

# EL ESTATUTO DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO

Por LUIS MORELL OCAÑA

*Sumario:* EL CONCEPTO Y RASGOS BÁSICOS DE LA CONDICIÓN DE MIEMBRO DEL GOBIERNO: A) El proceso de sustantivación del *status* de miembro del Gobierno. B) Rasgos básicos del *status* de miembro del Gobierno: 1. La asignación de una esfera de actuación propia en el marco de las funciones del Gobierno; 2. La coparticipación en la adopción de las decisiones del Gobierno; 3. El principio de la responsabilidad colectiva y sus límites desde la perspectiva del *status* personal de los miembros del Gobierno; 4. La sumisión a la facultad de dirección del presidente del Gobierno.—II. NOMBRAMIENTO Y CESE DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO.—III. LA RESPONSABILIDAD PECULIAR DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO: A) La responsabilidad política. B) La responsabilidad penal. C) Responsabilidad civil. D) Responsabilidad económica ante el Tribunal de Cuentas.—IV. INCOMPATIBILIDADES: A) Estado actual de la cuestión: 1. Incompatibilidad con toda otra profesión privada; 2. El ámbito de la incompatibilidad con otra función pública; a) La regla general y sus excepciones. b) Su posible prolongación en el tiempo. c) El problema de la incompatibilidad con los cargos de carácter docente. B) La compatibilidad con el mandato parlamentario: 1. El sentido de esta compatibilidad; 2. La incompatibilidad con cualesquiera otras funciones representativas.—V. LOS EFECTOS ECONÓMICOS DE LA RELACIÓN DE EMPLEO: A) Las retribuciones de los miembros del Gobierno. B) Derechos pasivos.

## I. EL CONCEPTO Y RASGOS BÁSICOS DE LA CONDICIÓN DE MIEMBRO DEL GOBIERNO

### A) El proceso de sustantivación del «*status*» de miembro del Gobierno

Una observación superficial del texto constitucional español pone inmediatamente de relieve cómo su posición, en este punto, es consecuencia de un doble y encontrado proceso histórico: de una parte, el de sustantivación del Gobierno, en cuanto institución recogida y regulada paulatinamente por el Derecho positivo, y de otra, el de desdibujamiento creciente de la figura del Ministro, cuyo perfil singular va desapareciendo ante el empuje de una variada serie de instituciones que se le asemejan material o formalmente.

En efecto, un reconocimiento constitucional del Gobierno no se produce hasta bien avanzado el régimen constitucional, y una vez que va deteriorándose la posición del Jefe del Estado como piedra angular del Poder ejecutivo para colocarse en una posición, al menos en los regímenes parlamentarios, neutral; y en cambio va granando en el escalón inmediatamente inferior el centro de gravedad del propio Poder ejecutivo. De todos modos, son los ministros los que prestan sustantividad durante largo tiempo a la institución, ya que ésta es la resultante de la reunión —regulada o no por la legislación ordinaria— de los propios ministros.

Lograda la plena sustantividad jurídica del Gobierno, está ya en marcha un desajuste entre la función administrativa y la gubernamental, de modo que esta última empieza a extenderse sobre aspectos que no quedaban incardinados en la división ministerial que con pretensión agotadora abarcaba la función administrativa. Se incorporan, así, al Gobierno otros miembros que, en principio, asumen el rango de ministros, pero que no se ocupan de ninguno de los grandes ramos administrativos o Departamentos ministeriales. Después, la organización del Gobierno se va haciendo más compleja, hasta el punto de que puede llegar a integrarse de miembros que asumen calidades personales diferentes, y que no siempre adquieren la calidad y *status* de ministros.

#### **B) Rasgos básicos del «status» de miembro del Gobierno**

La Constitución dibuja algunos de los trazos que componen el *status* de miembro del Gobierno, relegando su artículo 98-4 a la Ley ordinaria el diseño acabado de su estatuto personal. Sin embargo, del propio entorno constitucional de la figura se pueden ya extraer los caracteres básicos de ese estatuto personal, que es la cuestión que aquí interesa tratar. Sustancialmente, estos caracteres derivan de la posición de miembro del Gobierno, no cualificado, en el seno de un órgano colegiado con características muy peculiares. De aquí que los rasgos definitorios deban de abordarse del modo siguiente.

## 1. LA ASIGNACIÓN DE UNA ESFERA DE ACTUACIÓN PROPIA EN EL MARCO DE LAS FUNCIONES DEL GOBIERNO

Durante largo tiempo, la pertenencia al Gobierno era una cualidad derivada de la titularidad de una esfera de actuación personal y propia, la jefatura de un Departamento ministerial. En la actualidad, sin embargo, se observan dos hechos que rompen con esa caracterización: 1.º además de la jefatura de un Departamento ministerial, existen otras cualidades y funciones que pueden originar la atribución de la cualidad de miembro del Gobierno; 2.º en todo caso, la esfera funcional propia resulta atribuida como consecuencia de la posesión de la calidad de miembro del Gobierno, y no al revés.

Es decir, se ha producido una obligada desconexión conceptual entre Gobierno y Administración Pública, y en el entorno funcional del primero existen materias distintas de la relativa a la dirección de la Administración Pública. Como consecuencia, no se es miembro del Gobierno tan sólo porque asuma la jefatura de uno de los grandes ramos administrativos, ni el Gobierno tiene como única tarea la de coordinar la organización administrativa y su funcionamiento. Por ello, hay que buscar un fundamento más amplio a la condición de miembro del Gobierno. Y a la vista de la realidad comparada actual, y de las peculiares responsabilidades y funciones gubernamentales, la cualidad de miembro del Gobierno puede derivar de la atribución a una persona determinada de una esfera funcional propia en relación con:

1. Las relaciones del Gobierno con otras instituciones constitucionales, como es el Parlamento. Ciertamente, es más frecuente que se realice un desdoblamiento funcional de la figura del ministro, de modo que éste o varios de ellos cuenten con un secretario de Estado para asumir la materialidad diaria de dichas relaciones. Pero también es posible que un ministro solamente o, en general, un único miembro del Gobierno asuma como esfera funcional propia la de canalizar las relaciones gubernamentales con la institución parlamentaria. Todavía cabe otra alternativa, que es la de que dichas relaciones sean asumidas por la correspondiente organización del partido político, con

lo que no serían motivo del otorgamiento de la condición de miembro del Gobierno.

2. Las relaciones del Gobierno con otras instituciones sociales o colectivos necesitados de una específica protección. Frecuentemente se observa, en las modernas configuraciones gubernamentales, que el Gobierno sustantiviza sus preocupaciones en torno a un sector social determinado, o instituciones sociales de importancia, confiriendo la correspondiente esfera funcional a un miembro del Gobierno. Tal esfera no comporta, desde luego, la constitución de un Departamento ministerial, sino, en todo caso, un pequeño aparato de apoyo burocrático para ese miembro del Gobierno, cuya denominación no siempre es la de ministro. En la etapa preconstitucional española, el ministro para las Regiones o, en otros países, el ministro para la Condición de la Mujer o de la Familia, responden a esta caracterización.

3. Las relaciones con territorios determinados. La crisis de la división ministerial por grandes ramos o materias administrativas se manifiesta, en algunos países, en la necesidad de completar la composición del Gobierno incluyendo miembros cuya misión sea la de asumir las relaciones del mismo con determinados territorios, normalmente organizados conforme a las posibilidades que brinde el correspondiente Derecho público. Puede, incluso, el miembro del Gobierno asumir esta condición y la titular de un cargo en la correspondiente organización territorial.

