

Colección

Derecho, buen gobierno y transparencia

Juli Ponce Sole
Eva Menéndez
Abel Arias
Josep Ochoa
Miriam Ivanega
(dirs.)

LA BUROCRACIA DEFENSIVA
UN ENSAYO DE DERECHO SUPERHEROICO

ANTONIO BUENO ARMIJO

LA BUROCRACIA DEFENSIVA

UN ENSAYO DE DERECHO SUPERHEROICO

Prólogo de
Stefano Battini

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2025

Esta obra ha sido realizada y publicada en el marco del Proyecto de excelencia de la Junta de Andalucía PROYEXCEL – 00903 “La Nueva Seguridad Pública, Derecho Administrativo Sancionador y Estado de Derecho en Europa”; y del Proyecto PID2022-138118NB-I00 “La Administración sancionadora de la Unión Europea” del Ministerio de Ciencia e Innovación.



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE CIENCIA, INNOVACIÓN
Y UNIVERSIDADES



Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Antonio Bueno Armijo
© Stefano Battini, del prólogo
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
Tamayo y Baus, 7 – 28004 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-1381-986-0
Depósito legal: M 24588-2025
DOI: <https://doi.org/10.37417/la-burocracia-defensiva>
Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico
Impresión: Elecé, Industria Gráfica, S. L.
MADRID, 2025

*A mi padre,
servidor público ejemplar durante 42 años,
mi verdadero superhéroe.*

«El temor a ser procesados, encarcelados y sentenciados [...], haría que todos [los agentes administrativos] fuesen flojos y tímidos en el desempeño de sus deberes, y la administración se resentiría de la lentitud y languidez de sus miembros».

Manuel COLMEIRO
Derecho Administrativo Español, 3ª edición,
Madrid, Imprenta de José Rodríguez, 1865, p. 69.

«Demasiados servidores públicos tienen miedo a actuar y a ofrecer soluciones razonables por temor a eventuales querellas [...]. Igual que se dice que los médicos han optado por una “medicina defensiva” (que es mala y cara) para evitar condenas, pudiera implantarse una «gestión pública defensiva» que, más que preocupada por resolver problemas, esté obsesionada por evitar procesos penales».

Manuel REBOLLO PUIG
«El control de la Administración por la jurisdicción penal»,
Revista Vasca de Administración Pública, núm. 115, 2019, p. 181.

«— ¿Cómo era sentirse más que humano? ¿Qué sensaciones tenía?
— Los poderes están sobrevalorados. Te vuelven descuidado. Torpe.
Y la gente sale herida».

(Marc Spector intentando explicar por qué ha renunciado a usar los poderes que le confiere el dios Khonshu cuando actúa como Caballero Luna)

Charlie HUSTON, *Caballero Luna*. 2. *Sol de medianoche*,
Marvel Saga núm. 134, 2022, pp. 182-183.

ÍNDICE

	Pág.
AGRADECIMIENTOS	15
PRÓLOGO , <i>por Stefano Battini</i>	17
INTRODUCCIÓN	23
CAPÍTULO I. EL CONCEPTO DE «BUROCRACIA DEFENSIVA» Y SU INESPERADA RELACIÓN CON LA LITERATURA DE SUPERHÉROES	33
1. ALGUNOS APUNTES SOBRE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SUPERHÉROES Y LITERATURA	33
2. EL TEMA DE ESTE ENSAYO: LA «BUROCRACIA DEFENSIVA»	39
2.1. El precedente de la «medicina defensiva»	40
2.2. El precedente italiano	41
3. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA EXPRESIÓN Y EL CONCEPTO «BUROCRACIA DEFENSIVA»	47
4. PLAN DE TRABAJO: MANIFESTACIONES DE LA «BUROCRACIA DEFENSIVA», SUS POSIBLES CAUSAS Y SUS POSIBLES REMEDIOS	50

	Pág.
CAPÍTULO II. PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS TÍPICAS DE LA «BUROCRACIA DEFENSIVA». ¿EN QUÉ CONSISTEN LAS DEFENSAS DE LA «BUROCRACIA DEFENSIVA»?.....	53
1. MECANISMOS DE DEFENSA PARA EVITAR LA PRODUCCIÓN DE LA ACCIÓN U OMISIÓN.....	54
1.1. Huir de asuntos y administrados problemáticos	54
1.2. Intentar que sean otros quienes se encarguen de los asuntos y de los administrados problemáticos	56
1.3. Evitar que la situación problemática aparezca o ignorar su aparición.....	57
1.4. Aplicar técnicas dilatorias para no actuar.....	58
1.5. Actuar o decidir de la forma que menos incomode a los afectados	60
1.6. Ocultar la acción o su autoría	61
1.7. El caso especial de la comisión por omisión.....	61
2. MECANISMOS DE DEFENSA PARA EVITAR LA TIPICIDAD DE LA CONDUCTA	62
3. MECANISMOS DE DEFENSA PARA EVITAR LA ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA.....	63
4. MECANISMOS DE DEFENSA PARA EVITAR LA CULPABILIDAD DEL EMPLEADO PÚBLICO.....	66
CAPÍTULO III. CAUSAS QUE EXPLICAN EL FENÓMENO DE LA «BUROCRACIA DEFENSIVA». ¿DE QUÉ TIENEN MIEDO LOS EMPLEADOS PÚBLICOS?	69
1. LA ANOMALÍA HISTÓRICA DE UNA BUROCRACIA MIEDOSA Y SU PREFIGURACIÓN EN LA LITERATURA DE SUPERHÉROES.....	71
2. UNA ELECCIÓN RACIONAL DETERMINADA POR LA DIFERENCIA ENTRE EL «RIESGO PERCIBIDO» POR EL EMPLEADO POR EJERCER SUS FUNCIONES Y EL «RIESGO PERCIBIDO» POR NO HACERLO.....	76
3. TIPOS DE DAÑOS QUE PUEDE SUFRIR EL EMPLEADO PÚBLICO. ¿QUÉ TIPO DE GOLPES SE LLEVA LA PERSONA BAJO LA MÁSCARA?.....	79
3.1. Responsabilidades jurídicas exigibles a los empleados públicos	81
3.1.1. La responsabilidad civil o resarcitoria.....	82
3.1.2. La responsabilidad punitiva o sancionadora	83

	Pág.
3.2. Otros perjuicios derivados del cumplimiento de sus funciones.....	84
3.2.1. Costes reputacionales, en especial la «pena de banquillo» o «pena de telediarlo»	84
3.2.2. Costes de tiempo	86
3.2.3. Costes emocionales	87
3.2.4. El riesgo de violencia verbal y física.....	89
4. CIRCUNSTANCIAS QUE AUMENTAN LA PERCEPCIÓN DEL RIESGO DE QUE SE PRODUZCAN DAÑOS PARA EL EMPLEADO POR EJERCER SUS FUNCIONES.....	90
4.1. La complejidad del ordenamiento como fuente de incertidumbre. En especial, respecto a las competencias del empleado	91
4.2. La hipersensibilidad hacia la corrupción	94
4.3. La necesidad social de culpables.....	95
4.4. La proliferación de controles.....	97
4.5. El aumento de la transparencia	98
4.6. La cercanía, tanto territorial como personal, al ciudadano	99
4.7. La banalización del contencioso-administrativo y el uso abusivo del proceso penal.....	100
4.8. El manejo de grandes cantidades de dinero o, en general, la gestión de bienes jurídicos de especial importancia.....	103
4.9. La mayor politización de la Administración	104
4.9.1. La corrupción	105
4.9.2. El proceso independentista en Cataluña	107
5. LA AUSENCIA DE CONSECUENCIAS NEGATIVAS PARA EL EMPLEADO POR ADOPTAR MEDIDAS DE DEFENSA TÍPICAS DE UNA «BUROCRACIA DEFENSIVA»	108
CAPÍTULO IV. POSIBLES SOLUCIONES PARA UN PROBLEMA POSIBLE	111
1. ¿REALMENTE ES UN PROBLEMA QUE NECESITE SOLUCIÓN?	111
2. «PENSAMOS, PUES, QUE HA DE HABER ALGO» O POR QUÉ TODOS LOS SUPERHÉROES LLEVAN MÁSCARA.....	114
3. POSIBLES SOLUCIONES PARA LAS CAUSAS DE LA ENFERMEDAD, NO PARA SUS SÍNTOMAS	116

	<u>Pág.</u>
3.1. Límites cuantitativos a la responsabilidad, el uso de seguros civiles y la responsabilidad penal de las personas jurídicas públicas.....	117
3.2. Las consultas (incluso vinculantes) a órganos especializados en materia disciplinaria	120
3.3. El cambio en la cultura del control: más autonomía, menos responsabilidad, más rendición de cuentas.....	122
3.4. Reconducir la jurisdicción penal a sus justos términos .	126
3.5. Insistir en la despolitización.....	127
3.6. La concesión de premios, reconocimientos y recompensas	127
3.7. Una última posibilidad: tres tazas para el inapetente de caldo y el recurso (tal vez no del todo inútil) a la desviación de poder	129
EPÍLOGO. HACER LO CORRECTO.....	133
BIBLIOGRAFÍA	135

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo tiene su origen en la ponencia que presenté, por invitación del profesor César Cierco Seira, en la sesión del Seminario de Teoría y Método–STEM, celebrado el 25 de noviembre de 2022 en la Universidad de Lérida. Aquella primera versión se enriqueció, y mucho, con las críticas y las aportaciones, tanto escritas como orales, de quienes participaron en el seminario. Algunos de sus integrantes han tenido la amabilidad de continuar el debate conmigo o de enviarme nuevas ideas y materiales, como es el caso del profesor Gabriel Doménech Pascual, quien me puso sobre la pista del *apagão das canetas*, versión brasileña del fenómeno que aquí se estudia. Previamente, en una etapa muy embrionaria del trabajo, la profesora Elena Buoso, de la Universidad de Padua, me facilitó algunos materiales sobre el debate italiano relativo a la *fuga della firma* y la *burocrazia difensiva* que me resultaron de extrema utilidad para centrar el objeto de mi investigación.

