

Las relaciones entre el Poder legislativo y el judicial y las infracciones a la Constitución de 1812 (en torno al caso Fitzgerald)

VICTOR FAIREN GUILLEN

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia,
Miembro de Número del Instituto Español de Derecho Procesal,
Abogado del I. C. de Valencia

Al Maestro Profesor Leonardo Prieto Castro, recordando el XXV aniversario de su docencia universitaria.

I. Examinando la labor legislativa de las Cortes de Cádiz, hallamos de un Decreto—de 28 de noviembre de 1812—de interés para un tema tan trascendental como lo es el de las relaciones entre el Poder legislativo y el judicial. Se refiere dicho Decreto a la preferencia que los Tribunales habrían de dar a los asuntos referentes a infracciones de la Constitución.

Vistos los antecedentes en los «Diarios de Sesiones», esta disposición resultó ser consecuencia de la laboriosa tramitación de un asunto, enfocado judicialmente, por supuestas infracciones a la Constitución, promovido por un D. Gregorio Fitzgerald, vecino de la Isla de León, por allanamiento de morada y detención arbitraria. Evolucionando el asunto, estimamos que contribuyó, juntamente con otros muchos, y dada su resonancia, a que, a su vez, evolucionase la mentalidad de las Cortes en cuanto a las relaciones entre los Poderes legislativo y judicial en lo referente al conocimiento y resolución de las causas por infracciones de la Constitución. Siendo numerosas las «representaciones» dirigidas a las Cortes por motivos de este género, estimamos que la exposición del «Caso Fitzgerald» es de interés, por tener un largo desarrollo y haber ocupado, quizá más que otro cualquier problema de infracciones a la Carta fundamental, la atención de las Cortes, llegando a producir alarma en ellas.

Sólo conociendo el desarrollo de este asunto-tipo, puede llegarse a comprender el cambio de actitud de las Cortes ante el Poder judicial en el año 1813. Por eso le dedicaremos nuestra atención.

Este ensayo, relacionado con otros anteriores (1) se dirige a aportar datos para el estudio de las relaciones entre los diversos Poderes del Estado, desde el punto de vista del procesalista. Para ello, en este caso, siguiendo las líneas de nuestra historia constitucional, nos detenemos en un asunto que dió lugar a una importante disposición de carácter general y que aun tuvo relación con un cambio de dirección básica del Poder legislativo.

Comienza ante las Cortes el desarrollo del asunto Fitzgerald (o Fitzgeral, que de ambos modos se le llama) por un dictamen presentado al pleno por la Comisión de Justicia el día 5 de agosto de 1812, en el que se exponen los hechos, tal y como hasta aquel momento eran conocidos, a través de la petición formulada por el propio Fitzgerald.

Invocaba éste en ella el artículo 373 de la Constitución, esto es, su derecho, como español, «de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución» (2).

Los hechos que exponía Fitzgerald eran los siguientes:

El 5 de junio de 1812, a mediodía, se presentó en su casa un oficial con una boleta de alojamiento, y siéndole imposible admitirle por falta de habitación, se fué en su compañía a hacerlo presente al brigadier de Marina, Carranza (Presidente de la sección de alojamientos, añadimos nosotros), por quien había sido despachada la boleta, manifestándole que su casa estaba reducida a dos salas con sus respectivas alcobas, de las que él ocupaba una con su esposa, teniendo alquilada la otra a un vecino, con cuyo alquiler subsistía, ya que carecía de sueldo por no hallarse en el ejercicio de su destino. Se le contestó que el oficial iba como alojado a la habitación en que lo había estado otro oficial (D. Antonio Miró) anteriormente.

Replicó Fitzgerald que Miró no había estado como alojado; pues le había satisfecho 4 pesos mensuales, y que cuando partió alquiló la habitación a otra persona; a lo que le fué contestado que echase a la calle al tal individuo, pues ningún propietario podía alquilar su casa sin orden expresa de la superioridad.

Subió de tono la conversación, y debió llegar hasta la grosería según se recoge después. Carranza se mantuvo en sus trece, ordenando al oficial que se alojase en casa de Fitzgerald; Fitzgerald estuvo a la altura de las circunstancias, replicado que le impediría la entrada.

En éstas la discusión, llegada la noche, apareció en la puerta de la casa de Fitzgerald —siempre según la versión de éste— un oficial de Estado Mayor, a quien no quiso abrir, pese a sus amenazas de usar la fuerza y de haber puesto un centinela a su puerta, «tanto más por no conocerle, cuanto porque habiéndole preguntado si llevaba al-

(1) Cfr. nuestro trabajo *Sobre la recepción del recurso de casación en España (recurso de nulidad y recurso de casación)*, en "Anuario de Derecho civil" (en prensa).

(2) Este artículo fué aprobado en sesión de 17 de enero de 1812, sin discusión alguna (Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 471, t. IV, pág. 2643, col 1.ª).

guna orden del gobernador su jefe, le contestó que no llevaba más orden que la que abriese y callase». Marchóse al cabo el oficial, retiróse el centinela y media noche pasada, llamaron de nuevo «descompasadamente» a su puerta diciendo que abriese a la partida de vigilancia; preguntó Fitzgerald si tenía alguna orden que darle, a lo que se le respondió: «Señor viejecito, traigo la orden de que abra usted o si no, se le echa la puerta abajo», a lo que replicó Fitzgerald que obrase según la orden y que no quería abrírle por la contestación que se le haba dado.

Pasado como «medio cuarto de hora» volvieron a llamar a la puerta a culatazos, respondiendo nuestro templado don Gregorio Antonio Fitzgerald que no abría si no le presentaban una orden de su jefe o venía alguno de sus subalternos. Y «en esto se armó a un tiempo por la puerta de la azotea, por la calle y por una ventana sin reja, un estruendo horrible de culatazos de fusil y echaron por tierra la puerta de la ventana y la de la azotea.» Entraron los asaltantes en la sala, derribaron la puerta de la alcoba y «sin respetar su ancianidad y la de su mujer, les ultrajaron con amenazas e improperios, y que, por último, saqueando lo que pudieron, le arrastraron preso al vivac».

