un sistema de responsabilidad dirigido por el Consejo Ejecutivo, y finalmente un proyecto anónimo que creaba la figura de los *conservadores* de la Constitución. En lo que respecta a los “proyectos de defensa popular de la Constitución”, cabe resaltar el planteado por Saint-Just en la sesión de la Convención del 24 de abril de 1793, en el cual se prescribía la necesidad de enviar, a iniciativa del Consejo (Poder Ejecutivo), al dictamen del pueblo las normas que éste considerara contrarias a la Constitución. Igualmente podemos encontrar aquí las propuestas de Baraillon, Blaviel y Dupont sobre la intermediación de asambleas primarias para someter las leyes a la exigencia de sanción popular, e incluso la propuesta de Francois Chabot sobre el derecho de insurrección del pueblo en caso de violación de la Constitución.¹⁹

Por último, es necesario destacar, y en lo que nos interesa como antecedente del amparo, el proyecto presentado en la sesión del 10 de junio de 1793 por Héault-Séchelles sobre la instauración de un “Gran Jurado Nacional”, órgano cuyos integrantes debían ser elegidos por las asambleas primarias y que debía controlar los excesos del Cuerpo Legislativo y del Consejo. Lo importante de este proyecto, a mi parecer, es la instauración de un recurso ciudadano para acudir ante este Jurado, en un sistema similar al establecido posteriormente por las Cortes de Cádiz a través de las “infracciones a la Constitución”. Así, en el artículo 1o. del Capítulo XV del proyecto se establecía: “se instituye el gran jurado nacional para garantizar los derechos frente a la opresión del Cuerpo Legislativo y del Consejo. Todo ciudadano oprimido por un acto particular tiene el derecho de recurrir a él”. Este proyecto por mor de la idea de la supremacía parlamentaria frente a cualquier órgano y sólo es responsable ante el pueblo, sería finalmente descartado y en la sesión del 24 de junio de 1793 en la que se aprobaba el texto definitivo de la Constitución se contenía sólo la responsabilidad individual de los diputados nacionales como único medio de reprimir los abusos.²⁰

¹⁹ *Ibidem*, pp. 308-321.

²⁰ *Ibidem*, pp. 322-332.

A manera de epílogo, cabe anotar que el 13 de diciembre de 1799 y a insistencia del Abate de Frejus, se incluiría en la Constitución de ese año, y ya bajo los auspicios de Napoleón, el Senado Conservador, que tendría entre sus funciones principales estudiar y decidir todos los asuntos que se plantearan sobre inconstitucionalidad de las leyes y resolver las quejas interpuestas por actos contrarios a los derechos del hombre. Este Senado Conservador sería, sin embargo, fácilmente cooptado por Napoleón, quien lo utilizó en su favor, con lo que dicho órgano constitucional cayó en un gran desprestigio. La política dictatorial de Napoleón y la desconfianza en los jueces harían decantar a Francia por el modelo político de control de constitucionalidad de las leyes y de defensa de los derechos, con lo que dicho control y dicha defensa perdió en la práctica toda su virtualidad.

III. LAS INFRACCIONES A LA CONSTITUCIÓN COMO MECANISMO DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

En el caso de España, como ha rescatado Fernández Sarasola, si bien se acogió la idea francesa de la soberanía parlamentaria, al punto de declarar que la soberanía de la nación residía en las Cortes, expresión que luego sería modificada en la Constitución de 1812, también en los años de funcionamiento de las Cortes se llegó a hablar de la posibilidad de que el propio legislador violara la Constitución, y ello no sólo porque éste pudiera expresarse contra los derechos consagrados en dicha carta magna, sino por el excesivo reglamentarismo exhibido por la Constitución gaditana.²¹ No obstante, ésta era una posición minoritaria que, por lo demás se reforzaba con el hecho de que la Constitución no previó ningún mecanismo de protección de la Constitución contra leyes inconstitucionales o infracciones inconstitucionales del Parlamento. Antes bien, la Constitución gaditana de 1812 encargó en las Cortes la tarea de examinar las infracciones a la Constitución cometidas por cualquier otra autoridad estatal. Se creía pues en la especial circunstancia histórica que vivía España, que las Cortes eran el guardián fiel de la carta magna, sobre todo frente al rey, que se constituía en la amenaza principal del nuevo sistema constitucional.