El profesor Juli Ponce Solé y las profesoras Eva Menéndez Sebastián, Chiara Feliziani y Paola Chirulli me permitieron exponer de nuevo públicamente mis ideas en la Diputación de Barcelona, la Universidad de Oviedo y la Universidad La Sapienza de Roma, respectivamente. En estos cualificados foros volví a beneficiarme de muchas observaciones que me obligaron a revisar y a completar algunos de mis postulados iniciales.

Es justo dejar constancia de todo lo que este trabajo les debe a todos ellos, pero deseo expresar muy especialmente mi agradecimiento a la profesora Alejandra Boto Álvarez, auténtica experta en la materia y catalizadora en la sombra de este libro; a la Cátedra Rafael del Riego de Buen Gobierno, creada por una feliz unión de la Universidad de Oviedo y el Gobierno del Principado de Asturias, que consideró a este trabajo merecedor del *Premio Franck Moderne*; y al profesor Stefano Battini, autoridad de referencia en el análisis de la *burocrazia difensiva* en Italia y pionero de su estudio junto al profesor Gabriele Bottino, quien aceptó generosamente la propuesta de redactar el prólogo de este libro.

PRÓLOGO

¿Se ha encontrado alguna vez con algún funcionario que, con extremo rigor y excesivo celo, le ha pedido toda la documentación exigida por la norma para aceptar su solicitud, haciéndole volver a presentarla solo porque había una errata en su fecha de nacimiento, aun cuando la Administración ya conocía ese dato, que además era irrelevante? ¿Ha oído alguna vez hablar de funcionarios que evitan expedientes incómodos o usuarios complicados, desviando tales asuntos a colegas que ya están sobrecargados? ¿Se ha topado quizás con funcionarios que renuncian a seguir ocupando ciertos puestos de trabajo por los riesgos que entrañan? ¿Ha sido nombrado por casualidad miembro de algún comité de selección o de una licitación pública y ha tenido la tentación de retirarse del mismo ante la complejidad de las normas que debía aplicar y ante la importancia de los intereses en juego (o de los titulares de dichos intereses) alegando un diplomático conflicto de intereses, aunque solo fuera «potencial»? ¿Ha tenido, quizá, la sensación de que alguien lo hacía? ¿Ha ocurrido alguna vez, en su entorno, que las autoridades públicas hayan ignorado deliberadamente alguna infracción administrativa, grande o pequeña, por miedo a las consecuencias del conflicto que se ocasionaría con el destinatario de la sanción? ¿Cree que es posible que algunos funcionarios, cuando se enfrentan a cuestiones complejas y delicadas, pospongan una decisión, esperando que el asunto se resuelva por sí solo con el tiempo? ¿Ha tenido alguna vez la sensación de que, tras los reparos meramente formales a la aprobación de un proyecto importante, relativos a incumplimientos de minuciosas disposiciones reglamentarias, había en el fondo un deseo por parte de la Administración de evitar la ejecución del proyecto y de todos los problemas que se derivarían de ello? ¿Es plausible, según su experiencia, que los funcionarios se escondan —y que lo hagan cada vez con más frecuencia— detrás de la digitalización, culpando a un algoritmo o a una aplicación informática de decisiones de las que no quieren responsabilizarse? Por último, ¿ha oído alguna vez hablar de algún funcionario que, antes de tomar una decisión, encargue informes o estudios, solicite dictámenes jurídicos, implique a otras autoridades o exija órdenes escritas a sus superiores, un poco como esos mé-

dicos que, para hacer un diagnóstico, prescriben decenas de análisis de los tipos más dispares?

Si ha respondido que no a todas estas preguntas, el libro de Antonio Bueno no es para usted. La burocracia defensiva no forma parte de su experiencia, al menos por ahora. Enhorabuena.

Pero si ha respondido afirmativamente al menos a alguna de ellas, entonces le recomiendo encarecidamente la lectura de este libro, por muchas y buenas razones.

Una primera razón es que le va a gustar. Antonio Bueno es un hombre de vasta cultura. Ama la literatura en todos sus géneros, sin discriminar, desde la más popular a la más sofisticada, y la despliega a lo largo del libro, habiendo obligado en ocasiones, de manera despiada, al modesto autor de estas líneas a tener que consultar la *Wikipedia*. Pero, sobre todo, el autor de este libro tiene un marcado sentido del humor, lo que le permite tratar el tema con ligereza, acompañando con una hábil dosis de amable ironía el riguroso análisis científico de un fenómeno muy relevante para las sociedades contemporáneas.

Una segunda razón por la que el libro es valioso es que trata un tema nuevo. O tal vez se trate de un tema viejo, pero afrontado desde una perspectiva nueva y de una manera original, estableciendo así un pequeño récord mundial que ha ganado para España: es el primer estudio monográfico dedicado expresamente al análisis de la burocracia defensiva.

La literatura sobre el tema había sido hasta ahora, con la excepción de los valiosos trabajos de Alejandra Boto Álvarez y algunas otras aportaciones, predominantemente italiana, porque en Italia se reúnen unas condiciones específicas que han agudizado en los últimos tiempos la percepción de la actitud defensiva de la Administración. Ello es el resultado, según una extendida opinión, de un desequilibrio en el diseño del sistema de responsabilidades de los empleados públicos. No en términos absolutos, sino como consecuencia de un contexto actualmente dominado por la incertidumbre normativa y en el que los gestores públicos están llamados a tomar decisiones relevantes y con gran impacto económico; una responsabilidad que les fue transferida a finales del siglo pasado en nombre del principio de distinción entre política y Administración. Por ejemplo, han causado una gran conmoción las actuaciones iniciadas ante el Tribunal de Cuentas contra algunos altos funcionarios del Ministerio de Economía, llamados a responder personalmente por un perjuicio de casi 4 000 millones de euros, supuestamente causado por sus erróneas decisiones en la gestión de la deuda pública italiana. Un asunto que sigue pendiente aun cuando los hechos se remontan a 2012. Ha habido varias intervenciones legislativas encaminadas a reducir la responsabilidad de los empleados públicos, como la reciente derogación del delito de «*abuso d'ufficio*», auténtica pesadilla de los administradores públicos y especialmente de los alcaldes (Ley núm. 114 de 2024), o el llamado «escudo contable», que restringía solo a las actuaciones dolosas y de manera temporal, a partir de 2020, la responsabilidad contable de los funcionarios por daños causados a la Administración. Dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional, la núm. 8 de 2022 y la núm. 132 de 2024, han reconocido expresamente la existencia de la burocracia defensiva, invitando al legislador, en particular

en el segundo de estos pronunciamientos, a reformar el sistema de responsabilidad para hacerle frente. Por ejemplo, introduciendo límites máximos a los daños indemnizables por los funcionarios públicos, incentivando la contratación de pólizas de seguros, precisando mejor el concepto de negligencia grave, etc. Un proyecto de ley presentado por un diputado de la mayoría va, precisamente, en este sentido y tiene muchas posibilidades de ser aprobado (el llamado proyecto Foti - A.C. 1621).

La doctrina y la situación italianas son bien conocidas por Antonio Bueno. Se tratan ampliamente en el libro, lo que permite profundizar a los estudiosos del sistema administrativo italiano en su conocimiento.

Ante todo, el libro contribuye a la comprensión y clarificación del concepto de burocracia defensiva, definiéndolo y describiéndolo.

Hay una metáfora que acompaña al lector a lo largo de todo el libro, ya desde su subtítulo. Es la metáfora de los superhéroes de los Cómics Marvel, concretamente de *Spiderman*. Con imaginación y creatividad —habilidades que, en efecto, también se exigen al jurista—, Antonio Bueno compara la posición del funcionario administrativo, un empleado que ejerce potestades públicas en interés de toda la comunidad, con la de Peter Parker, un personaje corriente que se descubre dotado de superpoderes, que también utiliza para el bien común. Peter Parker pronto descubre que «un gran poder conlleva una gran responsabilidad». Y, de hecho, esto también se aplica al funcionario, quien corre el riesgo de verse aplastado bajo el peso de la responsabilidad. Peter Parker, como los demás superhéroes, se salva llevando una máscara, atribuyendo las heroicas hazañas que realiza a *Spiderman* para protegerse a sí mismo y a su red de relaciones personales del peso, que de otro modo sería insoportable, de la responsabilidad. También para los funcionarios existía antes una especie de anonimato protector. En virtud del principio de identificación orgánica, el funcionario desaparecía tras la impersonalidad de la organización a la que pertenecía. Y, además, la decisión final correspondía a la cúspide política de la Administración, que ejercía poderes exorbitantes, pero contando con el respaldo de millones de votantes. Se podría decir que «una gran responsabilidad requiere una gran legitimidad». Como se ha indicado, esta situación ha cambiado, al menos en Italia. La transparencia administrativa excluye toda forma de anonimato, y la distinción entre dirección política y gestión administrativa obliga a los niveles administrativos a ejercer poderes por sí mismos, a firmar actos sin contar con el paraguas político. El ministro de Economía no ha comparecido ante el Tribunal de Cuentas para responsabilizarse de las operaciones de gestión de la deuda pública imputadas a los funcionarios de su Ministerio, aun cuando resulte muy improbable que estos no las hubieran compartido con los niveles políticos. El gestor administrativo (al menos el italiano) está, pues, solo ante su responsabilidad. Es como un superhéroe sin máscara, que vuela de un rascacielos a otro con traje y corbata. Esto explica la esencia más profunda de la burocracia defensiva.