Mas no acabaron aquí las tribulaciones de Fitzgerald —por este tiempo, pues luego aún fueron mayores, como se verá—; amanecido, fué conducido a la presencia del comandante general del cantón, quien «le recibió llenándole de insultos»; habiéndole suplicado —y sobre el tono de esta súplica, que Fitzgerald apellida de «entera», cabe alguna duda, a tenor de la personalidad que se va viendo tenía el anciano Maestre de viveres de la Armada— que le respetase, fué amenazado con ser encadenado. No llegó la cosa a tanto; aquella misma tarde se le mandó comparecer ante su jefe, el Gobernador de la Isla de León, quien le oyó y le envió a casa.

Concluía Fitzgerald pidiendo se hiciera efectiva la responsabilidad de los infractores de la Constitución «y que se le resarza de tantos insultos y crímenes contra él cometidos» (3).

No consta qué disposición concreta de la Constitución citase Fitzgerald como infringida; pero, por lo pronto, ocurre a la mente la del artículo 306: «No podrá ser allanada la casa de ningún español sino en los casos que determina la ley para el buen orden y seguridad del Estado»; y la del 287: «Ningún español podrá ser preso, sin que proceda información sumaria del hecho, por el que merezca, según la ley, ser castigado con pena corporal, y, asimismo, un mandamiento del juez, por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.»

El incidente, en sí, era uno de los menos graves en una plaza sitiada; pero con el procedimiento en denunciarlo a las Cortes invocando la Constitución y su observancia, Fitzgerald le dió suma im-

(3) Cfr. *Diario de Sesiones* de 5 de agosto de 1812, núm. 626; t. V, pág. 3502.

portancia ; entró en juego, nada menos que el principio de separación de los poderes del Estado en relación con el castigo de los atentados a la Constitución.

La Comisión de Justicia, «a quien alarmó desde el principio el solo nombre de violación de la ley constitucional» (4), decía que presentándose el asunto como constitutivo de tal, lo hubiera ya calificado de tal si estuviese ya justificado y se hallase en el caso de juzgar.

En su dictamen, la Comisión fijaba una notable doctrina, que luego fué desarrollada y aplicada en el Decreto de las Cortes de 28 de noviembre de 1812, dictado en relación con este mismo caso Fitzgerald. En la sesión de que tratamos, de 5 de agosto, y en su primer dictamen, decía textualmente al Pleno :

«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 artículo 373 (5) 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 artículo 243 de la Constitución (6) ; mas 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 haga que sean juzgados por el tribunal competente los acusados de infractores ; deberán, asimismo, velar sobre si se hace así o no ; deberán pedir que se les instruya y dé cuenta del resultado de los procesos de esta clase ; y, por último, si fuere necesario deberán exigir la responsabilidad de quienes corresponda.»

Pero no se estaba en momento de actuar según preveía la citada doctrina de la Comisión de Justicia ; esto sucedía porque «en el caso presente la Comisión sabe de positivo que Fitzgerald acudió a la Regencia con igual reclamación ; que la Regencia mandó que se justificase el hecho ; y que en su vista ha remitido al Tribunal especial de Guerra y Marina las diligencias practicadas para que proceda conforme a derecho. Sabía esto la Comisión hace tiempo ; creyó que era cuanto debía hacerse, y suspendió, por lo mismo, presentar su informe».

A pesar de ello, y para que tuviese constancia oficial en las Cortes el asunto, la Comisión formuló un dictamen, que quedó redactado y aprobado en los términos siguientes :

(4) Cfr. *Diario de Sesiones*, cit., loc. cit.

(5) Por errata de imprenta indudablemente, en el texto del *Diario de Sesiones*, pág. 3502, se lee "303".

(6) "Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes ni mandar abrir los juicios fenecidos."

«Que se remita a la Regencia del Reino la reclamación primera de Fitzgerald para que informe si es cierto haberse dirigido otra igual a S. A., y haber dispuesto en su vista que se justificase el hecho reclamado, y se remitiesen las diligencias practicadas al Tribunal especial de Guerra y Marina para que procediese conforme a las leyes. Si esto fuere cierto, quieren las Cortes que informe igualmente la Regencia del estado que tiene en la actualidad el expediente, lo que respecto de ambos extremos se verificará dentro de tercero día. Asimismo desea Su Majestad que disponga S. A. que a la conclusión de este negocio se le remita un testimonio en relación del mismo, a fin de que pueda enterarse del cumplimiento que tiene la Constitución y del modo con que se castiga a sus verdaderos infractores.»

Se cumplimentó lo decretado por las Cortes, y continuó el desarrollo del asunto que tanta inquietud producía (7).

Fitzgerald volvió a la carga, pidiendo de nuevo que se observase la Constitución, en solicitud, de 5 de septiembre, que fué presentada y leída a las Cortes en su sesión del día 12. Pedía «justicia por el escandaloso allanamiento de su casa... en virtud de orden del general Elio», quejándose de presentar su casa «a los ojos de sus conciudadanos el lamentable espectáculo de unas ruinas causadas por el despotismo más feroz»; pedía que se hiciese justicia a su dueño para reedificarla «y esto con tanta más razón cuanto que por aquel procedimiento se había infringido el Código de nuestros derechos civiles y políticos, cuya falta sólo podía expiarse derribando la cabeza del orgulloso infractor sin tener consideración de su rango». Expresaba sus dudas de que la Regencia castigase el crimen de lesa Constitución cometido, según él, «al ver que lejos de haber sido arrestado el delincuente había sido premiado con el mando del segundo y tercer ejército.» De no hacérsele justicia —terminaba— «estaba resuelto a quemar la Constitución, y recogiendo sus cenizas, guardarlas en su seno para llevarlas al sepulcro, y antes de exhalar el último aliento, decir a los padres de la Patria: «Formad otra Constitución, porque la que habéis sancionado y hemos jurado es inútil, en mengua vuestra, por no haberse castigado a los infractores» (8). Como se ve, el reclamante salía de la vía de un lenguaje prudente, lo que le acarreó mayores dificultades que la de haber visto su casa asaltada y haber pasado una noche arrestado.