4. Otra de las manifestaciones de la crisis de la división ministerial clásica se manifiesta en el crecimiento de las funciones del presidente del Gobierno en orden a la coordinación de las distintas actividades de los Departamentos. Ciertos problemas o grupos homogéneos de problemas se resisten a una departamentalización estricta; y, por otra parte, la debilidad de los mecanismos de coordinación clásicos ha ido originando la adición de piezas coordinatorias en lugares cada vez más altos de la organización. Pues bien, el engarce entre esos mecanismos y el presidente puede realizarse mediante la delegación, en un miembro del Gobierno, de las funciones coordinadoras de éste.

5. Naturalmente, la esfera funcional característica de los miembros del Gobierno no sigue siendo la jefatura de un Depar-

tamento ministerial. Pero ya esta ecuación se rompe, no sólo en la perspectiva anteriormente expuesta, sino también en el sentido de que el asumir esa jefatura no lleva ya siempre y en todo caso la posesión de un puesto en el Gobierno.

6. El ejercicio de misiones específicamente presidenciales, por encargo directo del propio presidente.

## 2. LA COPARTICIPACIÓN EN LA ADOPCIÓN DE LAS DECISIONES DEL GOBIERNO

Este es, desde luego, el rasgo distintivo, en la medida en que se refleja el efecto esencial de la condición de miembro de un órgano colegiado con funciones propias constitucionalmente establecidas. Rasgos cuya importancia se acentúa si se tiene en cuenta estas dos circunstancias:

1. La desaparición de la jefatura de un Departamento ministerial como cualidad determinante del puesto en el Gobierno, puesto que venía a ser una consecuencia de aquella cualidad.

2. La presencia en las deliberaciones del Gobierno de titulares de cargos de diversa índole, si bien tan sólo para informar y ayudar a la adopción de decisiones, pero no para participar con su voto en la formación de la voluntad del órgano colegiado.

Es de advertir, no obstante, que no pueden aplicarse aquí, sin más, las tradicionales reglas relativas a la formación de la voluntad propias de los órganos colegiados; y que, por tanto, la coparticipación en la formación de la voluntad del Gobierno tiene para sus miembros un fuerte matiz de peculiaridad, como consecuencia de la posición constitucional del presidente, en relación con los demás miembros no cualificados del órgano colegiado.

En efecto, y aun reconociendo la variabilidad de las relaciones entre el presidente y los demás miembros del Gobierno, según los distintos sistemas constitucionales, hay que convenir que salvo excepciones señaladas, como la de Suiza, en la que la pirámide del Ejecutivo es en verdad un órgano colegiado, en los demás casos existe un evidente desequilibrio institucionali-

zado, en el seno del Gobierno, entre la posición del presidente y la de los demás miembros. C. J. FRIEDDRICH ha recordado la anécdota que se cuenta de Lincoln, cuando terminó una deliberación de su gabinete en la que todos los secretarios habían mantenido una opinión contraria a la suya, con estas significativas palabras: «Votos en contra, siete; votos en pro, uno; queda aprobada.» Naturalmente, nada hay tan distinto como el gabinete norteamericano y los Gobiernos de los sistemas parlamentarios; pero en éstos también se ha venido reflejando, primero de hecho y luego de derecho, la posición de supremacía del presidente del Gobierno. Lo que ocurre es que en estos otros sistemas se cruza el principio de la responsabilidad colectiva de todos los miembros del Gobierno ante el Parlamento, atenuando un tanto esa supremacía.

De todos modos, y a salvo de examinar después el alcance de ese principio de la responsabilidad colectiva, lo cierto es que la Constitución personifica en el presidente del Gobierno el otorgamiento de las funciones y competencias de esta institución, y eso relativiza grandemente el alcance de la participación de los miembros restantes del Gobierno en el método de formación de la voluntad del mismo.

### 3. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA Y SUS LÍMITES DESDE LA PERSPECTIVA DEL «STATUS» PERSONAL DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO

Considerado como principio clave del gobierno parlamentario, tiene una dimensión genuinamente política, pero trasciende en sus efectos al campo estrictamente jurídico. Según los autores británicos, significa simplemente que el Gobierno, como órgano colegiado, es responsable ante el Parlamento, quedando excluida la responsabilidad individual y, también, la exención individual de responsabilidad, en lo que se refiere a la actuación del Gobierno.

Ahora bien, el principio de la responsabilidad colectiva, como ha sido ya señalado, tiene una genuina dimensión política, y se hace efectivo a través de la pérdida de la confianza parlamen-

taria y obligada dimisión del Gobierno; así lo contempla expresamente el artículo 101 de nuestro texto constitucional. En lo que trasciende de la pura relación política de confianza, el tema exige una serie de matizaciones. Matizaciones que, por otra parte, recoge la Constitución, cuando en el artículo 98-2 sienta la regla de que

«el Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, *sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de éstos en su gestión*».

Una interpretación sistemática del precepto descubre, por de pronto, el verdadero alcance del principio de la responsabilidad colectiva. Tal principio, que se hace efectivo en la dimisión del Gabinete tras la censura parlamentaria, no impide la existencia de una responsabilidad individual de los miembros del Gobierno, en atención a los dos trazos básicos de su *status*; la atribución de una propia órbita funcional y la responsabilidad que como miembro del órgano pudieran asumir por las decisiones adoptadas.

Nada hay que precisar en cuanto a la responsabilidad derivada de decisiones adoptadas en el interior de su propia esfera funcional. Sí, en cambio, exige una aclaración el segundo aspecto, esto es, el relativo a la responsabilidad que cada miembro deba asumir como consecuencia de una decisión adoptada por el propio Gobierno. Creemos que hay que entender aplicable la regla general, típica de los órganos colegiados, de que el voto en contra, debidamente documentado en el acta, exime individualmente de la responsabilidad que derive del acuerdo adoptado.

En efecto, el artículo 14 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que

«1. Los miembros del órgano colegiado podrán hacer constar en acta su voto contrario al acuerdo adoptado y los motivos que los justifiquen.

2. Cuando voten en contra y hagan constar su motivada oposición, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos del órgano colegiado.»

#### 4. LA SUMISIÓN A LA FACULTAD DE DIRECCIÓN DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO

En el desarrollo de la actividad propia, los miembros del Gobierno se encuentran sometidos a la facultad directiva del presidente. Como señala el artículo 98-2,

«el Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de éstos en su gestión».

Se trata, pues, de una posición de supremacía del presidente que encarna en esa función directiva; función con fundamento claro en la relación de confianza que deriva del nombramiento y que puede cesar en cualquier momento con la propuesta presidencial de cese. Función, sin embargo, que se resiste a una disección analítica a fin de comprobar su total contenido. Desde hace algún tiempo se viene intentando residenciar esa posición de supremacía del presidente en su facultad «determinar las directrices de la política» que habrá de seguir el Gobierno, a que se refiere, por ejemplo, la Ley Fundamental de Bonn. Facultad que los propios juristas alemanes encuentran muy difícil de sustantivar, y cuyo contenido estiman correlativo a la personalidad del Primer Ministro. WILCHEM HENNIS ha escrito que el uso que Konrad Adenauer hizo de ella ha motivado que se denomine «democracia del canciller» al sistema político de la República Federal Alemana; y sin embargo,

«después de la experiencia con los cancilleres Erhard y Kiesinger, sabemos que esta posición es precaria y muy fácil de perder».