El autor también propone una definición no metafórica de la burocracia defensiva y lo hace apartándose de la doctrina dominante. La definición más extendida se centra en la diferencia entre el ejercicio «óptimo» de la función administrativa desde el punto de vista del fin público y el ejercicio «subóptimo», resultado del temor del funcionario a incurrir en responsabilidad. Por

su parte, Antonio Bueno Armijo insiste en la diferencia entre el riesgo percibido por el agente público por el ejercicio o no ejercicio de su función: «en principio, el recurso a los mecanismos de protección típicos de una “burocracia defensiva” se producirá cuando el empleado público estime que los riesgos que asume ejerciendo sus funciones son superiores a los riesgos que asume no ejerciéndolas» (página 77). Podría decirse que ambas definiciones no son alternativas, sino complementarias: la primera se refiere a los efectos de la burocracia defensiva, la segunda a las condiciones que la generan. Desde esta perspectiva, la definición del autor enriquece ciertamente la comprensión del fenómeno, pero bajo una condición, a saber, que la dicotomía «ejercicio/no ejercicio» de la función no se entienda en un sentido formal, sino sustantivo, algo con lo que creo que Antonio Bueno está de acuerdo. En efecto, hay que advertir a los juristas españoles de un malentendido en el que han caído algunos colegas italianos. La ley italiana del «escudo contable», antes mencionada, estableció que las acciones de los funcionarios solo daban lugar a responsabilidad si eran dolosas, mientras que las omisiones seguían siendo punibles, aunque solo fueran culposas. La idea era incentivar la acción frente a la omisión, al entender que la burocracia defensiva se compone de omisiones. Pero esta premisa es errónea: la modalidad de la conducta (comisiva u omisiva) es irrelevante, pues buena parte de las conductas defensivas pueden adoptar una «forma» comisiva. Por ejemplo, el Tribunal de Cuentas ha sostenido que un funcionario debe ser condenado por no haber supervisado (conducta omisiva culposa) a otro funcionario, autor material de la conducta culposa causante del daño, aun cuando este último esté exento de responsabilidad, por el carácter comisivo de su conducta, en aplicación del «escudo contable». Para evitar esta confusión, personalmente prefiero traducir la definición de Antonio Bueno a los términos, similares en intención, de la diferencia entre el riesgo percibido de incurrir en responsabilidad por el ejercicio (o no ejercicio) ilegítimo de la función (*liability*) y el riesgo percibido de incurrir en responsabilidad por los resultados del ejercicio (o no ejercicio) de la propia función (*accountability*).

El autor es, además, muy consciente de que la mayor parte de las conductas en las que se concreta la burocracia defensiva son de carácter comisivo, ya que, en la primera parte del volumen, ofrece una precisa descripción de ella; descripción de la que puede decirse que es una verdadera fenomenología de la burocracia defensiva y de la que proceden las preguntas formuladas al comienzo de este prólogo. Esta taxonomía resulta también muy útil para los estudiosos del sistema italiano, donde se ha generalizado un sinónimo de burocracia defensiva llamado «miedo a la firma» (*paura della firma*). De ahí la idea de que la burocracia defensiva se manifieste siempre en la negativa a tomar una decisión, circunstancia que los responsables administrativos niegan, declarando que nunca incumplen sus obligaciones. Pero este libro muestra muy bien que la burocracia defensiva es un fenómeno mucho más complejo, proteico, escurridizo, difícil de tipificar, cuyas manifestaciones no constituyen un *numerus clausus*. El resto del libro está muy bien estructurado, dividiéndose en un capítulo que reconstruye las causas de los fenómenos ilustrados en el capítulo segundo y, a continuación, en un capítulo que indica posibles remedios. En ambos casos, los argumentos son muy convincentes, pero no es el caso de repasarlos ahora, pues quizás ya hayamos «espoileado»

demasiado el contenido de un ensayo que merece ser leído con la máxima atención.

Solo un apunte sobre las conclusiones. Hay que «hacer lo correcto», nos dice con razón Antonio Bueno. Lo «correcto» debe prevalecer en el ejercicio de la función pública sobre lo «conveniente». Pero lo «correcto» no es ejecutar la ley, sino realizar el interés público. Y lo «conveniente» que debe ceder no es la eficiencia y eficacia de la actuación administrativa, sino la satisfacción del interés personal de su titular. Y ello tanto en los casos de corrupción, donde el funcionario persigue una ventaja privada en perjuicio de lo público, como en los casos de burocracia defensiva, donde el funcionario renuncia a una ventaja pública para evitar un perjuicio privado.

Stefano BATTINI

Professore ordinario di Diritto Amministrativo nella
Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma «La Sapienza»

INTRODUCCIÓN

I

Roma, año 43 a.C. (año 711 ab urbe condita). Marco Tulio Cicerón, el héroe de la República, se niega a cumplir con una orden del Senado. Tras la muerte de Julio César, el enfrentamiento abierto entre el Senado y Marco Antonio amenaza con degenerar en una nueva guerra civil. Confiando en sus probadas habilidades políticas, los compañeros senadores de Cicerón le han pedido, en su condición de senador y servidor público, que cumpla con sus deberes públicos y que participe en una embajada para negociar con Marco Antonio, que se encuentra en Módena, el fin de las hostilidades. Sin embargo, el viaje de Roma a Módena es peligroso. Hay tres posibles rutas: una por la costa del Adriático, la vía Flaminia; otra por la costa del Tirreno, la vía Aurelia; y otra entre ambas, la vía Casia. Las tres pasan por lugares controlados por los aliados de Marco Antonio. Cicerón teme ser secuestrado, herido o incluso asesinado. Tiene miedo. Y se defiende. En uno de los brillantes discursos que ofrece ante el Senado durante estos convulsos años 43 y 44 a.C., conocido como Filípica XII, Cicerón se niega a cumplir con su deber.

El discurso presenta dos ideas que cabe destacar. En primer lugar, Cicerón es un augur, un sacerdote romano. Como tal, es inviolable. Nadie puede tocarlo sin su permiso. Está especialmente protegido por leyes sagradas. Sin embargo, sabe que este tipo de protección no podrá detener los ataques de sus enemigos, la pura violencia física. En segundo lugar, Cicerón afirma que es más útil para la República vivo que muerto. En consecuencia, piensa que la República realmente no quiere enviarlo a encontrarse con Marco Antonio y enfrentar todos esos peligros.

Finalmente, Cicerón se queda en Roma. Desobedece al Senado romano. Se niega a cumplir con sus deberes públicos porque teme las consecuencias que dicho cumplimiento podría acarrearle personalmente. Cicerón no toma la mejor decisión para los asuntos públicos. Toma la mejor decisión para pro-

tegerse a sí mismo. Y considera que es casi su obligación hacerlo, pues actuar de cualquier otro modo sería una necesidad:

Los que se dedican a los asuntos del Estado deben dejar al morir gloria, no críticas a su culpa y reproches a su necesidad. ¿Qué hombre de bien no llora la muerte de Trebonio [asesinado por Dolabela, aliado de Marco Antonio], quién no siente la pérdida de un ciudadano y un hombre tal? Pero hay quienes dirán —desde luego, con dureza, pero con todo lo dicen— que hay que condolerse menos, porque no tomó precauciones ante un tipo infame y criminal¹.

Córdoba, año 969 d.C. (año 358 de la hégira). El historiador andalusí Aljoxaní, también conocido como Muhammad al-Jusaní o Al-Jusaní de Cai-ruán, publica su crónica sobre la *Historia de los Jueces de Córdoba*. Aljoxaní es un emigrante tunecino que se ha convertido en un miembro destacado de la corte del Califato Omeya de Córdoba. Es también uno de los intelectuales protegidos por Alhakén II, segundo califa y extraordinario mecenas. Comenzó a escribir su libro por orden de Abderramán III, padre del califa, y ha podido componerlo gracias a su acceso a los archivos reales y a la tradición oral de los altos funcionarios. La obra contiene la lista de quienes han ejercido durante los dos siglos anteriores el cargo de juez (cadí) de Córdoba, la dignidad más alta del imperio después del Imán de la mezquita aljama.

Aljoxaní narra con una doble finalidad, histórica y ejemplarizante, la historia de todos ellos a través de anécdotas y enseñanzas. No son pocas las historias que cuenta de enfrentamientos entre los jueces de Córdoba y otros altos cargos, incluido el califa. Pero destaca especialmente, por su rareza, la introducción del libro.