En la discusión, se observó que el asunto se hallaba en el Tribunal especial de Guerra y Marina, así como que convenía «dispensar una protección eficaz a este interesado que reclamaba con tanta justicia»; por lo cual, y a propuesta del diputado Calatrava, las Cortes

(7) En la sesión de 12 de agosto, el secretario de Gracia y Justicia informaba en nombre de la Regencia que, cumplimentado el Decreto de las Cortes, el proceso lo había devuelto el Tribunal al fiscal togado, para oírle, recomendándole la brevedad y la preferencia (*Diario de Sesiones*, núm. 631, del día cit., t. V, pág. 3529).

(8) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 655, de 12 de septiembre de 1812, t. V, pág. 3683 y s.

decretaron que «el Tribunal especial de Guerra y Marina remita inmediatamente a las Cortes por medio de la Regencia testimonio literal de toda la causa de Fitzgerald, y venido, pase con los antecedentes a la Comisión de Justicia para que exponga su dictamen» (9).

Como se ve, la insistencia del reclamante motivó una reforma en el anterior decreto de las Cortes, pues ahora se pedía cuenta del asunto—cuenta literal—en el estado en que se hallase.

Se cumplimentó lo ordenado por las Cortes, y en la sesión del 23 de noviembre, la Comisión de Justicia presentó dictamen sobre el asunto, ya conocido en su estado coetáneo.

La Comisión, conociendo los términos de la discusión motivada por la solicitud de Fitzgerald de 5 de septiembre, interpretó el decreto de las Cortes por cuya virtud le llegó el asunto sin terminar, en estos términos:

«La Comisión cree que el objeto que se propuso a V. M. al pedir el testimonio, fué el de examinar por sí mismo si el Tribunal procedía en esta causa con la brevedad compatible con las leyes y sin las dilaciones de que se lamentaba Fitzgerald, ejerciendo de este modo la inspección y vigilancia que deben tener las Cortes por la más exacta observancia de la Constitución; por lo demás, ya otra vez ha dicho la Comisión que el delito de infracción de la Constitución debe juzgarse, esto es, averiguarse y castigarse por los jueces competentes, y que nunca pueden serlo las Cortes» (10), continuando: «Se abstendrá, pues, la Comisión de hacer reflexiones, de que no podría prescindir si procediese como Tribunal, y se limitará a indicar el origen de esta causa, y explicar su curso y estado.»

Estas frases del dictamen son de alto interés, como luego se expone con mayor detalle, pues muestran cómo la Comisión entendía aplicar el principio de separación de poderes estatales, interpretando las atribuciones de las Cortes solamente referidas al punto o aspecto externo de la labor de los Tribunales. Después de esto, evidentemente, no se podía esperar que las Cortes dictasen resolución entrando en el fondo del asunto.

En la exposición de los hechos que la Comisión hace, basándose en el testimonio de los autos que poseía, cambian facetas de interés, y lo que ya conocemos de la personalidad de Fitzgerald, se completa, mostrándolo como hombre violento y de no buenos modos. Así, se hace constar que parece que el oficial que debía alojarse en su casa, no sólo no fué admitido, sino también maltratado de palabra; el brigadier Carranza, jefe de la Sección de Alojamientos, declaraba de Fitzgerald que, por haber éste «insultado y ajado completamente a la Sección, dispuso que un ayudante acompañase al oficial a casa del jefe de Estado Mayor para que se diese cuenta al general del cantón del mal trato de Fitzgerald». La orden de allanamiento de su casa

(9) Cfr. *Diario de Sesiones*, últ. cit., pág. 3684.

(10) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 707, de 23 de noviembre de 1812, t. V, pág. 4010.

partió, verbalmente, del cuartel general, a través del jefe de Estado Mayor; Fitzgerald fué detenido y sacado de su casa, tomándosele «una espada llena de moho y una escopeta sin piedra ni banqueta, con la que había hecho frente a la tropa» (11). Indudablemente, mejor residió la clave de la defensa de la casa en el mal humor—justificado o no—de su dueño que en el armamento de que disponía.

Ya al día siguiente, y aún hallándose arrestado Fitzgerald, reclamó al gobernador de la Isla de León, quejándose «de la violencia que había sufrido su casa y persona con infracción de la Constitución». El gobernador puso en libertad a Fitzgerald, trató de averiguar, «aunque no lo realizó después», si éste pertenecía a su jurisdicción o a la de Marina; le mandó admitir el alojamiento («parece obedeció», dice el dictamen; no hallaría el oficial favorecido ni mucha comodidad en una casa sin puertas ni ventanas, ni esta falta sería compensada por el desvelo de los propietarios); mandó que se averiguase el hecho del allanamiento, lo que se verificó por el «alguacil mayor, comisionado para el efecto, examinando cuatro testigos que en sustancia contestaron al allanamiento y haciendo que los alarifes públicos de albañilería y carpintería reconociesen el daño causado en la casa, después de haberlo hecho, declararon que para su composición se necesitaban 355 reales de vellón. En este estado acordó el gobernador pasar un oficio al general del cantón para que mandase abonar a Fitzgerald los 355 reales, lo que dió lugar a algunas contestaciones que no son de nuestro propósito». El expediente se remitió en consulta a la Regencia por conducto del secretario de Gracia y Justicia, por quien se pasó al de Guerra, y por éste al Consejo de este nombre, para que procediese en justicia sobre la infracción de la Constitución reclamada (12).