Por otra parte, el propio contenido de la expresión «directrices», como la de «directivas», que también se ha venido empleando con una intención equivalente, es extraordinariamente fluido y poco determinable *a priori*. Para la jurisprudencia francesa, está claro que las directivas son una autolimitación de poderes discrecionales, sin el carácter de norma reglamentaria, que vinculan a la autoridad administrativa, inferior, si bien no pueden fundamentar un recurso por exceso de poder contra ellas por



parte de los administrados. Más depurada y compleja es la doctrina alemana, para la cual las directivas son una modalidad de reglamentos interiores (las otras son: los reglamentos emanados como consecuencia de relaciones especiales de poder y las instrucciones de servicio), entendiéndoselas como prescripciones administrativas generales que tienen fuerza obligatoria en el interior de la Administración; no se dirigen, pues, a destinatarios exteriores a ella; y regulan la gestión administrativa interna.

## II. NOMBRAMIENTO Y CESE DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO

El precepto básico está constituido por el artículo 100 de la Constitución, según el cual los miembros del Gobierno, salvo el presidente,

«serán nombrados y separados por el Rey, a propuesta de su Presidente».

En un plano estrictamente formal, pues, el acto de designación o cese corresponde al Rey, relegándose la facultad del presidente a la posibilidad de una propuesta. Ahora bien, es necesario hacerse cargo del valor jurídico que respectivamente tienen estas dos intervenciones en el nombramiento y cese de los miembros del Gobierno, para, de ese modo, despejar toda posible interrogante que pueda producirse en el caso de la negativa, por ejemplo, del Rey a la aceptación de la propuesta que le ha sido formulada. Cuestión que hay que interpretar, primero y ante todo, desde una perspectiva histórica, para luego desembocar en la obligada interpretación sistemática del precepto que queda transcrito.

Y es que nos encontramos, en lo que al Derecho constitucional se refiere, en una etapa en la que se mantienen formas acuñadas en una fase histórica anterior, con un sentido diferente al que ahora, como consecuencia de la propia evolución, asumen en el contexto del régimen constitucional. El problema de la in-

intervención de la Corona, en efecto, ha atravesado por dos sucesivas caracterizaciones; desde el punto de vista del contenido de esta intervención, sin que el mundo de las formas haya cambiado de modo ostensible. Es conocido, en este sentido, cómo la primera historia del constitucionalismo europeo fragua como consecuencia de la mutua intervención de la Corona y el Parlamento; y, durante toda esa primera época, las decisiones de mayor trascendencia institucional vienen referidas a una expresión conjunta de ambas voluntades. Por otra parte, en la cúspide del Poder ejecutivo ha sido precisamente situada la Corona, quedando en la penumbra constitucional las piezas que, por debajo del Rey, colaboran con él en el ejercicio de la función ejecutiva. Es en esta época donde cuaja en una variada serie de moldes jurídicos la intervención de la Jefatura del Estado, siendo con toda probabilidad en el entorno del proceso legislativo donde se dibuja un mayor esfuerzo de la doctrina y de la legislación por tipificar los actos que corresponden a la Jefatura del Estado; así, por ejemplo, el Parlamento asume solamente la propuesta de la Ley, en tanto que la Corona se la asigna una sanción (aprobación de la propuesta), promulgación y publicación. La perplejidad que produce el verdadero carácter actual de actos como el de sanción y promulgación de la Ley, pone bien a las claras la profunda alteración que se ha producido en su contenido y significación reales.

Y es que, en tanto en los sistemas presidencialistas la Jefatura del Estado lleva consigo un auténtico liderazgo del Ejecutivo (compartido, no obstante, en los sistemas dualistas, con el Presidente del Consejo de Ministros) y, por tanto, unos poderes efectivos de decisión, en los regímenes parlamentarios el Gobierno y su Presidente avanzan hacia la cúspide del Ejecutivo, mientras que la Jefatura del Estado queda situada en un terreno neutral, aséptico, por encima de la dialéctica Parlamento-Gobierno, que ha venido a ocupar el lugar de la primitiva relación Corona-Parlamento.

Esta transformación institucional se observa con toda claridad, en el plano jurídico, en la evolución del significado de la sanción de las leyes. Bajo la primera época constitucional, la doctrina alemana—sobre todo LABAND—insiste en el dato de que

el proceso legislativo incluye dos momentos básicos: el de fijación del contenido de la ley, que corresponde al Parlamento, y el de otorgamiento del valor obligatorio a la misma, que pertenece a la Corona. El primer momento no llevaría consigo manifestación ninguna de *imperium*, sino la pura operación mental tendente a la apreciación de la conveniencia de la nueva legalidad y de su contenido; el verdadero poder del Estado comenzaría a ejercerse después al hilo del acto de sanción, cuyo contenido sería el propio de una auténtica aprobación. La única limitación inicial consistiría en que el Rey no puede aprobar como ley más que las propuestas que le verifique el Parlamento. Posteriormente G. JELLINEK reduciría aún más el significado de la intervención parlamentaria, situando en las Cámaras un mero consentimiento al ejercicio de la voluntad legislativa, que pertenecería al Rey, ejerciéndose mediante el acto de sanción; pero éste no se limitaría a conferir fuerza obligatoria a la voluntad parlamentaria, sino que la voluntad real sería la propia voluntad legislativa.

Sin embargo, el propio constitucionalismo alemán daría un giro de 180 grados en la Constitución de Weimar, sustantivando la voluntad parlamentaria y reduciendo el contenido del acto de sanción. Y, en general, los regímenes parlamentarios, al reducir el campo de la prerrogativa real, han transformado profundamente el sentido jurídico de la sanción de la ley; hoy es, en realidad, un acto de atestiguamiento o certificación de la existencia de una manifestación de voluntad normativa parlamentaria. *La sanción es, pues, una forma necesaria de la ley, pero no un modo de coparticipación de la Corona en la voluntad legislativa.*

Pues bien, esta misma evolución se advierte del lado del ejercicio de las funciones del Gobierno y de su presidente, en las que tiene en último término que intervenir el Jefe del Estado. Pero deben añadirse dos consideraciones adicionales. La primera deriva de otro de los datos de la evolución constitucional y se refiere al papel predominante de la figura del Primer Ministro. No es casualidad que la situación actual del sistema de Gabinete, en el régimen parlamentario, sea ya calificada como

«Prime Minister Government», porque la posición constitucional del presidente del Gobierno tiene hoy un relieve no paragonable con el que en el pasado tuviere la propia cúspide del Poder ejecutivo. El argumento de la historia vale, pues, también para interpretar el carácter de las relaciones entre el Jefe del Estado y presidente del Gobierno. La segunda consideración nos pone ya ante la anunciada interpretación sistemática.

Conocido es, desde esta perspectiva, cómo la posición institucional de la Jefatura del Estado es, en el sistema parlamentario, caracterizable como al margen por encima de la responsabilidad política, que se reparte y se exige mutuamente entre Parlamento y Gobierno. Carecería entonces de sentido considerar posible alguna coparticipación del Jefe del Estado en la elección de los miembros del Gobierno, ya que supondría tanto como compartir la posible responsabilidad política exigible después a la vista de la gestión de los mismos, marginando de la responsabilidad política, que la Constitución instrumenta mediante el mecanismo del refrendo de los actos del Jefe del Estado.

A este último respecto, establece el artículo 64 de la Constitución que

«1. Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes. La propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno y la disolución prevista en el artículo 99 serán refrendados por el Presidente del Congreso.