Antes de ocuparse de quienes ejercieron el cargo de juez de Córdoba, el autor dedica un capítulo entero a tratar «de aquellos cordobeses a quienes se ofreció el cargo de juez y no lo quisieron aceptar». Hasta once personas, en diferentes épocas y con distintos gobernantes, se niegan a aceptar el cargo de juez. El hecho no deja de resultar sorprendente, atendiendo a la alta dignidad a la que se renuncia. Aljoxaní destaca la terquedad de los refractarios al cargo, que llegan a huir del reino para no aceptar el ofrecimiento, pero nunca dice nada de sus motivos. Salvo en una ocasión: un juez de Jaén, del que no se revela el nombre, se niega a aceptar el cargo tras ser sometido a un proceso por «conducta injusta» relacionado con el ejercicio de sus funciones como juez. El proceso se inició por orden del soberano, a raíz de las denuncias que los habitantes de la región le habían hecho llegar. Nada se cuenta del proceso al que fue sometido el juez de Jaén, pero no debió ser una experiencia agradable. A pesar de ser declarado inocente, el juez de Jaén rechaza el cargo que ahora se le ofrece y jura que antes se divorciará de su mujer y manumitirá a sus esclavos que aceptarlo. El juez de Jaén tiene miedo. Y se defiende. Sin decirlo claramente, el buen cortesano Aljoxaní insinúa que fue también el miedo a este tipo de procesos o, tal vez, al riesgo a caer en desgracia y todo lo

¹ CICERÓN (2022), *Catilinarias. Filípicas*, traducción de María José Muñoz Jiménez, Madrid, Gredos, p. 276.

que ello conllevara, lo que llevó a rechazar el cargo a los demás protagonistas del capítulo².

Madrid, febrero de 1977. Transición española. Pocos días después de la matanza de los abogados de Atocha y de la contenida y modélica respuesta que ha dado en las calles el Partido Comunista de España (PCE), los dirigentes del partido presentan toda la documentación necesaria para su inscripción en el recién creado Registro de Asociaciones Políticas. De acuerdo con la Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el Derecho de Asociación Política, el Gobierno tiene un plazo máximo para resolver sobre la inscripción, a propuesta del Ministro de Gobernación, de dos meses. El Gobierno solo puede denegar dicha inscripción en caso de que se trate de una asociación tipificada como ilícita en el Código Penal.

Sin embargo, cuando recibe la documentación, el Ministro de Gobernación, Rodolfo Martín Villa, no la envía al Consejo de Ministros, sino al Tribunal Supremo. Quiere que sea el alto tribunal quien decida si el PCE es una asociación tipificada como ilícita en el Código Penal. La Ley sobre el Derecho de Asociación Política de ninguna forma atribuye un control previo sobre la decisión del Gobierno al Tribunal Supremo. La competencia para resolver sobre la inscripción, de manera indubitada, es del Gobierno. Al Tribunal Supremo únicamente le corresponde el control a posteriori de dicha decisión, si es que llega a impugnarse. Pero el Gobierno tiene miedo de la reacción del *búnker* franquista. Y se defiende.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que en ese momento aún lleva asuntos contencioso-administrativos, después de extraños movimientos, se declara incompetente. Nuevamente, el Gobierno tiene que resolver. Pero no se atreve. Nuevamente tiene miedo. Nuevamente se defiende. El Gobierno solicita entonces un informe a la Fiscalía del Reino. Este informe tampoco está previsto en modo alguno en la Ley. A pesar de ello, la Junta de Fiscales emite un informe indicando que el PCE no es una de las asociaciones ilícitas prohibidas por el ordenamiento.

El informe resulta sorprendente: es evidente que el PCE es una asociación ilícita, prohibida por el Código Penal franquista de 1973. No obstante, el informe es suficiente para tranquilizar al Ejecutivo. Solo entonces, el Gobierno presidido por Adolfo Suárez se atreve a ejercer la competencia que le atribuye la Ley y legaliza el Partido Comunista de España, un Jueves Santo de 1977.

II

Las tres relaciones arriba recogidas recogen sendos precedentes históricos del fenómeno al que se dedica este libro: la «burocracia defensiva». En las tres se describe un rechazo a ejercer sus funciones por parte de servidores

² ALJOXANÍ (2005), *Historia de los Jueces de Córdoba*, texto árabe y traducción española por Julián Ribera, facsímil publicado por la editorial Renacimiento, Sevilla, a partir del original de 1914 publicado por el Centro de Estudios Históricos de la Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, pp. 12-13.

públicos, por miedo a las consecuencias que ello podría acarrearles, y en las tres se despliegan distintas técnicas para lograrlo.

Ninguna de las tres historias constituye, sin embargo, un ejemplo genuino del fenómeno que analizaremos. En los casos de Cicerón y de Aljoxaní, porque aplicar los conceptos de burocracia o Administración pública en sentido moderno a la República de Roma o al Califato de Córdoba supone un evidente anacronismo. En el caso de la legalización del PCE durante la transición española, porque ese episodio constituye un ejemplo de una de las dos modalidades de «burocracia defensiva» que cabe identificar, pero que no será objeto de este libro. En concreto, se trataría de un ejemplo de la «burocracia defensiva» que se usa para proteger al político, no al funcionario.

La exclusión de la «burocracia defensiva» que protege al político del análisis que seguirá en las siguientes páginas, que se centrará en la «burocracia defensiva» que protege al funcionario, obedece a varias razones. La más importante es que, en el caso de la primera, la principal responsabilidad que se quiere evitar (aunque es verdad que no necesariamente la única) es la responsabilidad política: que el Gobierno no caiga, que se pierdan las elecciones, etcétera. Pero esto es algo bastante ajeno al empleado público.

El miedo del político a tomar ciertas decisiones por sus consecuencias políticas es algo normal y forma parte del juego del poder. Hace unos años hizo fortuna una frase del presidente de la Comisión Europea en aquel momento, el veterano luxemburgués Jean-Claude Juncker (2014-2019), refiriéndose a las decisiones que los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea debían adoptar frente a la crisis económica de 2008: «todos sabemos lo que tenemos que hacer, lo que no sabemos es cómo ganar las elecciones después».

La propia naturaleza del político en la visión clásica de Max WEBER, que consiste en la lucha por el poder y por mantenerse en él, permite pensar que los políticos siempre han intentado y siempre intentarán evitar, del modo que sea, adoptar aquellas decisiones que saben que les pueden perjudicar en la lucha política. Y el político usa estas tácticas tanto cuando está en el Gobierno como cuando está en la oposición. En este último caso, por ejemplo, evitando apoyar ciertas decisiones en sede parlamentaria, aun cuando considere que son beneficiosas para el interés general, cuando crea que eso le puede perjudicar electoralmente.

Lo que ocurre es que, cuando el político está en el poder (ejecutivo) ya no solo es político, también es Gobierno y, como tal, puede utilizar técnicas dilatorias jurídico-administrativas que son las que emplean también los empleados públicos, tal y como ilustra el caso de la legalización del PCE (solicitud de informes a otros órganos, petición de la intervención del Poder Judicial). Solo en estos casos cabría hablar de una «burocracia defensiva», pero se trataría, en el mejor de los casos, de una «burocracia defensiva» impropia.

Este tipo de «burocracia defensiva», de naturaleza y finalidad política, no es la que nos interesa en este ensayo. En primer lugar, porque no es una anomalía, sino un fenómeno normal y consustancial al juego político. En segundo lugar, porque se produce tanto dentro como fuera de la Administración, por ejemplo, en el Congreso, lo que obligaría a hablar de una «burocracia

defensiva sin burocracia». En tercer lugar, porque su motivación, evitar la responsabilidad política, es muy distinta de la que mueve al empleado público, que es evitar daños a su propia persona.

III

La presente investigación tiene por objeto analizar la «burocracia defensiva» que pretende proteger al empleado público. Para ello se marca cuatro objetivos, que serán desarrollados en sendos capítulos.

En el primer capítulo se propone un concepto de lo que podemos entender por «burocracia defensiva». En el segundo capítulo se desarrolla una fenomenología de esta «burocracia defensiva», es decir, las posibles y muy variadas actuaciones en que se concreta. El tercer capítulo explora cuáles podrían ser las causas que llevan a adoptar este tipo de actuaciones propias de una «burocracia defensiva». Y el cuarto capítulo postula algunas posibles soluciones frente a este fenómeno que, de algún modo, acaso contradictorio, se completan en el Epílogo.

Lo que no se dice en este libro, porque no lo sabemos, es si el fenómeno de la «burocracia defensiva» realmente existe o, más bien, si tiene una dimensión apreciable. La situación actual de las investigaciones obliga a ser prudentes. En mi opinión, resulta posible y muy fácil encontrar casos de «burocracia defensiva» en la Administración pública española. En este libro se presentarán un buen puñado de ellos. Pero mi convencimiento íntimo acerca de su existencia se debe a que yo mismo la practico. Como profesor universitario, prefiero no dar clases a los hijos de mis compañeros de claustro, más aún si ocupan cargos de gestión, como Rector o Decano. Algunas experiencias poco agradables del pasado y que no quisiera repetir me empujan a ello. Y hago todo lo posible por evitarlas, generalmente con éxito. Como profesor universitario, también sé por qué en la lista final de calificaciones de mis asignaturas y de las asignaturas de mis compañeros nunca aparece una nota de «4,9 – Suspense». De todo ello se hablará.