En este contexto, la parte más interesante de la obra de los constituyentes de Cádiz, para el tema que nos interesa, fue el establecimiento de los dos primeros artículos referentes al título sobre la “Observancia de la Constitu-

²¹ Fernández Sarasola, Ignacio, “Valor normativo y supremacía jurídica de la Constitución de 1812”, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, en http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/c1812/24683896656035497754491/p0000001.htm#I_0_.

ción y modo de proceder para hacer variaciones en ella”, y la interpretación que las mismas Cortes de Cádiz hicieron de ellos. Vamos a ver aquí como la figura de la *infracción constitucional* se convertiría en el único medio de defensa de los derechos ciudadanos que la Constitución había establecido;²² defensa que, por otro lado, se presumiría en primer lugar como la simple búsqueda de responsabilidad penal de los infractores del texto fundamental, responsabilidad que le correspondería determinar en exclusiva a los jueces; posición que luego las Cortes se harían cargo de variar haciendo intervenir al cuerpo político en pos de la defensa de los derechos ciudadanos. Así, los artículos 372 y 373 de la Constitución gaditana establecen lo siguiente:

Artículo 372. Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones a la Constitución, que se les hubiesen hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella.

Artículo 373. Todo español tiene derecho a representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución.

Parece ser que el Constituyente gaditano al establecer estos dos artículos partió de la consideración de proveerle efectividad a la Constitución; pero como las técnicas de defensa de la Constitución no eran aún conocidas y la que planteó el abate Sieyès fue rechazada puesto que se encontraba dentro del paquete que ofreció la Constitución extranjera de Bayona; la Constitución estableció, tímidamente, como única forma de asegurar su supremacía, la fórmula de los artículos 372 y 373.

Sin embargo, conforme ha manifestado Pérez Tremps,²³ el constituyente no tenía muy claro cómo poner remedio a las *infracciones a la Constitución* y, más que en un control de constitucionalidad de las leyes, pensó, al establecer estos artículos, en la responsabilidad penal que debía derivar de la actuación contraria al orden constitucional, por lo cual la disposición del artículo 372 no pasaba de ser una conminación tanto al Poder Ejecutivo como al Judicial para que cumplan la Constitución; mientras lo establecido en el artículo 373 no constituía más que una forma específica del derecho de petición.²⁴

²² Véase ampliamente sobre la figura de la infracción constitucional y su virtualidad como forma de defensa de la Constitución a Lorente Sariñena, Marta, *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

²³ Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, prólogo de Jorge de Esteban, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 60-68.

²⁴ En este sentido, Fernández Segado ha hablado del “carácter ingenuo” de algunas disposiciones de la Constitución de Cádiz (*cf.* *Las Constituciones históricas españolas*, *op. cit.*, p. 72).

La falta de conciencia del significado de los preceptos citados queda puesta de manifiesto con la aplicación que las propias Cortes debieron hacer de ellos en respuesta a las diversas quejas recibidas por inconstitucionalidad de actuaciones de agentes de los poderes públicos. Entre estas quejas destaca el “caso Fitzgerald”, denominado así por la insistencia con que el ciudadano de ese nombre reclamó por una violación de la Constitución en perjuicio propio. El caso supuso un allanamiento de domicilio y una detención indebida de Fitzgerald y obligó a las Cortes a hacer aplicación de los artículos 372 y 273 de la norma fundamental, interpretándolas, en un primer momento de forma restrictiva:

La Comisión entiende que la infracción de la ley constitucional es un delito de la propia clase que el de la infracción de otras leyes del Código civil y criminal, con la sola diferencia de su mayor gravedad por el mayor respeto que merece aquélla sobre éstas; y que por lo mismo debe averiguarse y castigarse por el orden determinado por las leyes y por los jueces competentes según ellas. La facultad que por el art. 373 de la Constitución se concede a todo español para reclamar su observancia ante las Cortes, no supone, en su concepto, que éstas hayan de juzgar de las reclamaciones que se les hicieren, lo que sería contrario al art. 243 de la propia Constitución (prohibición de ejercicios de funciones jurisdiccionales a las Cortes o al Rey); más no debiendo hacerse inútilmente estas reclamaciones deberán en tales casos las Cortes excitar al gobierno a que cumpla y haga cumplir la Constitución y las leyes, y a que hagan que sean juzgados por el tribunal competente los acusados de infracción; deberán asimismo velar sobre si se hace así o no; deberán pedir que se les instruya y de cuenta del resultado de los procesos de esta clase; y por último, si fuera necesario, deberán exigir la responsabilidad de quienes corresponda.²⁵