2. De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden.»

De esta suerte, y mediante la institución de refrendo, de la que habrá que ocuparse después, de los actos del Rey responden otras personas. En el supuesto de nombramiento y cese de los ministros, claro está, será el presidente del Gobierno, que es quien, además de verificar la propuesta, refrenda el nombramiento efectuado por el Rey. Naturalmente, si la Constitución confiere una responsabilidad, es porque ha conferido al presidente la correspondiente facultad de decidir sobre quiénes han de formar parte del Gobierno o han de abandonarlo.

### III. LA RESPONSABILIDAD PECULIAR DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO

#### A) La responsabilidad política

La condición de miembro del Gobierno acarrea una variada serie de formas de responsabilidad, cada una de las cuales se desencadena y resuelve de una manera peculiar, singularizando, en este aspecto, el estatuto peculiar del cargo. Pero, sobre todo, hay un género de responsabilidad que es la que traza la diferencia entre los miembros del Gobierno y los demás titulares de cargos y oficios integrados en el Poder ejecutivo: es la responsabilidad política. Responsabilidad no exigible, como las demás, ante los Tribunales de Justicia, sino ante el Parlamento, que se produce a través de medios propios y que se hace efectiva también a través de una sanción característica.

La responsabilidad política, en efecto, no se depura por los Tribunales de Justicia. Toda la larga evolución que tiende a separar, en el seno del Consejo de Estado francés, el acto de gobierno del acto administrativo, tiene precisamente por objeto definir, aunque sea de modo negativo, el campo de la responsabilidad política, y no judicial, de los órganos que integran la cúspide del Poder ejecutivo. Hoy ha quedado claro, sin embargo, que puede haber una zona secante, o de coincidencia de juego de la jurisdicción y del sistema de la responsabilidad política. Sobre todo, porque ésta última es exigida por el Parlamento enjuiciando políticamente la oportunidad y la eficacia de las acciones gubernamentales, cualesquiera que sean las consecuencias que de dichas actuaciones pudieran, en su caso, derivarse ante los Tribunales de Justicia. Es decir, lo que confiere un carácter propio a la responsabilidad política *no es el objetivo sobre el que se produce, sino la institución que la exige y los medios por los que se hace efectiva*. Y, desde luego, no pueden trazarse unos límites a partir de los cuales juegue ella y no las demás, sino al contrario; la responsabilidad política existe allí donde no cabe otro tipo de responsabilidad, pero coexiste donde puedan otras depurarse, con tal de que esté en juego la oportunidad y

la eficacia de las medidas adoptadas por el Gobierno o alguno de sus miembros en el ejercicio de la función que a aquél le ha sido confiada por la Constitución.

## B) La responsabilidad penal

Dos temas podrían plantearse, en punto a responsabilidad penal de los miembros del Gobierno; por una parte, los supuestos en que la misma sea exigible, y por otra, los pormenores de carácter procesal que la Ley establece. Ambas cuestiones, por supuesto, han de ser referidas a las acciones u omisiones realizadas en el ejercicio de su cargo, y a este entorno se refiere de modo expreso la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en su artículo 46. Ahora bien, dentro del mismo, las normas penales aplicables serán, naturalmente, las generales que contemplan la responsabilidad criminal de conductas realizadas por autoridades y funcionarios en el ejercicio de su cargo. La peculiaridad es, pues, exclusivamente procesal.

En este sentido, los sistemas jurídicos toman un doble fundamento, para configurar la especialidad procesal. De una parte, el equilibrio de los poderes entre sí; de otra, la garantía frente a la posibilidad de apertura de procesos penales infundados, con la distorsión que ello comporta para quien ejerce una función pública.

Estas razones han llevado a configurar dos opciones: el sistema de la autorización previa para proceder y el del antejuicio del propio Tribunal competente, antes de proceder a la apertura del sumario. El sistema de autorización previa se vino aplicando para neutralizar toda posible ingerencia del Poder judicial en la dinámica de los otros dos poderes, de modo que se exigía dicha autorización antes de proceder contra algún miembro del Parlamento o alguna autoridad administrativa. La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sin embargo, señala, en relación con las personas incorporadas a la organización administrativa, que

«en ningún caso será requisito indispensable para la apertura y validez del procedimiento judicial (contra autoridades y funcionarios) el consentimiento previo de la autoridad administrativa».

Con ello, el sistema de la autorización previa, a través de la institución de *supplicatorio*, queda limitado a los miembros del Parlamento.

Por otra parte, el sistema de antejuicio está previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento penal de jueces y magistrados. En esencia, el antejuicio es un procedimiento que tiene por finalidad la reafirmación del querellante en su voluntad de apertura del juicio criminal, y la de proporcionar al órgano judicial los elementos convenientes para realizar una primera valoración de los fundamentos de la querrela presentada (artículos 757 a 778, inclusive, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En definitiva, y en relación a esto último, el artículo 774 señala que

«el Tribunal resolverá lo que estime justo...».

Es decir, apertura o no del sumario. Y prácticamente, ésta es la idea a que se adhiere la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuando en su artículo 46-1 señala que

«las acciones u omisiones de los Ministros, en el ejercicio de su cargo, que revistan carácter de delito serán enjuiciadas por el Tribunal Supremo de Justicia en Pleno, quien se pronunciará previamente sobre la procedencia de la apertura del sumario».

A la vista de este precepto se plantea, claro está, una cuestión inicial, consistente en la conveniencia de que en el futuro la Ley generalice el sistema y, en consecuencia, pueda aplicársela no sólo a los ministros, sino a los *miembros del Gobierno* en general. Pero, al margen de esta reforma, lo importante es ahora situar la cuestión en el marco de las relaciones entre la Justicia Penal y el Poder ejecutivo, relaciones que han estudiado en profundidad, en los últimos tiempos, PARADA VÁZQUEZ y L. MARTÍN-RETORTILLO, analizando los obstáculos que sucesivamente se han ido interponiendo para la depuración de la responsabilidad de los funcionarios públicos en general. En concreto, las conclusiones de PARADA son las siguientes:

«1. Complementar el artículo 44 de la Ley de Régimen Jurídico, en el que se establece la innecesariedad del consentimiento previo de la autoridad administrativa para la apertura y validez del procedimiento judicial, con el establecimiento, en fórmula afirmativa sin excepciones ni paliativos, de la plenitud de jurisdicción de los jueces y Tribunales penales ordinarios y especiales, excluyendo formalmente la posibilidad de toda cuestión previa administrativa.

2. Derogación del artículo 15 de la Ley de 17 de julio de 1948, referente a las cuestiones previas administrativas e interdicción formal, mediante la consiguiente reforma de esta Ley a la Administración de la facultad de plantear cuestiones de competencia positivas a los jueces y Tribunales penales ordinarios y especiales, salvo quizá en materia de faltas por la posibilidad de una competencia común o alternativa del derecho sancionador administrativo de policía, argumento que, como se comprende, es *a limine* implantable en materia de delitos.