Pero no soy el único caso que conozco de empleado público que practique la «burocracia defensiva». El libro está plagado de ejemplos reales, muchos de ellos contados por compañeras y compañeros de distintas Administraciones. Cualquier empleado público reconocerá las situaciones que se describen en este trabajo y podrá aportar sus propias anécdotas. Lo que no sabemos es si podemos elevar estas anécdotas al nivel de categoría. No sabemos si estos fenómenos han alcanzado un volumen tan importante en España como para constituir un problema, como se estima que ha ocurrido en Italia, donde, en palabras de Sabino CASSESE, se afirma que «la Administración se defiende: la actitud generalizada del funcionario tiene como objetivo protegerse de posibles responsabilidades futuras, no decidir, posponer, pedir opiniones, evitar innovar cuando sea peligroso y preferir atenerse a los ‘precedentes’, protegiéndose así frente a la responsabilidad administrativa»³. En España no hay

³ Sabino CASSESE (2024), *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Oscar Saggi núm. 170, Milán, Mondadori, p. 73 [*L'amministrazione si difende: l'atteggiamento*].

aún estudios empíricos que hayan intentado medir la realidad. Ojalá los haya en el futuro.

IV

¿Qué entiende este trabajo por «burocracia defensiva»? Un conjunto de técnicas usadas por empleados públicos para no ejercer sus funciones o ejercerlas de un modo determinado para evitar consecuencias negativas para ellos.

Los protagonistas de la «burocracia defensiva» son los empleados públicos, individualmente considerados. No los políticos, por los motivos que ya he dicho. Y tampoco la Administración considerada en su conjunto, como organización, como institución.

Desde un punto de vista teórico, sería posible incluir como sujeto de la «burocracia defensiva» no solo a los empleados públicos, sino también a la Administración. Pero resulta preferible descartarlo, porque generaría distorsiones y haría el concepto menos útil. Por ejemplo, muchos de los motivos que, según se explicará en el capítulo tercero, puede postularse que expliquen el comportamiento de los individuos, no podrían aplicarse al comportamiento de una institución. Es cierto que algunos de ellos sí podrían hacerlo, como los motivos de racionalidad económica. Pero para otros muchos de esos motivos, acaso los más importantes, resultaría imposible. Así ocurriría, por ejemplo, con los motivos relacionados con los costes emocionales o con los motivos puramente morales, como la ética del empleado público.

V

Para identificar las prácticas en que se concreta la «burocracia defensiva» deben retenerse dos ideas. En primer lugar, no parece que estas prácticas puedan distinguirse por su contenido material, sino por su finalidad. O, por ser más precisos, por la intención con que se adoptan. Por ejemplo, pedir un informe o no resolver en plazo no son, en sí mismas y necesariamente, prácticas de «burocracia defensiva». Lo serán cuando se adopten con la finalidad de evitar perjuicios para el empleado público responsable de ellas. En segundo lugar, son potencialmente infinitas.

Este trabajo propone como criterio para ordenarlas una clasificación basada en los elementos que hacen aparecer la responsabilidad jurídica. De este modo, las prácticas típicas de una «burocracia defensiva» se agruparán según tengan por objetivo:

— Evitar que se produzca la acción u omisión (o que estas se conozcan), lo que incluye huir de ciertos administrados o de ciertos asuntos, intentar

diffuso del funzionario è diretto a premunirsi rispetto a eventuali future responsabilità, non decido, rinviando, chiedendo pareri, evitando l'innovazione laddove pericolosa e preferendo aderire a 'precedenti', assicurandosi così per la responsabilità amministrativa»].

endosárselos a otro, prolongar los procedimientos para no resolver o, abiertamente, no resolver.

— Evitar que la acción sea típica, es decir, que pueda dar lugar a algún tipo de responsabilidad, para lo que puede optarse por cumplir escrupulosamente todos los ritos y requisitos del procedimiento, incluso los que sean abiertamente innecesarios.

— Evitar que la acción sea antijurídica, lo que puede lograrse cuando se consigue una causa de justificación de la conducta, como la orden de un superior o el consentimiento de los ciudadanos.

— Evitar, finalmente, que la acción sea culpable, invitando a otras partes a intervenir en la adopción de la decisión (por ejemplo, solicitándoles informes) para que se diluya la autoría.

VI

En relación con las causas que conducen a los empleados públicos a adoptar prácticas típicas de una «burocracia defensiva», debe tomarse como premisa el hecho de que nos enfrentamos a un fenómeno de psicología del trabajo. Es decir, preguntarse por las causas de la «burocracia defensiva» significa preguntarse por qué unos trabajadores deciden racional y conscientemente actuar en su trabajo de un modo determinado y no de otro.

El enfoque más fructífero para analizar el fenómeno se encuentra en fijar la atención en la diferencia entre el coste de actuar y el coste de no actuar para el empleado público. Más exactamente, en la diferencia entre los riesgos que se derivan para el empleado público de ejercer sus funciones con normalidad y los riesgos que se derivan de no ejercerlas o ejercerlas a medias o con cautelas.

Este planteamiento parte de asumir la concurrencia de una situación que creo que es una anomalía histórica: los empleados públicos, históricamente, no tenían miedo de las consecuencias de sus actos. Así lo demuestra el hecho de que estos miedos no están en nuestra conciencia colectiva, no están registrados en nuestra literatura o lo están solo de manera marginal. Lo que sí está en nuestra conciencia social es la situación inversa: son los ciudadanos los que históricamente han tenido miedo de la Administración y de sus funcionarios, que han sido descritos tradicionalmente como ineptos, venales, crueles o, en el mejor de los casos, vagos e indolentes. Sin embargo, y como he indicado, la «burocracia defensiva» parte justamente de lo contrario: el fenómeno se explica porque los empleados públicos tienen miedo, porque sienten que ejercer poder público, incluso ejercerlo bien, no sale gratis, tiene costes para ellos e incluso para sus familias.

Naturalmente, decir que los servidores públicos nunca han tenido miedo a las consecuencias de ejercer sus funciones es una exageración. Los ejemplos de Cicerón y Aljoxaní bastarían para desmentirlo, pero no son los únicos. En el capítulo tercero de este trabajo, se cuenta que en la Constitución francesa del año VIII se incluyó una previsión para proteger a los empleados públicos de la Administración revolucionaria frente al Poder Judicial y que esto consti-

tuyó un asunto muy polémico en las luchas partidistas del siglo XIX. Aún hoy, en España, el art. 14.f) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015), señala entre los derechos individuales de los empleados públicos el derecho «a la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos». De lo que se deduce, lógicamente, que los empleados públicos pueden ser llevados ante los tribunales por el simple hecho de ejercer sus funciones o cargos.

Pero, como mínimo, es una idea que hemos marginado. Por eso es por lo que propongo utilizar algunas reflexiones sobre el ejercicio del poder público que están en la literatura de superhéroes y que sí se han enfrentado abiertamente a los problemas que el ejercicio del poder supone para quienes lo ejercen. Desde hace décadas, y al menos desde la llamada Edad de Plata (1956-1970), el cómic de superhéroes alcanzó la madurez suficiente para hacer retratos psicológicos serios e inteligentes de sus personajes. Uno de los conflictos recurrentes en esos retratos es el que se genera entre el héroe/personaje exterior, que goza de grandes poderes que le permiten (y le obligan moralmente) a hacer el bien, y el ciudadano anónimo/personaje interior, que es consciente y teme los riesgos de sufrir perjuicios que ese ejercicio conlleva, para sí y para sus seres cercanos. Esa dicotomía entre personaje público y sujeto anónimo, entre *Spiderman* y Peter Parker, juega con la idea de que la diferencia entre ambos es meramente simbólica (una máscara, es decir, un engaño, una ficción), pues, en realidad, ambos son la misma persona. Y de aquí se deduce una interesante consecuencia: los miedos que atenazan al sujeto anónimo (Peter Parker) tienen un impacto en el modo en que el héroe (*Spiderman*) ejerce sus poderes.

Si se observa bien, la descripción del conflicto coincide con el que se produce entre la persona-empleado público, investida de amplios poderes para la realización del interés general, y la persona-sujeto privado, que sufrirá en sus propias carnes las eventuales consecuencias desfavorables derivadas del ejercicio de tales poderes. Es decir, ofrecen una pauta razonable para entender que los miedos privados de los empleados públicos afectan al desempeño de sus funciones públicas.

De acuerdo con todo ello, en el primer capítulo se explican las ventajas que aportan los materiales procedentes de la literatura superheroica para nuestro análisis, lo que se irá desarrollando en los sucesivos capítulos. Aunque no sea el tema de este ensayo, no me resisto a apuntar que este tipo de literatura constituye un campo de ideas prácticamente sin roturar y de una fertilidad extraordinaria para la reflexión sobre el poder público.

VII

Volviendo a las causas que dan lugar a la aparición de prácticas propias de una «burocracia defensiva», la pregunta que debe responderse es cuáles son los factores que inciden en el cálculo del riesgo en que incurre el empleado público por el mero hecho de ejercer correctamente sus funciones. Para

ofrecer una respuesta lo más amplia posible, tales factores pueden agruparse en dos categorías: por un lado, los diversos tipos de daños que el empleado público puede sufrir; por otro lado, las distintas circunstancias que tienen que concurrir para que dichos daños se verifiquen o, como mínimo, se hagan más probables.

Respecto a los tipos de daños, he creído útil distinguir entre responsabilidades jurídicas y otros tipos de daños, que podríamos llamar de carácter social. De las responsabilidades jurídicas no hay mucho novedoso que decir, puesto que son bien conocidas para cualquier empleado: la responsabilidad disciplinaria (castigos impuestos por la propia Administración), la responsabilidad penal (castigos impuestos por los jueces) y la responsabilidad civil/contable (obligación de indemnizar los daños causados a la Administración). En España, la responsabilidad disciplinaria y la civil/contable parecen asustar más bien poco al empleado público. En cambio, la responsabilidad penal sí le asusta y es probable que este temor se deba tanto a una posible pena privativa de libertad, como a los graves daños colaterales que el proceso penal conlleva y que no son, propiamente, responsabilidad penal: el coste reputacional, el coste temporal o el coste emocional pueden pesar mucho en el ánimo de los empleados públicos.