El proceso estaba en marcha, y marcha no muy rápida. Había pasado el fiscal togado, cuando se comunicó la orden de las Cortes por la que se prevenía, entre otras cosas, se las informase del estado del asunto; informó también el fiscal militar, y el Consejo acordó, respecto a no estar justificado el delito de que se quejaba Fitzgerald, se devolviesen los autos al gobernador de la Isla de León para que completase la instrucción, y «si resultaren ser militares los infractores de la Constitución, sacase testimonio y lo pasase a la jurisdicción competente para que se siguiese la causa por los trámites de justicia».

El gobernador de la Isla recibió declaración de los elementos integrantes de la patrulla que cometió el allanamiento, «quienes están conformes en que, después de haber llamado y solicitado por tres veces el oficial que Fitzgerald abriese la puerta, advirtiéndole que si no lo hacía la echarían abajo; y vista la contestación de Fitzgerald, reducida a que de ningún modo abriría hasta por la mañana, amena-

(11) Cfr. *Diario de Sesiones* últ. cit., pág. 4011.

(12) Cfr. *Diario de Sesiones* últ. cit., pág. 4011.

zando con una escopeta al que intentase entrar, violentaron en efecto una ventana y dos puertas y le condujeron arrestado al principal». Mientras esto sucedía, salieron de la Isla en misión militar—con la expedición al mando del general Cruz—el oficial del Regimiento de Zamora, causante indirecto del incidente, por tener a su favor la boleta de alojamiento; el oficial de Estado Mayor que llevó al gobernador la orden del Cuartel General de proceder al allanamiento, y el jefe del Estado Mayor que la dió; el juez consultó con el Consejo sobre el modo de recibir declaración a estos ausentes y otros; contestó el Consejo que «en la Ordenanza hallaría decidida la duda que proponía»; el juez procedió a expedir los oportunos oficios, no habiendo logrado obtener las declaraciones hasta el momento en que las Cortes ordenaron que se les enviase testimonio literal de la causa. Retraso bastante lógico en un estado de guerra y en plenas operaciones militares.

La Comisión de las Cortes, no entrando en el fondo del asunto, por las razones que reiteradamente había expuesto, notaba que «los desaciertos del gobernador de la Isla en averiguación del hecho y de sus autores, aunque nacidos de su desco de la brevedad y pronta justicia, han contribuído en gran parte al entorpecimiento que se nota en esta causa, en la que, después de tres meses, se ignora todavía quién dió la orden para allanar la casa de Fitzgerald, y se ignoran otras circunstancias que deben averiguarse». «También ha contribuído—según el dictamen—al atraso de este expediente la morosidad del fiscal togado del Consejo de Guerra, que lo es hoy del Tribunal especial, en cuyo poder estuvo sin despacho desde 30 de junio hasta 10 de agosto, y aún acaso estaría todavía si no se le hubiese comunicado la orden de V. M. para que se le informase del estado del mismo expediente» (13).

Es cierto, sin embargo, que ya la Regencia había notado este retraso y pedido explicaciones al Consejo, el cual, oído el fiscal, contestó «que la dilación consistía en que éste se hallaba sin agente asalariado, y en que son muchos, muy graves y voluminosos expedientes que tiene que despachar el fiscal... entre otros infinitos, el de la conmoción de Málaga, el de las cuadrillas de ladrones en Galicia y el de la entrega de Badajoz (entrega, añadimos nosotros, que había causado mucho revuelo, atribuyéndose a posible traición), para cuya sola lectura, dice el fiscal que se necesitan meses».

No obstante, esta explicación era estimada como insuficiente por la Comisión de las Cortes, tardándose «cuarenta y días en despachar un expediente de bien pocas hojas, que debía llevar consigo la mayor recomendación y preferencia, por tratarse en él de un ruidoso acontecimiento e infracción de la Constitución, y mucho más cuando se presume que sin la orden de las Cortes, para que se las informase del estado del mismo, hubiera sido mucho mayor la dilación» (14) por lo

(13) Cfr. *Diario de Sesiones* últ. cit., pág. 4011. a. f.

(14) Cfr. *Diario de Sesiones* últ. cit., pág. 4012.

que proponía que las Cortes manifestasen al fiscal togado su desagrado por su morosidad en el despacho de los autos, esperando que “en lo sucesivo no dará lugar a semejantes dilaciones, señaladamente en los negocios sobre infracción de la Constitución”.

Se hacía eco la Comisión de una muy curiosa petición de Fitzgerald, dirigida a las Cortes el 13 de agosto. Pretendía este señor que ínterin se sustanciase el juicio y “pagase quien debería pagar” se le entregasen 3.000 ó 4.000 reales “del fondo de propios de la villa de la Isla de León para la composición de su casa”. De extrañío, como es natural, calificaba esto la Comisión.

Como se ve, la Comisión, manteniéndose en su doctrina general sobre la separación de poderes, enfocaba la cuestión desde el punto de vista de la observancia de las leyes procesales, a ser destacada en relación con el tiempo en cuanto se tratase de asuntos en que la Constitución pudiera estar afectada, dando así rango normativo superior —excepcional— a la propia Constitución en sus normas materiales al menos.

Tras breve discusión, las Cortes aprobaron como Decreto el siguiente texto:

“Las Cortes generales y extraordinarias, convencidas de la necesidad y utilidad de que los expedientes sobre infracción de la Constitución sean terminados con la mayor prontitud, decretan: Los Tribunales del Reino preferirán a todo otro asunto los relativos a infracción de la Constitución política de la Monarquía.” “Lo tendrá entendido la Regencia del Reino, y dispondrá lo necesario a su cumplimiento, etcétera”.

Decreto, dado en Cádiz, el 28 de noviembre de 1812.

Antes de proceder a un breve comentario de todo lo ocurrido hasta ahora, de real trascendencia en cuanto a la calidad de la Constitución y a su defensa, por curiosidad más que por otra cosa, veamos cómo continuó y terminó el asunto Fitzgerald.