3. Regulación en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de un procedimiento cuyas características habrían de ser la rapidez y la oficialidad para la sustanciación de las cuestiones prejudiciales administrativas que, implicadas en un proceso penal, los Tribunales de esta jurisdicción remitiesen a los Tribunales contencioso-administrativos para su conocimiento en los términos establecidos en los artículos 3.º y 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. Modificación del artículo 46 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, inspirado por el principio de fuero personal para determinadas categorías de funcionarios, en el sentido de afirmar la necesidad del principio de especialización administrativa de los jueces instructores y Tribunales para el enjuiciamiento de los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones administrativas, sin perjuicio de la competencia de los jueces de instrucción ordinaria para el inicio de los correspondientes sumarios e instrucción de las primeras diligencias, y sin perjuicio, también, de la competencia de los órganos jurisdiccionales ordinarios para el conocimiento de los delitos cometidos por los funcionarios sin relación alguna con la función pública. Esta Magistratura especializada podría buscarse hoy fácilmente en la escala especial de magistrados de las Salas de lo Con-



tencioso-Administrativo, creada por la Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956 y que ha constituido una de sus más felices innovaciones.»

El análisis verificado por LORENZO MARTÍN-RETORTILLO se centra especialmente en la praxis del sistema de conflictos jurisdiccionales desde 1980—que es la fecha del trabajo de PARADA—en adelante. El problema, desde este ángulo de observación, es precisamente la interpretación del artículo 15 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales; sin embargo, un examen de la jurisprudencia de conflictos revela que en diez años, a partir de la fecha señalada, no se permitió a la Administración plantear cuestión administrativa previa al enjuiciamiento criminal de un funcionario público, al amparo del citado artículo 15, rompiéndose excepcionalmente este respeto para la integridad de las competencias de la jurisdicción penal en el Decreto 2852/1973, relativo al delegado provincial del Ministerio de la Vivienda en Huelva. La conclusión del autor es semejante a la de PARADA, postulando ambos, pues, la desaparición de obstáculos de esta índole en el desenvolvimiento del sistema de responsabilidad criminal de autoridades y funcionarios públicos. Es indudable que, en relación con los miembros del Gobierno, el nuevo clima constitucional puede permitir una evolución positiva, en este sentido.

### C) Responsabilidad civil.

Una simple observación superficial de la legalidad ordinaria en vigor pudiera llevar a la conclusión de que el sistema de la responsabilidad civil de los miembros del Gobierno no tiene otra particularidad que la relativa al fuero peculiar, ya que el artículo 45-1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado señala únicamente que

«la responsabilidad civil de los Ministros se exigirá ante el Tribunal Supremo en Pleno».

Sin embargo, al situar el tema en el marco general de la responsabilidad civil de las autoridades y funcionarios públicos, en seguida aparecen una serie de dificultades, como consecuen-

cia de los vacíos que ha ido dejando una evolución legislativa más preocupada por aclarar los grandes principios del sistema de responsabilidad de la Administración y sus agentes, que por los engranajes concretos a través de los cuales dicha responsabilidad pudiera hacerse efectiva.

Está, en primer lugar, el problema del ámbito sobre el que puede desenvolverse la responsabilidad civil de los miembros del Gobierno. Se trata, en efecto, de saber si ese ámbito coincide o no materialmente con la totalidad de su esfera de actuación, tanto en cuanto miembros de un órgano colegiado con el carácter ambivalente que tiene el Gobierno—político y administrativo a la vez—como en cuanto titulares de una órbita funcional propia. Problema al que se ha de hacer frente sobre la base de entender que, en principio, ninguna zona queda exenta del mecanismo de responsabilidad civil de los miembros del Gobierno. Esta es, desde luego, la tendencia nítidamente observable en el Derecho positivo español, que ha venido poniendo un énfasis especial en constituir en favor del ciudadano una cobertura completa. Así, por ejemplo, es ejemplar la dicción de la Ley de 5 de abril de 1904 que se refiere a la responsabilidad de «los funcionarios de orden gubernativo, desde ministro de la Corona hasta agente de la autoridad». Y, por otra parte, el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa—que es el cauce por el que acaba admitiéndose de modo definitivo la generalización del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro Derecho—aludió a esta responsabilidad extendiéndola, a

«toda lesión que los particulares sufran..., siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo».

Se trata, pues, de no excluir nada inicialmente situado en el marco del Derecho administrativo; pero, incluso, la responsabilidad alcanza aquellas medidas o actuaciones que no sean fiscalizables en la vía contenciosa. Como ha puesto de relieve BOQUERA OLIVER, el supuesto podría referirse a los tradicionalmente de-

nominados actos políticos, las decisiones de cuestiones de competencia y de conflictos de atribuciones, así como los actos exentos de fiscalización jurisdiccional a que se refiere el artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Al situar ahora los casos en los que pueden surgir la responsabilidad civil de un miembro del Gobierno, se observa que incluso puede caberle una responsabilidad de esta índole aun en el caso de actos no susceptibles de enjuiciamiento jurisdiccional. Ahora bien, la cuestión estriba en que la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado señala en su artículo 43, como supuesto indispensable para el nacimiento del deber de indemnizar, que el daño o perjuicio causado se haya producido «por culpa o negligencias graves en el ejercicio de sus cargos». Y a este mismo presupuesto de responsabilidad se refiere el artículo 42 de la misma Ley al legitimar a la Administración del Estado para instruir expediente depurador de responsabilidad a las autoridades, funcionarios o agentes que hubieren causado daño o perjuicio en los bienes y derechos estatales. Es decir, y el propio artículo 42 nos está dando la pista del problema, la obligación de responder por los daños y perjuicios causados deriva de modo directo de una conducta irregular en el ejercicio del cargo; y la valoración de esa irregularidad, la presencia de culpa o negligencia graves, es una cuestión de carácter administrativo que ha de empezar por enjuiciar la propia Administración y, sucesivamente, la jurisdicción contencioso-administrativa. Es decir, un planteamiento del problema ante un tribunal civil y por un particular daría lugar, como en el caso frecuentemente planteado ante la jurisdicción penal, a una «cuestión administrativa previa», tema sobre el que no es necesario extenderse ahora, aunque sí debe dejarse constancia de que se trata de un problema cuya reforma ha de abordarse en un futuro próximo y resolverse con una fórmula lo suficientemente expeditiva como para que no se planteen los obstáculos ya señalados al mencionar el problema de la responsabilidad penal.

#### D) Responsabilidad económica ante el Tribunal de Cuentas

Realmente, el análisis de la responsabilidad política, penal y civil dejaría agotada la materia si no fuese porque es preciso añadir un género diferenciado de responsabilidad, compatible con las anteriores, que deriva de las competencias en materia de gestión económica del Estado y que se exige por el Tribunal de Cuentas. Se trata, pues, de una responsabilidad sustantivada tan sólo desde el punto de vista del procedimiento a través del cual se depura y del órgano que la exige. En lo demás, es decir, en sus circunstancias, se expresa en el marco de la responsabilidad civil o penal. Claramente se advierte ello en el artículo 140 de la Ley General Presupuestaria, cuando señala que

«las autoridades y funcionarios de cualquier orden que por dolo, culpa o negligencia graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta Ley estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquéllos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder».

Lo característico, en el caso de los miembros del Gobierno, es la amplitud de sus competencias en materia de gestión económica. Así, con carácter general, la propia Ley General Presupuestaria señala en su artículo 74:

«1. Corresponde a los órganos superiores del Estado y a los Jefes de los Departamentos ministeriales aprobar los gastos propios de los Servicios a su cargo, salvo los casos reservados por la Ley a la competencia del Gobierno, así como autorizar su compromiso y liquidación, e interesar del Ministro de Hacienda la ordenación de los correspondientes pagos.