Respecto a las circunstancias que los empleados públicos pueden percibir como generadoras de riesgo, el capítulo tercero se atreve también a espigar unas cuantas. Es muy probable que existan otras y que puedan ser aún más importantes, pero, a pesar de ello, parece que debe concederse alguna relevancia a factores como la multiplicación de los controles sobre la actividad de los empleados públicos o el aumento de la transparencia, de la hipersensibilidad hacia la corrupción, de la necesidad social de culpables o del uso de la vía penal para controlar la actividad de los empleados públicos. Todo ello derivado, al menos en parte, de la creciente desconfianza hacia la Administración que se extiende por la sociedad. Tampoco parecen inocuas el exceso de cercanía del empleado público al administrado (que puede incrementar los costes emocionales) o a los políticos (que puede aumentar los riesgos de verse implicado en asuntos de corrupción que acaban en el ámbito penal), entre otros factores que serán objeto de atención.

VIII

El último capítulo propone algunas posibles soluciones frente a este nuevo fenómeno. Puede resultar paradójico que se propongan remedios frente a un mal que ni siquiera sabemos con certeza que exista y cuyas dimensiones reales desconocemos. Sin embargo, y como mínimo, tenemos importantes indicios de que la «burocracia defensiva» podría ser un problema real y, sobre todo, en especial a la vista de la situación italiana, podemos afirmar que podría llegar a ser un problema grave.

Por lo demás, la mayor parte de las soluciones que se proponen podrían incluirse en cualquier catálogo de medidas para alcanzar una «buena Administración»: ofrecer seguridad jurídica a los empleados en el ejercicio de sus funciones; intentar encauzar el uso de la jurisdicción penal como forma

de controlar a la Administración; insistir en la necesidad de despolitizar las Administraciones públicas; mejorar los mecanismos de rendición de cuentas (*accountability*) frente a los de mera exigencia de responsabilidad (*liability*); etcétera.

El cuadro, sin embargo, quedaría incompleto si únicamente se centrara en el análisis de las decisiones de los empleados públicos a partir de un modelo de elección racional basado en la comparación de costes y en decisiones puramente egoístas. El análisis debe completarse incluyendo un factor que parece distorsionarlo todo, pero que dota de sentido al conjunto: la ética del empleado público.

Este elemento, muy presente también en la literatura de superhéroes, se superpone a la comparación de costes y resulta determinante para entender las decisiones del empleado público. Sobre todo, aquellas decisiones que resultan incomprensibles desde un simple análisis coste/beneficio. En efecto, con extraordinaria frecuencia, los empleados públicos ejercen sus funciones incluso cuando ello les perjudica y, lo que es más interesante, incluso cuando podrían evitarlo. Los empleados públicos no son solo seres egoístas. Son también seres morales y tienden, como cualquier ser humano, a hacer el bien y evitar el mal. Y ello, en su caso, supone con frecuencia poner el interés general por encima de su interés particular. Hará bien quien lea las páginas que siguen en no olvidar esta brújula moral para orientarse en nuestras reflexiones.

CAPÍTULO I

EL CONCEPTO DE «BUROCRACIA DEFENSIVA» Y SU INESPERADA RELACIÓN CON LA LITERATURA DE SUPERHÉROES

1. ALGUNOS APUNTES SOBRE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SUPERHÉROES Y LITERATURA

Sin ánimo alguno de ejercer de integrado contra apocalípticos, creo honestamente que algunas de las reflexiones más interesantes sobre la naturaleza del poder y, específicamente, sobre el poder público, se encuentran en los cómics de superhéroes. Tal vez se trata, aunque no lo creo, de reflexiones involuntarias, pero lo cierto es que constituyen un punto de partida literalmente fantástico y absurdamente desaprovechado, quizá por un cierto menosprecio hacia el género y por olvidar que el saber no debe valorarse por la dignidad del objeto, sino por la dignidad del método¹. Las formas de cultura popular, como los cómics, las series de televisión o las películas de cine, reflejan la percepción del poder, el Derecho o la justicia de la sociedad en la que nacen. Y es razonable pensar que también ocurra a la inversa y que algunas de las ideas que aparecen y se desarrollan en esas formas de cultura popular tienen también un impacto en su percepción social.

¹ Umberto Eco (2021), *Apocalípticos e integrados*, Barcelona, DeBolsillo, p.52. Como notoria excepción a este frecuente menosprecio, debe mencionarse la monografía de Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA (2018), *Los superhéroes y el Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, donde se presenta un impresionante catálogo de cuestiones jurídicas abordadas por la literatura superheroica, con algunas asociaciones altamente sugerentes. Más ampliamente sobre el valor del cómic (no necesariamente de superhéroes) como herramienta para la representación, el estudio y la enseñanza del Derecho, María Jesús FERNÁNDEZ GIL (2014), «Algo más que cultura de masas: la dimensión (est)ética del cómic», en Miguel Á. RAMIRO VALLÉS (ed.), *Derechos, cine, literatura y cómics. Cómo y por qué*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp.87-100, quien analiza el impacto que tuvo en la concepción cultural del cómic la aparición del extraordinario *Maus*, de Art SPIEGELMAN.

Por ejemplo, se ha afirmado de manera convincente que en el periodo posterior a los ataques del 11 de septiembre en Estados Unidos y, muy especialmente, a partir de que la Administración Bush pusiera en marcha la llamada «guerra contra el terror», algunas historias de superhéroes, tanto en cómics como en películas, desarrollaron tramas en las que se planteaba si sería legítimo ejercer (súper)poderes al margen de la ley y de cualquier forma de control democrático cuando fuera necesario para proteger a personas inocentes. Frente a lo que pudiera parecer, estas tramas no planteaban debates maniqueístas, sino discusiones altamente sofisticadas que descendían a detalles que obligaban a enfrentarse a dilemas de compleja resolución, como probablemente estaba ocurriendo en la sociedad estadounidense².

Por cuanto a nosotros importa, debemos señalar que algunos cómics de superhéroes contienen líneas argumentales completas desarrolladas sobre la idea de personajes que, estando dotados de amplios poderes que pueden utilizar para la protección y el beneficio de la comunidad, deciden no ejercerlos por los problemas que ello acaba ocasionándoles. Estas tramas desarrollan una situación aparentemente paradójica (¿por qué renunciaría alguien a utilizar los poderes con los que puede beneficiar al interés general?) para dibujar unas conclusiones más bien sombrías (el ejercicio del poder nunca sale gratis, ni para quien lo ejerce ni para quienes le rodean).

El estudio del fenómeno que se ha dado en llamar «burocracia defensiva», y que constituye el objeto de este ensayo, puede aprovechar algunos de los razonamientos desarrollados en torno a estas ideas. Por eso haremos repetidas referencias a algunos cómics de superhéroes bien conocidos, aunque no todos puedan considerarse, desde luego, entre los mejores del género.

Este acercamiento literario al estudio de una cuestión jurídica y burocrática, por otra parte, no tiene nada de original. La burocracia como forma de organización racional del trabajo y, en particular, el aparato burocrático público, constituyen un fenómeno social y un argumento de interés muy presente en todas las tradiciones literarias de nuestro entorno³. Ello ha permitido que la perspicaz mirada de grandes literatos se haya posado sobre la burocracia y los burócratas y que estos hayan sido objeto de malévola disección y, con frecuencia, cruel escarnio.

Luciano Vandelli dedicó un entretenido libro precisamente a este asunto y observaba que la gran novela y la gran burocracia nacieron a la vez y, en ocasiones, gracias a las mismas personas, que compaginaron sus labores de empleados públicos y literatos⁴. La observación debe entenderse, naturalmente, en el sentido de que Vandelli identifica la «gran novela» con la novela decimonónica realista o naturalista. Esto es, con las grandes obras de Balzac, Flaubert, Tolstói, Stendhal, etcétera. No obstante, este planteamiento le priva

² Ampliamente sobre ello, y con análisis específicos de las películas *Suicide Squad* (2016), *Batman v. Superman: Dawn of Justice* (2016) y *Captain America: Civil War* (2016), Nicole MAURO-SCHRÖDER (2018), «*Justice Has a Bad Side: Figurations of Law and Justice in 21st-Century Superhero Movies*», *European Journal of American studies*, 13-4, pp. 1-23.

³ Así lo advierte Santiago MUÑOZ MACHADO en el «Prólogo», a la obra de Luciano VANDELLI (2015), *Papeles y papeleo. Burocracia y literatura*, Madrid, Iustel – Fundación Alfonso Martín Esquedero, p. 11, a la que nos referimos a continuación.

⁴ Luciano VANDELLI (2015), *Papeles y papeleo. Burocracia y literatura*, op. cit., p. 80.

del acceso al riquísimo material literario sobre la burocracia imperial española que se encuentra en las crónicas de conquista o en las novelas picarescas, ampliamente difundidas y leídas por toda Europa y antecedentes (casi) inmediatos de esa «gran novela» del siglo XIX a la que se refiere Vandelli⁵.