Este, desechada su petición de indemnización “provisional” a costa de la villa de la Isla de León, produjo una representación más (la séptima), que las Cortes hicieron pasar a la Comisión de Justicia el día 19 de febrero de 1813 —pedía una vez más a las Cortes que castigasen como infractores de la Constitución a los autores del atentado cometido contra su persona y casa— (15).

La continuación del asunto se marcó una vez más por el ímpetu de Fitzgerald. Este (“antes de expirar”), puso en práctica su conminación de dirigirse adecuadamente a los padres de la Patria.

En efecto, el 21 de febrero de 1813, se dirigió al Presidente de las Cortes con un “papel” en el que “aseguraba que sin bastarle a contenerle cualquiera orden o precepto, tenía que hablar a S. M. desde la galería hasta conseguir se leyesen sus representaciones en el Congreso de cruz a fecha, o leerlas él mismo sin que le retrajese de hacerlo el

(15) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 776, de la cit. fecha, t. VII. pág. 4719.

acuerdo y resolución del Congreso" (16). Se reunió apresuradamente éste en sesión extraordinaria secreta, y acordó que "La Regencia tome las medidas que está en sus facultades para evitar que el autor del adjunto papel turbe el orden de las sesiones del Congreso." La Regencia, por medio del Secretario de Gracia y Justicia, comunicó a las Cortes al día siguiente, que había "acordado se practicasen las más eficaces diligencias para detener y poner en la cárcel a don Gregorio Antonio Fitzgerald, para evitar que turbase el orden de las sesiones del Congreso, y que habiéndose verificado el cumplimiento", según lo participaba el gobernador de la plaza, lo comunicaba a las Cortes. Estas, en sesión secreta (día 22 de febrero) acordaron darse por enteradas y "que S. A. proceda en lo demás conforme a la Constitución y a las leyes" (17). Esta vez, no se trataba para Fitzgerald de un arresto arbitrario, y operaría el Capítulo III del Título V y de la Constitución ("De la administración de Justicia en lo criminal"), lo que expresamente encargaban las Cortes al citar a dicha carta con precedencia a las leyes.

En esta última sesión, se encargó a la Comisión de Justicia, que "a la posible brevedad despache el recurso de don Gregorio Antonio Fitzgerald". De todo ello se dió cuenta en la sesión pública del 23 de febrero (18).

Sobre ello dictaminó la Comisión de Justicia el 3 de marzo, en sentido de que... no había nada nuevo por "haberse devuelto al Gobernador de la Isla en 13 de agosto anterior por disposición del Tribunal especial de Guerra y Marina, a fin de que continuase la sumaria, completándola en debida forma". "No hay noticia en las Cortes de lo que se haya practicado desde aquella fecha; y para poder la comisión dar su dictamen sobre un asunto que ha llamado la expectación del público, opina que V. M. se sirva preguntar por medio de la Regencia al mencionado gobernador cuál ha sido el curso y cuál es el estado actual de dicha causa" (19).

Efecto del consiguiente acuerdo de las Cortes fué el oficio del Secretario de Justicia acompañando algunos documentos relativos al asunto, que pasaron a la Comisión de Justicia el día 26 de marzo de 1813 (20).

Y así desaparece el caso Fitzgerald de las actas de las Cortes de

(16) Cfr. *Actas de las sesiones secretas* de las Cortes, sesión del día 21 de febrero de 1813, pág. 791.

(17) Cfr. *Actas de las sesiones secretas* de las Cortes, sesión del día 22 de febrero de 1813, pág. 792.

(18) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 779, de 23 de febrero de 1813, t. VII, pág. 4742.

(19) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 785, de 3 de marzo de 1813, t. VII, pág. 4776.

(20) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 806, de 26 de marzo de 1813, t. VII, pág. 4890.

1810 a 1814, después de haber provocado gran ruido y expectación, y movido a las Cortes a tomar posición en un trascendental asunto; posición que después alteraron, por cierto.

2. Vamos a comentar ligeramente el asunto en sí, y la actuación de las Cortes a propuesta esencialmente, de su Comisión de Justicia, durante el desarrollo del mismo.

Se invoca por un particular la vulneración cometida por funcionarios públicos (militares), de dos normas constitucionales (indudablemente, los artículos 287 y 306 de la Carta fundamental, sobre detención de ciudadanos y allanamiento de morada).

La Comisión de Justicia da gran importancia a la invocación que se hace en la Constitución como vulnerada, diciendo que "es un delito de la propia clase que el de 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" (dictamen, en sesión de 5 de agosto de 1812, antes cit.).

Por tanto, se estima que la Constitución, y en cuanto aquí nos afecta (Título V, Capítulo III, "De la administración de Justicia en lo criminal"), es una norma perfecta, que paraliza a cualesquiera otras que se le opongan; y de mayor rango que las contenidas en la legislación ordinaria. El artículo 286 de la Constitución, como se ve a través del dictamen presentado por la Comisión de Justicia a las Cortes el día 23 de noviembre de 1812 (21), aparece aquí como una garantía concreta, pues, al parecer, se trata de que el proceso se rija por él. Las Cortes han dirigido su atención hacia el art. 286, y así lo interpreta, a nuestro entender acertadamente, el dictamen referido, al expresarse en su texto: "La comisión cree que el objeto que se propuso V. M. al pedir el testimonio fué el de examinar por sí mismo si el tribunal procedía en esta causa con la brevedad compatible con las leyes, ejerciendo de este modo la inspección y vigilancia que deben tener las Cortes por la más exacta observancia de la Constitución...".

Esta interpretación era muy lógica como consecuencia de la doctrina sentada anteriormente y aun en este último dictamen de la Comisión; declarábase la falta de jurisdicción de las Cortes para conocer de los supuestos delitos contra la Constitución, de un lado; pero por otro, el asunto estaba aún "sub iudice" ante la autoridad competente, por lo que la anterior declaración no podía cobrar efectividad temporánea; no se podía fijar, por hallarse el asunto pendiente ante un tribunal, si los hechos delictivos —diputados como tales, y contra la Constitución— por Fitzgerald, lo eran en realidad o no. Mientras tanto, sólo cabía a las Cortes hacer observar la Constitución, como reclamaba el cita-

(21) Art. 286. "Las leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal de manera que el proceso sea formado con brevedad y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados."

do Fitzgerald, por razón de dilaciones judiciales (22), en relación con la brevedad exigida para el proceso por el artículo 286 de la Carta.