2. Con la misma salvedad legal, compete a los Presidentes o Directores de los Organismos autónomos del Estado tanto la disposición de gastos como la ordenación de los pagos relativos a los mismos.

3. Las facultades a que se refieren los anteriores números podrán delegarse en los términos que establezcan las disposiciones reglamentarias.»

Tanto esta Ley como la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado ponen de relieve que existe una fuerte concentración de las decisiones de gasto en el Consejo de Ministros y en los jefes de los Departamentos ministeriales, aun contando con la práctica de la delegación de atribuciones. De modo que, a título de consecuencia, es bastante extensa la responsabilidad que encubre en este campo a los miembros del Gobierno.

Desde el punto de vista de la operatividad de esta responsabilidad, uno de sus pilares básicos es la Cuenta general del Estado, a censurar por el Tribunal de Cuentas. Y ya en los clásicos de la Hacienda se encuentra una crítica muy dura respecto de su eficacia. Se ha de advertir, sin embargo, que los característicos *expedientes de alcance y reintegro* pueden incoarse al margen de los defectos observados en el examen de las Cuentas.

En todo caso, dichos expedientes corresponden a los órganos del Tribunal de Cuentas y a los delegados del mismo, y se tramitan con independencia de cualesquiera otros procedimientos—administrativos o judiciales—de depuración de la responsabilidad de las autoridades, funcionarios y agentes públicos. La responsabilidad podrá ser directa o subsidiaria, mancomunada o solidaria, y tendrá por objeto el reintegro a la Hacienda Pública de las cantidades en que hubiere sido perjudicada.

#### IV. INCOMPATIBILIDADES

##### A) Estado actual de la cuestión

Establece el artículo 98-3 que

«los miembros del Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna».

El precepto, desde luego, supera en rotundidad a su homólogo de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado; y, por otra parte, estatuye la compatibilidad con el mandato parlamentario, pero no con cualesquiera otros mandatos representativos.

Son, pues, tres las cuestiones que han de abordarse aquí, desde la perspectiva del estatuto personal de los miembros del Gobierno.

#### 1. INCOMPATIBILIDAD CON TODA OTRA PROFESIÓN PRIVADA

Se acaba de afirmar que, comparado con el correlativo precepto de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, el texto constitucional lo supera ampliamente en rotundidad. Y así es, en efecto. El artículo 82 de la Ley de Funcionarios Civiles se limita a señalar que

«el desempeño de la función pública será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad que impida o menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario».

No se trata, pues, de una prohibición absoluta, sino meramente relativa. La norma presupone un juicio de valor por parte de la Administración y, en consecuencia, una calificación como compatible o incompatible de cada actividad concreta a que se dedique o pretenda dedicarse el funcionario. Valoración, por otra parte, que la práctica administrativa española demuestra que no viene apoyada en criterios empíricos que hayan ido decantando en auténtico estándares. Al contrario, existen y se consolidan situaciones auténticamente contradictorias. Por otra parte, y esto es mucho más importante, el artículo 83 añade una concreción del posible criterio valorativo de la Administración que termina por arruinar todo intento de construcción depurada de un sistema de incompatibilidad, ya que releva, incluso, de la necesidad de instruir expediente

«cuando se trate del ejercicio de la profesión propia del título expedido por la Facultad o Escuela Especial que se hubiese exigido al funcionario para el desempeño del cargo».

Esto es, justamente, la profesión que ejerce el funcionario en la Administración, es la que no precisa, «en principio», ni siquiera expediente para un desarrollo paralelo en la esfera pri-

vada. Más lógico hubiera sido, desde luego, sentar el principio completamente contrario; es decir, el de prohibir el ejercicio privado de la profesión que desempeña el funcionario en la Administración, porque es en ese entorno profesional donde pueden surgir problemas materiales de menoscabo de la función o de presencia de intereses opuestos, de carácter público los unos, de carácter privado los otros.

El criterio del texto constitucional es, por otra parte, el mantenido con anterioridad por Decreto-ley de 13 de mayo de 1955, que a su vez sigue los precedentes que le marcaron el Real Decreto de 12 de octubre de 1923, el Decreto-ley de 24 de diciembre de 1928 y las Leyes de 8 de abril de 1933 y 7 de diciembre de 1934. Al decir de SERRANO GUIRADO, que ha estudiado sistemáticamente el derecho en vigor, la normativa vigente sigue muy cerca este último precedente.

El Decreto-ley de 13 de mayo de 1955 no se refiere tan sólo a los miembros del Gobierno, sino, como señala su artículo 1.º, a los altos cargos, concepto que, a la vista de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, se extiende bastante más hacia abajo y ha terminado por ser una expresión harto ambigua en la que quedan incluidos por lo menos los niveles de director general e, incluso, los delegados provinciales de los Ministerios en la generalidad de los casos. En concreto, y en lo que a este epígrafe se refiere, se establece la incompatibilidad del cargo público:

«A) Con el desempeño de cargos de todo orden de Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas, arrendatarias o administradoras de monopolio, obras o servicios públicos del Estado, de la provincia o del Municipio, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquellas.

Queda exceptuado el supuesto de que actúen en ellas por delegación o designación gubernativa y en representación del Estado o de los intereses generales.

B) Con el ejercicio activo de cargos que lleven anejas funciones de dirección, representación o asesoramiento en toda clase de Compañías, Sociedades mercantiles y civiles y Consorcios de fin lucrativo, aunque unas y otros no realicen fines o servicios públicos ni tengan relaciones contractuales con la

Administración del Estado, la provincia o el Municipio, excepción hecha del supuesto previsto en el último punto del apartado B) de este artículo.

C) Con el ejercicio de la abogacía en todo caso y con el profesional a que por razón de sus títulos o aptitudes pudieran dedicarse, siempre que su práctica exija una asiduidad en perjuicio del servicio público.

D) Con la gestión, defensa, dirección o asesoramiento de asuntos particulares, cuando por la índole de las operaciones o de los asuntos compete a la Administración pública resolverlos o que quede implicada en ellos la realización de algún fin o servicio público.»

Convendrá añadir que, en el plano puramente privado, la condición de ministro faculta para excusarse del cumplimiento del deber de ejercicio de cargos determinados. Es el caso del artículo 244 del Código Civil, que faculta a «los Ministros del Gobierno de la nación» para excusarse de la tutela y la protutela.

Desde otra perspectiva, el tema de la incompatibilidad con la profesión o la empresa privadas termina siendo de muy difícil solución, frente a situaciones de vinculación profesional o empresarial con las que el ordenamiento positivo se encuentra en condiciones adversas de lucha. La sociología política ha colocado ya ante el observador multitud de ejemplos de situaciones de compromiso de los titulares de funciones gubernamentales y grupos de presión de índole diversa; situaciones que habían sido trabadas con anterioridad a la adquisición en la cualidad de miembro del Gobierno y que renacerán formalmente otra vez, cuando se produzca el cese; en tales casos, quizá no todo deba abandonarse a la fuerza de la ética personal o la capacidad persuasoria del partido político, pendiente del prestigio electoral y social. Posiblemente, una prolongación en el tiempo —dos años— de la incompatibilidad, tal y como se establecía en la Ley de 1933 y después el Decreto-ley de 13 de mayo de 1955, pudiera ejercer un efecto clarificador y, a la larga, beneficios desde todos los puntos de vista.