Paradigmática de esta literatura sobre la burocracia imperial española resulta la inclasificable e inconmensurable obra *Nueva crónica y buen gobierno*, de Felipe Guaman Poma de Ayala. En especial, todo el apartado correspondiente a «Buen gobierno y justicia», donde a lo largo de 271 folios pasa revista y vierte una durísima crítica a todas las jerarquías —civiles y eclesiásticas, indias y españolas— presentes en el Virreinato del Perú circa 1615. Ese apartado se cierra, además, con una de las casi 400 láminas que ilustran la obra y en la que se representan, como si fueran animales, a los funcionarios que hostigan a los indios: el corregidor/sierpe (más bien, un dragón), «porque le come la vida y las entrañas y le come la hacienda como bravo animal»; el encomendero/león; el padre de la doctrina/zorra; el escribano/gato; los españoles del tambo [posada]/tigres; y el cacique/ratón, a quien temen los indios pobres porque «hurtan de día y de noche sus haciendas, sin que nadie lo sienta»⁶. Esta alegoría resulta al mismo tiempo clásica y moderna, pues, por un lado, utiliza el recurso clásico de las fábulas (Esopo, Babrio), que se sirven de animales para representar vicios humanos, y por otro lado la aplica a una situación estrictamente contemporánea y en formación, la Administración burocrática que comienza a desplegarse en los territorios americanos de la corona española. Para mayor modernidad, Guaman Poma se vale de imágenes y dibujos comentados, en los que acaso pudiera verse un precedente remoto del cómic e incluso de la novela gráfica. Baste esto como botón de muestra de la riqueza de materiales literarios sobre la burocracia, previos a la «gran novela» del siglo XIX, a la que nos referimos⁷.

⁵ Como desarrolla Roberto GONZÁLEZ ECHEVARRÍA (2011), *Mito y archivo: una teoría de la narrativa latinoamericana*, México DF, Fondo de Cultura Económica, p. 66, «en el siglo XVI, escribir [en España] estaba subordinado a la ley. Uno de los cambios más significativos en España, cuando se unificó la península y se convirtió en el centro del Imperio, fue el sistema jurídico, que redefinió la relación entre el individuo y el Estado, y mantenía un estricto control de la escritura. La narrativa, tanto novelesca como histórica, se derivó de las formas y regulaciones de la escritura jurídica. La escritura jurídica era la forma predominante de discurso en el Siglo de Oro español. Se infiltraba en la escritura de la historia, sostenía la idea del Imperio y fue instrumental en la creación de la picaresca».

⁶ Felipe GUAMAN POMA DE AYALA (1987), *Nueva crónica y buen gobierno*, edición de John V. MURRA, Rolena ADORNO y Jorge L. URIOSTE, Historia 16, Colección «Crónicas de América», núm. 29b, Madrid, pp. 748-750. Un breve análisis de estas imágenes animales, situándolas en el contexto de la tradición retórica en que se insertan, en Diana Roselly PÉREZ GERARDO (2017), «Los vicios y virtudes en las imágenes de la Nueva crónica y buen gobierno», *Memoria y Sociedad*, vol. 21, núm. 43, pp. 121-123.

⁷ La vigencia del recurso utilizado por GUAMAN POMA, por cierto, no parece haber decaído. En el mucho más reciente trabajo de José Ramón CHAVES y Juan Manuel DEL VALLE (2016), *Los diez pecados capitales de los empleados públicos*, Madrid, Editorial Amarante, pp. 215-218, se dibuja también un «bestiario burocrático» (*sic*), en el que los funcionarios son clasificados en cinco grupos e identificados con sendos animales: las hormigas, las cigarras, las tortugas, los jabalíes y los desconcertantes tunicados. Es el mismo tipo de recurso que también emplearon George ORWELL en *Rebelión en la Granja*, donde los empleados al servicio del poder son los perros, o Art SPIEGELMAN en *Maus*, donde los alemanes son representados como gatos y los judíos, como ratones.

Folio 694 [708] del Manuscrito.



Lo que sí es propiamente decimonónico es el entendimiento de que la labor de literato y la de empleado público fueran casi intercambiables, llegando incluso a porfiar sobre cuál fuera mejor: «Más me valiera haber sido ordenanza de Fomento, que autor» es frase que se atribuye a Bretón de los

Herreros, pero bien podría haber sido de muchos otros autores contemporáneos del escritor riojano⁸.

Utilizando la misma técnica que Vandelli, y casi coincidiendo con los cien años de la muerte del autor, Jiménez Asensio ha realizado un estudio del fenómeno de la burocracia (y, muy especialmente, de las cesantías) en la obra literaria de Benito Pérez Galdós. Más en concreto, en sus series de *Episodios Nacionales*, aunque con referencias a otras obras (*La Fontana de Oro*, *Fortunata y Jacinta* y, sobre todo, *Miau*) donde el fenómeno también se hace muy presente, como un elemento más de su penetrante análisis de la realidad política de España a lo largo del siglo XIX⁹.

Y un buen número de autores literarios (algunos de ellos, ciertamente, de mucha menos valía que los citados por Vandelli) sirvieron también para que, hace casi cuatro décadas, Alejandro Nieto dibujara una primera aproximación al pensamiento burocrático en España y a la situación de los burócratas¹⁰. Dibujo que, por cierto, se parece extraordinariamente al que pintan los novelistas del siglo XIX analizados por Vandelli, con el añadido de que los burócratas españoles, además de vagos, pelotas, ineptos, venales y cínicos, como sus compañeros del resto de Europa, parecían tener también una cierta debilidad por las mujeres, a las que, por tal motivo, se les solía encargar de agilizar los asuntos de sus familiares varones¹¹.

También aparece en la literatura española, apunta Nieto, un tipo poco frecuente en la obra de Dickens o Balzac: el del «integrismo administrativo», el esbirro fiel defensor de la Administración y agraz enemigo del administrado, al que persigue, cargado de desconfianza, dispuesto a dar la razón, siempre y en todo, a la Administración, de quien recibe un modesto sustento que le parece más que suficiente para llevar la vida austera, casi monacal, que considera apropiada para un servidor público. No es un funcionario cobarde, pues no teme enfrentarse al político de turno (su lema es «mucha Administración

⁸ José ESTEBAN (2021), *La generación del 98 en sus anécdotas*, Sevilla, Renacimiento, 2.ª edición, p. 196. El mismo autor cuenta también otra anécdota, acaecida en tiempos más recientes, durante la época de la Restauración canovista, y referida al poeta bohemio Emilio Carrere, a quien concedieron un empleo en el Tribunal de Cuentas al cual, según parece, dedicaba menos atención que a sus composiciones literarias: «Un día nombraron presidente del Tribunal de Cuentas a don Mariano Catalina, poeta chirle y secretario de la [Real] Academia [Española]. Aquel señor le mandó llamar a su despacho y le dijo:

— Me han dicho que usted hace *coplas* en la oficina.

— Versos, señor Catalina, y mejores que los de algún académico.

Aquello le costó un mes de suspensión de empleo y sueldo», p. 170.

⁹ Rafael JIMÉNEZ ASENSIO (2023), *El legado de Galdós. Los mimbres de la política y su 'cuarto oscuro' en España*, Madrid, Los libros de la catarata.

¹⁰ Junto a otros autores secundarios, recurre a los autores costumbristas y románticos Ramón de Mesonero Romanos, Mariano José de Larra, Manuel Bretón de los Herreros o, nuevamente, Benito Pérez Galdós. Alejandro NIETO (1976), *La burocracia. I. El pensamiento burocrático*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, pp. 206-225.

¹¹ Alejandro NIETO (1976), *La burocracia. I. El pensamiento burocrático, op. cit.*, p. 199, recoge ampliamente lo que a este respecto contó José García de León y Pizarro en sus *Memorias*, editadas por Álvaro Alonso-Castrillo en la *Revista de Occidente* en 1953. Otras memorias noveladas citadas por Nieto, las de Miguel CAPELLA (1928), *De res publica. Memorias de un burócrata*, Madrid, Prensa Nueva, abundan más bien en el cinismo de los burócratas: «dejar fama de empleado activo y esclavo del deber es contraproducente y poco honroso, pues, bien mirado, atenta a la dignidad personal. Se hace un papel análogo al del marido consentido» (p. 225).

y poca o ninguna política»). Pero su radicalismo casi místico lo convierte en la perfecta antítesis del tipo de empleado público, estrictamente racional, que veremos se encuentra detrás del fenómeno de la «burocracia defensiva»¹².

La lista podría seguir, pero por señalar un último ejemplo, recentísimo, del uso de elementos literarios para el análisis del fenómeno burocrático, puede destacarse el trabajo de Nuria Magaldi sobre la caracterización del modelo weberiano de Administración pública austríaca (cerrada, jerárquica, autoritaria, ritual) en la obra de Stefan Zweig¹³.

Este tipo de descripciones aportadas por la literatura han sido frecuentemente empleadas por los sociólogos como puntos de partida válidos para construir sus hipótesis¹⁴. En estos casos, el objeto de estudio de los sociólogos no es la obra literaria (ello es también posible, pero propio de la sociología de la literatura), sino la burocracia. La peculiaridad se encuentra en que se aceptan como datos potencialmente válidos las descripciones contenidas en obras literarias, tanto del fenómeno en sí como de las percepciones que del mismo tienen los miembros de la sociedad, lo que permite encontrar «afinidades electivas», paralelismos y coincidencias entre obras literarias y obra sociológica. Y, a la inversa, algunos ensayos sociológicos adoptan formas parcialmente literarias para presentar sus hallazgos o, más ampliamente, para denunciar los fallos de la Administración y sus empleados, como en el ejemplar y devastador *Silencio administrativo*, de Sara Mesa¹⁵.