Este texto nos muestra la primera interpretación que hicieron las propias Cortes de lo que significaba el alcance del artículo 373 de la Constitución. Así, para el Constituyente, el sistema de protección de la Constitución está dotado en ese momento, con la única técnica elaborada a esas alturas históricas por la doctrina jurídica: el delito, el tipo penal que ha de castigarse por la autoridad competente, que tenían que ser, según prescribía el artículo 243 de la Constitución, siempre los jueces y tribunales. De esta forma, el control constitucional se limita a una fiscalización externa por parte del cuerpo legislativo, de las actividades tendientes a la investigación y punición de tales delitos, sin que quepa entrar en el fondo del asunto, lo que supon-

²⁵ Pérez Tremps, Pablo, *op. cit.*, p. 64.

dría una violación del principio de separación de poderes.²⁶ Así las cosas, la sanción penal de los infractores de la Constitución, vigilada y supervisada por las Cortes, era el único medio de defensa con que ésta contaba.

Las deficiencias que en el aparato jurisdiccional observaron las Cortes, y especialmente la lentitud de sus actuaciones, hicieron que el Decreto del 28 de noviembre de 1812 definiera estas causas como preferentes. Ello, como observa Pérez Tremps,²⁷ no sirvió para aligerar el asunto, por lo que las Cortes modificaron su interpretación de los artículos 372 y 373 superando los límites de ese control externo, para entrar en un control sobre el fondo del asunto. Así, se desemboca en el “Proyecto de Ley sobre la responsabilidad de los infractores de la Constitución”, redactado a iniciativa de Muñoz Torero por la Comisión de Arreglo de Tribunales y presentado a las Cortes en su sesión del 13 de julio de 1813. El proyecto sigue la línea establecida en cuanto está dirigido a penar las conductas inconstitucionales públicas y privadas. Sin embargo, haciendo una interpretación alambicada del principio de separación de poderes,²⁸ amplía el campo de actuación de las Cortes, que pasan a entender el asunto, a tenor del artículo 30 del mencionado Proyecto, en los siguientes términos:

Quando se denuncie a las Cortes alguna infracción de la Constitución, conforme a lo que ésta previene en los artículos 372 y 273 conviene mucho que las Cortes mismas, como conservadoras de las leyes fundamentales, sean las que declaren si hay verdadera infracción o no en el hecho denunciado, quedando a los jueces y tribunales competentes la calificación de las pruebas contra la persona acusada, la graduación de su delito, y la imposición de la pena que merezca según las leyes. En declarar las Cortes que tal hecho es contrario a la Constitución, no se puede decir que ejercen las funciones judiciales que les prohíbe el art. 243 de la misma, porque no declaran que tal persona cometió aquel hecho, ni gradúan el crimen, ni le aplican la pena determinada por la ley, que son las funciones propias de los jueces.²⁹

²⁶ Los constituyentes españoles pensando en el respeto estricto del principio de separación de poderes, establecieron, a decir de Fernández Segado, Francisco, *Las Constituciones históricas españolas*, *op. cit.*, p. 115; algunos artículos que buscaban la independencia absoluta del Poder Judicial en el ejercicio de sus funciones. Así, son muestra de ello, los siguientes artículos: 242. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales; 243. Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos.

²⁷ Pérez Tremps, Pablo, *op. cit.*, p. 65.

²⁸ Fernández Segado, Francisco, *Las Constituciones históricas españolas*, *op. cit.*, p. 102, ha hecho notar cómo las Cortes de Cádiz a pesar de haber forjado en teoría un modelo de estricta separación de poderes, que respetaba la independencia del Poder Judicial, en la práctica se inmiscuyeron constantemente en las funciones de este poder del Estado.