## 2. EL ÁMBITO DE LA INCOMPATIBILIDAD CON OTRA FUNCIÓN PÚBLICA

### a) *La regla general y sus excepciones*

Al comparar el sistema vigente, en el campo del funcionario, con el que señala en este punto la Constitución, se observa, en cambio, una diferencia de matiz. El artículo 86-1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado dispone que

«los funcionarios no podrán ocupar simultáneamente varias plazas de la Administración del Estado, salvo que por la Ley esté expresamente establecida la compatibilidad y se establezca mediante este mismo procedimiento, previo informe de la «Comisión Superior de Personal».

Es decir, solamente por la Ley puede ser establecida una compatibilidad en cuya virtud un funcionario pueda ocupar más de una plaza en la organización administrativa del Estado. No es fácil dejar en claro el fundamento de este punto de vista, y más aun si se tiene en cuenta la ventaja práctica de la regla contraria, en una situación en la que es frecuente el diseño de plazas cuyo contenido funcional ni legal prácticamente consume la jornada íntegra del funcionario. Desplazar la compatibilidad al nivel de reserva de ley es situar una traba importante en el camino de la racionalidad administrativa y en el principio de buena administración con su exigencia de ahorro de medios. Otra cuestión es la de que la ocupación de más de una plaza llevare consigo el abono de más de una retribución a un mismo funcionario público. Pero la dificultad, para una regulación verdaderamente racional de las compatibilidades funcionales, no viene por ahí, puesto que el tema retributivo aparece regulado suficientemente mediante la ya tradicional regla de la incompatibilidad de haberes, y pese a las excepciones que por la Ley se han reconocido a la misma.

De manera que cabe concluir que es una exageración consignar como materia reservada a la Ley toda posible compatibilidad funcional entre las plazas funcionariales. Y tampoco tiene sentido sancionar tan fuertemente como lo hace el artículo 86-2 cualquier supuesto de ocupación por el funcionario de

más de una plaza no declaradas compatibles. La óptica del interés general hubiese debido ser la única a tener en cuenta, y, dentro de ella, la racionalización del trabajo y la organización administrativas. Máxime si la incompatibilidad retributiva queda resguardada por el propio ordenamiento funcionarial. En este punto, como se ha de ver a continuación, el texto constitucional proporciona, en el caso de los miembros del Gobierno, un punto de vista más coherente con las actuales necesidades de la Administración.

Y es que resulta extraordinariamente frecuente en las Administraciones contemporáneas el juego de la titularidad accesoría en materia de cargos públicos: un cargo que tiene el carácter de principal lleva, inexorablemente, consigo las titularidades anejas de otros cargos, a través de los cuales encuentran una expresión adecuada un elenco de funciones administrativas tan típicas—tratándose, como es el caso, de los miembros del Gobierno—como las de dirección y coordinación. El propio principio de unidad ha venido imponiendo la articulación de las distintas piezas de un departamento ministerial—organismos autónomos, quizá empresas públicas— a través, precisamente, del reconocimiento de la superior jefatura del ministro correspondiente. Este es el sentido que tiene la admisión, en el texto constitucional, del ejercicio por otra parte de los miembros del Gobierno de funciones que deriven de modo directo de su cargo.

#### b) *Su posible prolongación en el tiempo*

Será conveniente, por otra parte, referirse en este apartado al alcance temporal que tenía la incompatibilidad en la Ley de 8 de abril de 1933, cuyo artículo tercero establecía en sus dos últimos párrafos que

«los que hayan sido Ministros y Subsecretarios no podrán obtener hasta dos años después de su cese ninguno de los cargos a que se refiere el número cuarto del artículo 1.º de esta Ley (es decir, todo cargo, gratuito o retribuido, que lleve aneja la dirección, representación o administración de los Monopolios del Estado, en las Compañías concesionarias de obras y ser-

vicios públicos, sean nacionales, regionales o locales, y en las Mancomunidades Hidrográficas u otros servicios autónomos), salvo cuando fueren designados para los mismos en representación del Estado».

«los ex Presidentes de la República y del Consejo de Ministros y ex Ministros de Justicia no podrán abogar ante los Tribunales de Justicia hasta dos años después de su cese».

Prácticamente en el mismo tenor se pronuncia el artículo 3.º del Decreto-ley de 13 de mayo de 1955, si bien generalizando la prohibición para todos los titulares de altos cargos.

c) *El problema de la incompatibilidad con los cargos de carácter docente*

El artículo 1.º del Decreto-ley de 13 de mayo de 1955 exceptúa de la declaración de incompatibilidad los cargos de «carácter docente». De modo que si en todos los demás casos en que un miembro del Gobierno fuere funcionario pasa a la situación de excedencia especial, podría seguir en servicio activo cuando se trate de un funcionario docente, salvo el ministro, subsecretario y directores generales del propio Ministerio de Educación y Ciencia. De hecho la cuestión se ha planteado en los últimos tiempos, más que nada, al generalizarse el sistema de nombramiento por Decreto para una serie de cargos que no siempre llevan consigo una dedicación absorbente y completa y que facultan, pero no obligan, a la petición de excedencia especial, a tenor de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. Y, por otra parte, dado el carácter de las plazas docentes, que no son plazas «fungibles», de modo que, a diferencia de otras plazas funcionariales, se obtiene y desempeñan en relación con un centro docente y una disciplina determinadas.

La compatibilidad legal, sobre todo en el supuesto de que cupiese entender así la Constitución, no presupone, desde luego, la compatibilidad material de una función docente y el desempeño de las funciones de miembro del Gobierno. De modo que parece preferible interpretar el artículo 98-3 del texto constitucional en su propio tenor literal y, por tanto, entender deroga-

do en este punto el Decreto-ley de 13 de mayo de 1955. Solución que, desde el punto de vista práctico, viene además apoyada por el hecho de que la docencia va paulatinamente articulándose en equipos disciplinares, de modo que se difumina la antigua importancia del titular de la disciplina, cuya excedencia especial—y consiguiente reserva de plaza—podía dejar un hueco demasiado ostensible.

## **B) La compatibilidad con el mandato parlamentario**

### **1. EL SENTIDO DE ESTA COMPATIBILIDAD**

La regla general de incompatibilidad que sienta el artículo 98-3 del texto constitucional, se abre, según quedó ya señalado, a la excepción relativa al mandato parlamentario. La Constitución supera aquí la regulación, de carácter absolutamente transitorio, que estableció el Decreto-ley sobre Normas Electorales, de 17 de marzo de 1977, al disponer la inelegibilidad de los ministros. Según la exposición de motivos de este Decreto-ley,

«se incluyen también entre las inelegibilidades las más altas y permanentes Magistraturas del Estado o aquellas que por razón de sus funciones ejercitables a uno u otro nivel territorial han de asumir condiciones arbitrales o expresar posiciones de imparcialidad; por último, y atendiendo a las peculiaridades del aquí y ahora español, se consideran inelegibles los titulares de cargos que en las más sólidas democracias no lo son, pero cuya intervención en estos primeros comicios podría devenir inconvenientemente a los efectos de mejor conocer la voluntad del pueblo español».

Superada esta situación transitoria, se respeta la compatibilidad con el mandato parlamentario, cosa lógica en el contexto de un régimen como el que la Constitución alberga. Una incompatibilidad de este orden pudiera quizá tener sentido en el marco de un sistema de rígida división de poderes, en el que legislativo y ejecutivo quedarán acantonados en órbitas funcionales, no sólo diferentes, sino mutuamente independientes. En

el contexto de un régimen parlamentario, en cambio, no tiene demasiado. Como ha escrito Cowell, refiriéndose al régimen británico,

«la maquinaria gubernamental se compone de ruedas dentro de otras ruedas; el círculo exterior lo constituye el partido que tiene mayoría en la Cámara de los Comunes; el círculo siguiente es el Gobierno, que contiene a los hombres más activos del partido, y el más pequeño de los círculos es el Gabinete, en el que figuran los verdaderos líderes o jefes».