Las Cortes, a propuesta de la Comisión, se detienen ante el principio de separación de los poderes estatales. Sí, el atentado contra la Constitución es un delito, y "aún más grave" que el cometido al violar otra ley (23); se puede reclamar por inobservancia de la Constitución, que es norma perfecta; pero hay que hacerlo ante la autoridad judicial. La reclamación a las Cortes, a tenor del art. 373 de la Carta, sólo lleva a éstas —según dictamen propuesto por la Comisión de Justicia, de 5 de agosto de 1812— a que "exciten al Gobierno a que cumpla y haga cumplir la Constitución y las leyes y a que haga que sean juzgados por el tribunal competente los infractores; deberán asimismo velar sobre si se hace así o no; deberá pedir que se les instruya y dé cuenta del resultado de los procesos de esta clase; y por último, si fuere necesario, deberá exigir la responsabilidad de quienes corresponda".

El texto de esta parte del citado dictamen, lo vemos basado implícitamente en el art. 131-1.º de la Constitución ("De las facultades de las Cortes".— Proponer y decretar las leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario"); en el 247 ("Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el Tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley" —principio del Juez legal—) y 254 ("Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal hace responsables personalmente a los Jueces que la cometieren"), en relación con el 373 (que la Comisión invocaba expresamente, como lo había hecho Fitzgerald. "Todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución"). Pero todo ello, sin violar el límite de la separación del Poder judicial previsto en el artículo 243.

[Y nótese, en lo referente al art. 254, que aún no se había dictado la ley por la que el famoso recurso de nulidad se contrajo solamente a lo civil —Ley de 17 de julio de 1813— (24)].

De un lado, pues, el Poder judicial, a tenor del art. 243 de la Constitución, conoce jurisdiccionalmente (como es natural) del supuesto delito contra aquélla; de otro lado, el Poder legislativo, asume un papel concebido en términos algo vagos, de "tutela general" podría decirse, de la Carta fundamental.

Esto es, rige el principio de separación de poderes, y a tenor de lo hasta entonces previsto, las Cortes no entrarán a conocer del supuesto delito; pero asumen el papel de custodias de la Constitución, a través

(22) "Tres meses, decía Fitzgerald, van corridos desde aquel día desgraciado para mí..." (Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 655, de 12 de septiembre de 1812, t. V, pág. 3683.)

(23) Cfr. *infra* sobre la amplitud de la contravención a la Constitución y sus consecuencias, posteriormente (1813) prevista por las Cortes.

(24) Aunque esta ley dejó subsistente la posible exacción de responsabilidad a jueces y magistrados del artículo 254 y decretos de las Cortes.

del vehículo del art. 373 (en relación con el 372, de trascendencia ulterior); el 373 es así interpretado en su alcance y consecuencias por la Comisión de Justicia.

Las normas constitucionales que Fitzgerald alegaba —implícitamente— como vulneradas, eran naturalmente, penales (detención ilegal y allanamiento de morada, aunque especialmente el segundo pueda ser consecuencia de la omisión de una norma procesal); pero su alegación fué prematura y mal dirigida, puesto que ya conocía del asunto un Tribunal, por haberlo denunciado él mismo (recogido todo ello en el dictamen de la Comisión de Justicia de las Cortes de 23 de noviembre de 1812, a la vista del testimonio literal de las actuaciones que se le habían remitido por orden de aquéllas).

En cuanto a la norma que se puede considerar aludida después por el mismo (al referirse a las dilaciones que sufre y que parecen también recoger las Cortes, mostrando su impaciencia por la lentitud con que se desarrolla la cuestión), se trata de un principio general procesal, de economía, aunque su violación pudiera dar lugar a un delito (25) (26).

Para controlar la aplicación por el Tribunal —que era el especial de Guerra y Marina— del art. 286 de la Constitución, las Cortes, en su Decreto de 5 de agosto de 1812 —el primero emitido sobre este asunto— pedían a la Regencia les informase en el plazo de tres días sobre si era cierto que, efectivamente, dicho Tribunal conocía ya del problema planteado, y de ser así, del estado en que estaba. El resto del Decreto se hace eco ordenado del dictamen de la Comisión: las Cortes sólo quieren tener un testimonio en relación del proceso al final del mismo “a fin de que pueda enterarse del cumplimiento que tiene la Constitución y del modo con que se castiga a sus verdaderos infractores”.

Aparece así, como hemos dicho, el principio de separación de los poderes estatales, sin que las Cortes, por debido respeto al mismo, extraigan del art. 373, facultad instructora o decisora alguna, que vulnerase el 243.

Por otra parte, queda clara, en aquel momento —poco después se iba a tratar de ampliar la cuestión— la fuerza directa de ciertas normas constitucionales, como tales —y aún superiores a las de los “Códigos civil y criminal”, por vulneración de los derechos en ella garantidos. La garantía procesal del art. 286 es aquí una verdadera norma derivada de las penales en la Constitución incluídas.

(25) En todo caso, este principio debía ponerse en práctica a través de las leyes vigentes (de las que la de 9 de octubre de 1812 apenas había comenzado a desarrollar el nuevo ordenamiento procesal); si se tratase de leyes anteriores a la Constitución, se hubiera planteado aquí el ya conocido problema tan acertadamente tratado por CALAMANDREI (Cir. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova, 1950).

(26) Esta posible responsabilidad penal hubiera estado asegurada por el artículo 254 de la Constitución, que entraría en juego a través del 373 y del 372.