²⁹ Pérez Tremps, Pablo, *op. cit.*, p. 66.

Como se puede apreciar meridianamente de estas dos citas, la interpretación que hacen las Cortes del concepto de infracción constitucional no es otra que la de un delito sancionado por las leyes penales como infractor de algún artículo de la norma fundamental. Como ya vimos en el caso francés, la defensa de la Constitución era un tema que estaba presente en la mente de los revolucionarios liberales. Esta defensa no se imaginó, sin embargo, como ahora, como una técnica orientada a defender su supremacía y su eficacia jurídica; el grado de desarrollo del pensamiento constitucional aún no era tan acabado; la defensa que se pretendió hacer de ésta era más que nada una defensa política e ideológica. Para realizar esta defensa política, las Cortes o Asambleas, que en el momento revolucionario brillaban como representantes de la soberanía de la nación, recurrieron al único instrumento que en ese momento disponían para realizar tal defensa política: la responsabilidad penal.

La defensa política e ideológica de la Constitución la vemos en la responsabilidad penal desde el momento que los Parlamentos se adjudican importantes competencias en la persecución de los delitos contra la norma fundamental. En Francia, por ejemplo, la Asamblea se reservaba el derecho de acusar a los ministros por una serie de delitos que tenían en común la defensa de valores constitucionales; así como de acusar a cualquier ciudadano que atente o intente un complot contra la seguridad del Estado o la Constitución. Por la especial circunstancia histórica que vivía Francia, esta defensa de la Constitución, que era en sí una defensa de la Revolución, adoptó una fisonomía algo distinta que se vería reflejada en lo referente al delito contra la Constitución; que sería un tanto distinto que en España. Mientras que en Francia, el delito contra la Constitución significaba un delito contra el orden estatal, contra el nuevo orden liberal, contra el régimen constitucional en suma; en España tenía una connotación algo menos virulenta e ideológica, representaba un delito tan sólo contra una norma constitucional en particular. El carácter menos político del delito constitucional se confirma en España con la nula mención que se hace de este delito cuando se habla de la reserva de acusación de las Cortes; más bien, el delito o infracción a la Constitución es mencionado en la parte concerniente a la “Observancia de la Constitución”, como una forma de defensa de sus disposiciones normativas. En esta defensa de la Constitución a través de las “infracciones constitucionales” se involucra a las Cortes, pero no en el grado que significaba esta defensa en Francia, que como sabemos llegó incluso hasta el régimen del Terror, con el Comité de Salvación Pública y la *guillotina*. En España, como vemos en la primera interpretación que hacen las Cortes de su papel en la sanción de las infracciones constitucionales, éstas sólo efectúan un control

de carácter externo, de vigilancia y excitación de los órganos judiciales para que éstos juzguen la correspondiente responsabilidad penal de los infractores. Sólo a partir del caso Fitzgerald e impulsadas por la demora e ineficacia de los juzgados que dirigían estos procesos, las Cortes van a ejecutar una acción más directa en dicho control y, luego de disfrazar el rol que efectuarán, entran a conocer jurisdiccionalmente las infracciones constitucionales.

Destacan en el “Proyecto de Ley sobre la responsabilidad de los infractores de la Constitución”³⁰ dos artículos que nos parecen muy interesantes como apunte histórico respecto a la *tutela* que se brindaba a los ciudadanos a través de esta defensa política de la Constitución, que podríamos homologar de alguna manera como un “antecedente del amparo”. El artículo 31 del Proyecto literalmente expresa:

Declarada la infracción, mandarán las Cortes *reponer* todo lo obrado contra la Constitución, y dictarán los demás *remedios* oportunos; el acusado quedará suspenso, y se pasará certificación del acta de declaración, con el expediente original, al juez o tribunal competente, a fin de que sustanciada la causa conforme a derecho para acreditar más completamente quién es el reo, el grado de su delito y los perjuicios que haya causado, se imponga al delincuente la pena que merezca por el hecho ya declarado, según las circunstancias más o menos agravantes con que aparezca del juicio, dándose cuenta de las resultas a las Cortes y al Gobierno (cursivas añadidas).