Esta pirámide de poder no debe quedar en el régimen parlamentario al margen del asentamiento electoral en ninguno de sus escalones. Pero, con independencia de todo razonamiento que provenga del respaldo que el propio mandato representativo confiere a los miembros del Gobierno, se ha de añadir la importancia que pueda tener entre nosotros el origen parlamentario de los miembros del Gobierno. Desde que el Estado español emerge y se consolida en los albores de la Edad Moderna, se ha ido perfilando un grupo social sólido y coherente que, a la sombra de los liderazgos estatales que se han ido sucediendo, escalaba poco a poco hasta llegar a los alledaños más altos del poder. Posiblemente las funciones de Gobierno han podido de ese modo caer en manos de personas conocedoras de los más olvidados recovecos de la organización administrativa; a lo largo de extensos períodos de tiempo la cartera ministerial ha venido a ser la culminación de una carrera administrativa.

Si nadie debe desdeñar esa experiencia, tanto más válida cuanto más compleja es la actividad estatal, en el seno de una sociedad profundamente tecnificada, tampoco puede pasarse por alto la conveniencia de evitar las consecuencias del distanciamiento entre poder ejecutivo y sociedad, que han alcanzado cotas muy altas entre nosotros.

## 2. LA INCOMPATIBILIDAD CON CUALESQUIERA OTRAS FUNCIONES REPRESENTATIVAS

Al prever la compatibilidad con el mandato parlamentario, el texto constitucional ha cerrado, sin embargo, la posibilidad

de ejercicio de cualesquiera otras funciones públicas derivadas de mandato representativo distinto. El problema, en el contexto del Estado español, requería con toda seguridad esta solución, que se aparta de las establecidas en otras latitudes políticas. Es, por ejemplo, el caso francés, en el que ha venido siendo harto frecuente contemplar cómo líderes de primera magnitud nacional siguen brillando en el firmamento político local hasta el punto, por ejemplo, de conservar la alcaldía de su pueblo durante largos años. Situación explicable en un país de centralización tan intensa como el francés, en el que resultará extremadamente conveniente tener un valedor de altura ante los propios servicios centrales del Estado. Pero situación con la que en España hay que ir rompiendo de modo que los liderazgos políticos locales alcancen una sustantivación propia; la consabida experiencia de la Restauración canovista, sobre la que ahora ha empezado a proyectar su luz la investigación histórica, aconseja la solución de incompatibilidad entre las funciones de representación en el nivel local y el carácter de miembro del Gobierno.

Y lo mismo cabe decir si el tema se enfoca ahora hacia la organización de las comunidades autónomas. La construcción del futuro regional y la estabilidad de un Estado de nacionalidades y regiones, pasa por la obligada clarificación de la personalidad y la función de los interlocutores estatales y regionales.

## V. LOS EFECTOS ECONOMICOS DE LA RELACION DE EMPLEO

### A) Las retribuciones de los miembros del Gobierno

La ordenación económica de la relación de empleo se encuentra en nuestro Derecho positivo desprovista de la cobertura normativa adecuada. Partiendo de la base de que los miembros del Gobierno no se consideran funcionarios públicos al servicio de la Administración del Estado, hay que entender que la aplicación del sistema retributivo de éstos sólo puede ser objeto de

aplicación analógica. Este es, en realidad, el criterio que sigue la Orden ministerial de 11 de octubre de 1965, que es la única en la que se encuentra un criterio legal, con independencia de las autorizaciones de gasto que, a título de retribuciones de los miembros del Gobierno, se encuentran en los Presupuestos Generales del Estado.

La Orden ministerial que se cita toma como punto de partida la distinción entre los miembros del Gobierno que pertenezcan a un Cuerpo de la Administración Civil del Estado o que no pertenezcan a ninguno. En el primer caso, se subdistingue, según que el Cuerpo tenga asignado coeficiente o que no resulte afectado por la Ley 31/1965, por la que se regularon las retribuciones de los funcionarios de la Administración Civil del Estado; de todos modos, la idea esencial es la de que, siendo funcionarios, pueden optar en cualquier momento entre el sueldo asignado al cargo o el que les correspondiere como funcionarios de carrera, y aun en el caso de que no opten por el sueldo funcional, las cantidades correspondientes pueden servir de base reguladora de sus haberes pasivos (artículo 2.º-3 de la Ley 30/1965).

Por su parte, el Presupuesto General del Estado refleja en la ordenación de los conceptos retributivos, ese criterio analógico a que se hacía antes mención. Así, en los de aplicación en este momento se distinguen los conceptos siguientes: 1) sueldo, trienios y pagas extraordinarias; 2) gastos de representación; 3) complemento de especial responsabilidad; 4) complemento de dedicación absoluta.

## **B) Derechos pasivos**

El artículo 41 y concordantes del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas contiene la regulación de los haberes pasivos de los ministros del Gobierno. Se ha de añadir que es un régimen no exclusivamente aplicable a ellos, puesto que por algunas disposiciones con rango de Ley se han ido incluyendo en el mismo otros cargos del Estado (Ley 7/1961, de 19 de abril; Ley 7/1968, de 5 de abril; Ley 4/1974, de 13 de febrero). En el

preámbulo de esta última se encuentra una especie de justificación de esta clase de pensiones para quienes hayan ocupado cargos políticos de este nivel, cuando el legislador expresa que

«dentro de la estructura orgánica del Estado existen cargos que, tanto por la forma de nombramiento de quienes han de ocuparlos como por la altura de las funciones y responsabilidad que les son inherentes, hacen merecedora de la máxima consideración en todos los aspectos a quienes... los hayan de desempeñar o sean llamados a ostentarlos en lo sucesivo. Para ellos se considera la justicia establecer un derecho de haberes pasivos análogos a los que tradicionalmente han venido disfrutando los Ministros del Gobierno de la Nación».

Se trata, pues, de un derecho establecido como contrapartida a la peculiar función y responsabilidad que se ejerce. Aunque es de recordar que el propio legislador otorga el derecho

«sin más requisito que el de haber jurado el cargo».

Es decir, se percibe la pensión aunque, por circunstancias de diversa índole que pudieran darse y que de hecho se presentan en ocasiones, la función y la responsabilidad peculiares se asuman con carácter absolutamente efímero. De ahí que haya que pensar en un resto del sistema tradicional de las cesantías, conservando esencialmente por razones de consideración hacia el cargo, en sí mismo considerado. Posiblemente pudiera ser éste un punto en el que en el futuro pudieran retocarse las normas en vigor.

Por otra parte, el derecho a pensión se establece, de acuerdo con el sistema general de seguridad social, tanto a favor de los ex ministros como de sus «viudas, huérfanos o, en su caso, los padres». En el primer caso, el haber pasivo vitalicio comprende el 80 por 100 del sueldo anual y pagas extraordinarias; en el segundo, se reduce al 25 por 100. Además, el artículo 46-4 del texto refundido exceptúa esta pensión del sistema general de incompatibilidades, de modo que podrá disfrutarse al mismo tiempo que «cualesquiera otras causadas por la misma persona» (artículo 41-4).