Nos hallamos ante un caso en que las Cortes tienen que construir doctrinalmente la solución del problema de las infracciones cometidas contra la Constitución, en un momento en que esas infracciones no están tipificadas; las Cortes se basan solamente en el espíritu de los principios que informan la Carta fundamental, la cual tiene valor de norma. Que las Cortes no quedan contentas —y podía suponerse que influye mucho en ese descontento, el caso Fitzgerald que ya era ruidoso— lo vemos después. Pero ese descontento no puede suplirse, por el momento, sino por una interpretación de la propia Constitución, y las Cortes se aplican a la del artículo 286.

Este enfoque dado al problema por las Cortes —enfoque procesal ante todo, no entrando en averiguación de los problemas de los supuestos delitos— se aprecia claramente en la propuesta de decreto que la Comisión de Justicia, a la vista del testimonio literal de lo hasta entonces actuado por el Tribunal, formuló en la sesión de 23 de noviembre de 1812; manifestación de descontento al fiscal togado, que no se mostró, a su entender, diligente en la tramitación de la causa, con apercibimiento que para el futuro anunciaba una posible exacción de responsabilidad. Las Cortes no aceptaron esta parte del dictamen, esto es, al menos implícitamente, se dieron por contentas con los argumentos esgrimidos por el fiscal para justificar su demora en el despacho del proceso.

Y para evitar ello, siempre con ocasión del asunto Fitzgerald, las Cortes dictan un acuerdo: “Que se prevenga por regla general a los tribunales que prefieran a todo otro asunto los relativos a infracción en la Constitución (27)”. Este acuerdo, redactado de modo casi idéntico (cfr. el texto, supra), es el Decreto de 28 de noviembre de 1812, en el que queda claro el alcance del principio de separación de poderes, y se declara a los tribunales guardadores directos y especiales (“preferencia”) de la Constitución en caso de “infracciones”, sin que se distinga sobre la calidad de éstas.

Cohonestando este importantísimo Decreto con los anteriores, las Cortes se reservan una posición superior, de guardadoras generales de las disposiciones constitucionales, al amparo del art. 372, del 373 y del 254 indudablemente.

Esto es, las Cortes, entregan la Constitución y su observancia (al menos, en una serie de casos) a los Tribunales, como si fuera una norma más, aunque sea la fundamental. Los Tribunales guardan así un arma preciosa; el legislador español, no está aquí —por el momento— imbuido por la misma preocupación que los juristas franceses del año 1790 (28).

(27) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 707, de 23 de noviembre de 1812, t. V, pág. 4012.

(27') Rechazada la parte del dictamen referente a expresarse por las Cortes su descontento al fiscal togado, este texto se adopta a propuesta del diputado Golfín (Cfr. *Diario de Sesiones* últ. cit., loc. cit.).

(28) Cfr. sobre ello, FAIRÉN GUILLÉN, *Sobre la recepción del recurso de*

Hay que prescindir aquí de la desdichada conducta de Fitzgerald que le acarrea un arresto por querer llevar su "representación" a las Cortes al terreno del escándalo. Aunque esto mismo no refleja sino que la causa y su marcha languidecían [si por razones justificadas o no justificadas, eso las Cortes no lo sabían, y así lo declara la Comisión de Justicia en la sesión de 3 de marzo de 1813 diciendo que "no hay noticia en las Cortes de lo que se haya practicado desde aquella fecha—desde el verano anterior—; y para poder la comisión dar su dictamen sobre un punto que ha llamado la expectación del público, opina que V. M. se sirva preguntar por medio de la Regencia al mencionado gobernador (de la Isla de León) cuál ha sido el curso y cuál es el estado actual de la causa"]. Y la causa languidecía, evidentemente, como consecuencia de la estricta observancia del principio de separación de poderes, que había llevado a las Cortes, a tenor del art. 243 de la Constitución, a no poder, por el momento, hacer otra cosa que velar desde lejos por la marcha del proceso en general, sin poder avocarlo a sí, ni recibir como querrela las quejas de Fitzgerald, para actuar, declarando o no la existencia de un delito contra la Constitución.

Ciertamente, que las Cortes no podían estar satisfechas, y no lo estaban, como vamos a verlo; mas el citado principio constitucional las tenía, por el momento, paralizadas, sin poder poner en marcha, por falta de datos, ni siquiera el mecanismo de exigir responsabilidad al Tribunal que conocía del asunto a través del art. 254 de la Constitución.

Todo esto hubiera podido obviarse, y obviarse asimismo el escándalo que Fitzgerald había producido ya (29), si las Cortes hubieran podido desarrollar una actuación más intensa cuando el citado individuo—que había cometido la imprudencia de denunciar su caso por vías diferentes— formuló su queja de infracción de la Constitución.

Las infracciones contra la Constitución que se denunciaban a las Cortes eran muy frecuentes; el descontento de las Cortes se había manifestado en su Comisión de Justicia con motivo de dictaminar el día 23 de noviembre; la "expectación del público", grande. Aún formulado el Decreto de 28 de noviembre, el mismo día de su publicación surgía en las Cortes otro asunto del mismo tipo; aprovechó la ocasión Muñoz Torrero, insistiendo en que la Comisión de Arreglo de Tribunales propusiera a las Cortes las reglas sobre responsabilidad, no sólo de jueces y magistrados, sino también de todos los empleados públicos, y las fórmulas "que las Cortes deberán usar en los casos de infracción de Constitución para poner el conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad de los infractores de la misma Constitución, confor-

casación en España (recurso de nulidad y recurso de casación), en ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Madrid (en prensa), *passim*.

(29) Recordemos sus escritos destemplados a las Cortes y su abortado intento de provocar un escándalo en las propias Cortes desde la tribuna, lo cual evitaron éstas reuniéndose previamente nada menos que en sesión secreta para combatir lo proyectado.

me al art. 372" (30). Añadió Mejía como propuesta, que fué aceptada con la anterior: "Que se proponga igualmente la fórmula para declarar la formación de causa" (31).