Observamos aquí, al margen del juicio de responsabilidad penal que implicaba la comisión de una infracción a la Constitución, una nota característica del proceso contemporáneo de amparo, surgida en este caso al hilo del “conocimiento previo” que debían tomar las Cortes del ilícito constitucional. En efecto, una vez decretada la comisión de una infracción constitucional y antes de trasladar el expediente al juez competente para verificar la responsabilidad penal, las Cortes debían ordenar la “reposición de las cosas al estado anterior” de la afectación constitucional. Es decir, independientemente de la responsabilidad penal determinada en un juicio penal posterior, las Cortes debían adoptar todos los remedios para restituir al ciudadano reclamante en el ejercicio de sus derechos constitucionales. En la práctica, esto operaba como un *amparo* interpuesto ante el órgano de representación nacional, pues, como ya vimos, todo ciudadano español tenía el derecho de reclamar ante las Cortes la comisión de una infracción constitucional que,

³⁰ Véase la versión completa del “Proyecto de ley sobre la responsabilidad de los infractores de la Constitución”, *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, Congreso de los Diputados, núm. 910, sesión del 13 de julio de 1813, pp. 5698-5700.

con lo dispuesto por el Proyecto sobre responsabilidad de los infractores a la Constitución, estaba en la obligación de efectuar todo lo tendiente a la reposición de las cosas al estado anterior.³¹

Finalmente, en el artículo 33 —último numeral del Proyecto— se dispuso: “todos los jueces y tribunales procederán con la mayor actividad en las causas de infracción de la Constitución, prefiriéndolas a los demás negocios, y abreviando los términos cuanto sea posible”. Vemos aquí, pues, que además de la característica antes de reseñada de la *tutela restitutoria* brindada por las Cortes, los juicios instaurados para verificar las infracciones a la Constitución debían tener otra nota esencial del amparo contemporáneo: la *tutela de urgencia*. El trámite preferente y la reducción de los plazos en este tipo de procesos así lo hacían denotar. Puede concluirse que no obstante de tratarse inicialmente de una forma política de defensa de la Constitución, el proveimiento de la responsabilidad por infracciones a la Constitución reunió por lo menos tres características esenciales del proceso de amparo tal y como hoy es concebido:

- a) La relevancia otorgada a la infracción de bienes constitucionales que, como hemos visto, tenía una mayor importancia que la infracción de las leyes civiles o penales, lo cual denotaba una concepción de supremacía constitucional, si bien embrionaria.
- b) La composición de un medio de defensa ciudadano contra los agravios de naturaleza constitucional que, merced a la intervención de las Cortes, podía concluir en la reposición del agraviado en el ejercicio de sus derechos constitucionales.

³¹ Esta forma de defensa de la Constitución, en forma de acción popular ante las Cortes, fue incorporada también en nuestro ordenamiento constitucional debido a la influencia de la obra gaditana en nuestro primer constitucionalismo. Así lo ha precisado Daniel Soria Luján, quien ha sostenido que “este modelo gaditano fue adoptado por el constitucionalismo inicial. Las fuentes históricas parlamentarias nos informan sobre la incorporación de este sistema. Así, en primer lugar tenemos el discurso preliminar elaborado por la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente de 1822 ...en donde se afirmó que el Congreso tenía el deber de examinar las infracciones a la Constitución y que no quede en pura teoría la responsabilidad de los infractores, resaltando la importancia de observar las leyes fundamentales para afianzar el gobierno y conservar y engrandecer la República”. Finalmente, como reseña el mismo autor, en la Carta de 1823 esto quedaría plasmado en el artículo 187 del modo siguiente: “Todo peruano puede reclamar ante el Congreso, ante el Poder Ejecutivo, o ante el Senado la observancia de la Constitución, y representar fundadamente las infracciones que notare” (cfr. Soria Luján, Daniel, “Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: el poder conservador y el consejo de Estado (1839-1855)”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, año V, núm. 5, 1998, pp. 355 y ss.

- c) La estructuración de una tutela preferente y urgente en la tramitación de los juicios donde se verificaba la comisión de una infracción a la Constitución, lo cual suponía ya la idea de un proceso de especiales características en función de los bienes jurídicos tutelados que, eran los de mayor valor también en la mentalidad de los constituyentes gaditanos.