La casi coincidencia cronológica de estos acuerdos en relación con el último paso del desarrollo del caso Fitzgerald, y descontento, al menos de ciertos diputados sobre la actuación del fiscal togado, nos hace pensar en una posible concatenación, fijada por las Cortes para poner mejor remedio en el futuro a las vulneraciones de la Constitución, mediante una mayor intervención en su tratamiento.

La Comisión de Arreglo de Tribunales (32) activó su trabajo, que presentó como proyecto en la sesión de 13 de julio de 1813 (33); nos llevaría muy lejos su examen y discusión. Y no es ésta aquí nuestra pretensión.

Pero conviene observar que la mentalidad de la Comisión ya no es la misma que la de la Justicia en los meses de agosto y noviembre de 1812.

Todos los delitos contra la Constitución —y su alcance es muy amplio— serán "juzgados por la jurisdicción ordinaria" (art. 28); pero los infractores podrán ser acusados, no solamente "ante el Juez y Tribunal competente, o ante el Rey, que los hará juzgar por quien corresponda" sino también "ante las mismas Cortes, conforme al artículo 373 de la Constitución." (Ha cambiado radicalmente la interpretación de esta norma.)

En tal caso, las Cortes habrían de nombrar "una comisión de su seno, ampliamente autorizada" para que "instruya un expediente a fin de apurar la certeza del hecho; y resultando éste en debida forma, con audiencia del acusado, declararán, oída la comisión, que en haberse hecho tal cosa se ha infringido tal artículo de la Constitución, o que no hay o no resulta infracción, si así fuese" (art. 31). Y "Declarada la infracción, mandarán las Cortes reponer todo lo obrado contra la Constitución y dictarán los remedios oportunos; el acusado quedará suspenso, y se pasará certificación de la declaración "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 sus delitos 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" (art. 31). En ello, "Los jueces y

(30) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 711, de 28 de noviembre de 1812, t. V, pág. 4030. En la corta discusión—que no aparece textualmente en el acta—intervino el diputado Calatrava.

(31) Cfr. *Diario de Sesiones* últ. cit., loc. cit.

(32) Ya había presentado parte de su trabajo en la sesión del 27 de enero de 1813 (Cfr. *Diario de Sesiones* cit., núm. 757, t. VII, pág. 4598 y s.).

(33) Cfr. el texto en el *Diario de Sesiones* de la fecha, núm. 910, t. VIII, pág. 5698 y ss.

tribunales procederán con la mayor actividad, prefiriéndolas (las causas de Constitución) a los demás negocios y abreviando los términos cuanto sea posible" (art. 33).

La fundamentación del art. 31 del proyecto, es muy curiosa; "Últimamente —dice— la comisión ha creído que cuando se denuncie a las Cortes alguna infracción de la Constitución, conforme a lo que ésta previene en los artículos 372 y 373, conviene mucho que las Cortes mismas, como conservadoras de las leyes fundamentales, sean las que declaren si hay o no verdadera infracción 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 tal hecho, ni gradúan el crimen, ni la aplican la pena determinada por la ley, que son las funciones propias de los jueces; y si hubiese lugar a alguna duda, bastaría para quitarla el art. 372, por el cual se previene que las Cortes tomen en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubiesen hecho presentes, para poner el conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad... Este encargo de poner el remedio conveniente en la infracciones de la Constitución autoriza a las Cortes, en tal caso, aun para más que la simple declaración de haber sido infringida; y es indisputable que la facultad de hacer semejante declaración es uno de los remedios más oportunos para que las Cortes contengan esta clase de delitos, y hagan efectiva la responsabilidad de los que lleguen a cometerlos" (34).

A pesar de esta hábil interpretación, la Comisión no puede evitar que ya su léxico indique cómo las Cortes, en tal caso, asumen facultades judiciales; esto se hace aún más claro, ya que del contexto del artículo 31 se ve que la declaración de infracción formulada por las Cortes vincula al tribunal, y lo mismo la de no infracción (art. 32) (solamente la declaración de que "no resulta infracción" es la que hace posible el acceso del acusador ante el tribunal "si proporcionare mejores pruebas"). El principio de separación de poderes, queda hecho elástico, en beneficio del legislativo.

El estudio de este curiosísimo proyecto hay que hacerlo en el seno del de la evolución de las ideas constitucionales de nuestros juristas, y de las influencias que recibían amén su propia experiencia —que era ya muy extensa en materia de denuncias de infracciones de la Constitución, una de las cuales hemos narrado en su desarrollo judicial y constitucional—. Cualquiera lector podría estimar: "El autor de esto ha leído primero el proyecto de Ley de 13 de julio de 1813, y luego ha desarrollado en torno al caso Fitzgerald las ideas del mismo." Y no ha

(34) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 910, de 13 de julio de 1813, t. VII, página 5698.

sido así, sino a la inversa. El caso Fitzigerald, como otros muchos, conduce, por sus pasos, a su conclusión, al proyecto de ley de infracciones a la Constitución de 13 de julio de 1813. Ante él podríamos adelantar una idea: si en 1811 y 1812 los legisladores de Cádiz demostraron no temer ni desconfiar excesivamente del Poder judicial, posteriormente, esta desconfianza o temor, se fué produciendo o aumentando, al menos, hasta el mes de julio de 1813. ¿Influyó solamente la caótica situación de España en aquellos dos años, no valorada en ocasiones exactamente desde la Isla de León? ¿Influyeron ejemplos, experiencias, doctrinas importadas? Habría que pensar en todo, o en la elaboración de una doctrina, de la cual la Constitución de 1812 solamente nos da los primeros pasos, habiendo de seguirse toda la evolución del constitucionalismo español para comprender en cada momento la razón de ser de las relaciones entre Poder legislativo y Poder judicial, hasta llegar a nuestros días, en los que el camino tomado por las Cortes en 1813 se halla transformado.

Universidad de Valencia, abril de 1957.