De acuerdo con esta tradición metodológica literaria, puede ser útil introducir la presentación de nuestro tema haciendo referencia a lo que podríamos denominar el «síndrome *Moon Knight*», tomando prestado el nombre de este superhéroe de la factoría Marvel, traducido en España como Caballero Luna. Para ello, partiremos del arco argumental desarrollado en la miniserie *Sol de medianoche*, en la que el protagonista, Marc Spector, renuncia a seguir

¹² Alejandro NIETO (1976), *La burocracia. I. El pensamiento burocrático*, op. cit., pp. 223-224. Este peculiar tipo de burócrata español encontraría su modelo más acabado en el personaje de Pantoja, de la novela *Miau*, de Benito Pérez Galdós, de la que se ha ocupado recientemente Rafael JIMÉNEZ ASENSIO (2023), *El legado de Galdós*, op. cit., pp. 252-257, apuntando algunos «paralelismos evidentes» con la novela *Los empleados*, de BALZAC (p. 36). Una contraposición entre Pantoja y el protagonista de la novela (Villaamil) y los otros tipos burocráticos que Pérez Galdós usa en su narración (el cojo Guillén, Federico Ruiz) en Geoffrey RIBANS (1977), «La figura Villaamil en *Miau*», *Actas del Primer Congreso Internacional de Estudios Galdosianos*, Madrid, Editora Nacional, en especial, pp. 406-407.

¹³ Nuria MAGALDI (2024), «La Embriaguez de la metamorfosis de Stefan Zweig y el descubrimiento de la Administración burocrática», *Ivs Fvgit*, núm. 26-27, pp. 255-271.

¹⁴ Por ejemplo, G. TURNATURI (2003), *Immaginazione sociologica e immaginazione letteraria*, Roma-Bari, Laterza, pp. 79-83, señala la existencia de vínculos, con frecuencia explícitos, entre Balzac y Engels, entre Marx y Tocqueville, entre Kafka y los hermanos Weber (en especial, Alfred, aunque también Max), entre Musil y Berger, entre Flaubert y Bourdieu, entre Mann y Sombart o, en fin, entre Lamartine, Chateaubriand y Engel. *Apud* Luciano VANDELLI, *Papeles y papeleo. Burocracia y literatura*, op. cit., p. 283. La relación inversa, naturalmente, también sería posible, lo que explicaría que un Rober Walser recoja en sus obras ideas reconducibles a un Émile Durkheim, como me parece que ocurre claramente con la noción de «anomia» de este último, que impregna toda la novela *Jakob von Gunten* de Walser.

¹⁵ Sara MESA (2019), *Silencio Administrativo. La pobreza en el laberinto burocrático*, Barcelona, Nuevos Cuadernos Anagrama, núm. 14.

usando los poderes que el dios Khonshu le concede para enfrentarse a los delincuentes cuando se transforma en el superhéroe *Moon Knight*¹⁶.

A lo largo de la historia, Marc Spector intenta aclarar varios malentendidos sobre la naturaleza del superhéroe, sobre su carácter de *potentior persona*, que no resultan difíciles de trasladar a la figura del empleado público que ejerce, como titular de un órgano administrativo, las potestades que el ordenamiento le confiere. En especial, Marc Spector insiste en la idea de que no siempre es agradable tener poderes especiales: por un lado, se generan grandes expectativas, tan inalcanzables que inevitablemente se acaba defraudándolas; por otro lado, y sobre todo, recuerda que debajo de la máscara de superhéroe quien se lleva los golpes es la persona, del mismo modo que dentro de la *potentior persona* que es la Administración hay un débil enano que mueve las palancas, un simple empleado público. Y la persona bajo la máscara, ese débil enano mortal y rosa, tiene miedo, como todos lo tenemos, a que le hagan daño a él o a sus personas cercanas.

Marc Spector/*Moon Knight*, igual que muchas personas que trabajan en la Administración, siente que la máscara puede ser muy poderosa, que infunde respeto, incluso terror. Pero no siempre protege. Y hay que protegerse.

2. EL TEMA DE ESTE ENSAYO: LA «BUROCRACIA DEFENSIVA»

El presente trabajo parte de una intuición manifestada por algunos destacados investigadores de la doctrina iusadministrativa española, como el profesor César Cierco: entre los empleados públicos españoles podría estar creciendo, con una finalidad protectora, una tendencia a no adoptar decisiones o, más ampliamente, a no ejercer o a retrasar al máximo el ejercicio de sus funciones, para lo cual se estarían desarrollando muy diversas estrategias, entre las que podemos adelantar la inactividad o la multiplicación de trámites innecesarios. Ese fenómeno llevaría el nombre de «burocracia defensiva».

¿Existe realmente esta tendencia intuita por la doctrina administrativista española? Lo cierto es que cabría oponer algunos reparos, también intuitivos. Por un lado, la respuesta de la Administración pública durante los peores momentos de la pandemia por covid-19 y, en especial, durante el confinamiento, fue mayoritariamente ejemplar, con empleados públicos que hicieron mucho más de lo que les resultaba exigible, justamente lo contrario de lo que supone una «burocracia defensiva». Por otro lado, los análisis más recientes dedicados al funcionamiento de la burocracia española, algunos de ellos especialmente minuciosos, no parecen haber detectado este entre los múltiples problemas que aquejan al empleo público¹⁷. De hecho, y salvo error por mi

¹⁶ Charlie HUSTON (2022), *Caballero Luna*. 2. *Sol de medianoche*, Marvel Saga núm. 134, Panini España, Torroella de Montgrí, publicado originalmente como *Moon Knight*, vol. 5, núm. 7 (enero 2007) – núm. 3 (diciembre 2007).

¹⁷ Especialmente exhaustivo es el trabajo coordinado por Josefa CANTERO MARTÍNEZ (2021), *Continuidad versus transformación: ¿qué función pública necesita España?*, Madrid, INAP. Aunque en un tono y con una finalidad completamente distintos, tampoco hay ni rastro de esta posible tendencia en el acabado catálogo de los males y vicios que aquejan al empleado público

parte, las únicas referencias directas y recientes a este fenómeno en la doctrina española se encuentran en un trabajo de Manuel Rebollo sobre el control de la Administración por la jurisdicción penal y, muy especialmente, en el trabajo de Alejandra Boto sobre Administración defensiva digital, primer estudio publicado en España específicamente dirigido a abordar la cuestión¹⁸.

Sin embargo, la intuición de la doctrina sobre la existencia y relevancia del nuevo fenómeno de la «burocracia defensiva» no se sustenta en el aire, sino en algunos elementos bastante sólidos.

2.1. El precedente de la «medicina defensiva»

En primer lugar, un fenómeno muy similar existe y es ampliamente reconocido en el ámbito sanitario, donde se conoce desde hace décadas como «medicina defensiva». Con esta expresión se hace referencia a prácticas médicas orientadas a reducir el riesgo de que el personal sanitario sea demandado por los pacientes cuando estos no consiguen el resultado esperado. Por ejemplo, porque no se les ha diagnosticado correctamente, porque el tratamiento no ha funcionado, porque ha causado daños adicionales, porque ha convertido una situación en irreversible, porque no se informó adecuadamente de los riesgos que se asumían, etcétera. Y todo ello aun cuando el personal sanitario haya extremado su diligencia y haya actuado conforme a la *lex artis*.

Aunque se trata de un concepto bien asentado en sus rasgos básicos, no existe una definición plenamente consensuada y cerrada de lo que debe entenderse por «medicina defensiva». Por ejemplo, existen discrepancias acerca de cuál es el sujeto (individual o colectivo, incluyendo a los gestores o la institución sanitaria) que realiza la medicina defensiva¹⁹.

Entre las prácticas que se identifican como típicas de la «medicina defensiva» se encuentran, por ejemplo, el evitar tratar ciertos pacientes o ciertas dolencias, derivándolos a otros servicios o especialistas; realizar más pruebas y más minuciosas de las necesarias; alargar los protocolos médicos; evitar tratamientos que, pudiendo ser más eficaces, pueden entrañar más riesgos; exigir el consentimiento ante cualquier acción u omisión médica; omitir informaciones de la anamnesis en el historial médico del paciente para poder negar posteriormente que se tenía conocimiento de ellos; etcétera. En defini-

español elaborado por José Ramón CHAVES y Juan Manuel DEL VALLE (2016), *Los diez pecados capitales de los empleados públicos*, op. cit.

¹⁸ Los trabajos a los que me refiero son Manuel REBOLLO PUIG (2019), «El control de la Administración por la jurisdicción penal», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 115, pp. 151-190, y Alejandra BOTO ÁLVAREZ (2023), «Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital», *Documentación Administrativa*, núm. 10, pp. 40-58.

¹⁹ Sí parece pacífico señalar como los dos principales hitos en el desarrollo de este concepto el artículo de Lawrence R. TANCREDI y Jeremiah A. BARONDESS (1978), «The problem of defensive medicine», *Science*, vol. 200, núm. 4344, pp. 879-882, y el informe de la OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT CONGRESS, US (OTA) (1994), *Defensive medicine and medical malpractice*, Washington D.C., U. S. Government Printing Office, pub. núm. OTAH-602. Sobre todo ello, con amplia bibliografía, Ana Belén CRUZ-VALIÑO (2021a y 2021b), *La medicina defensiva: aproximación conceptual*, Granada, Comares, y «Medicina defensiva y derechos fundamentales», *Derecho y Salud*, vol. 31 Extraordinario, pp. 160-161.

tiva, la «medicina defensiva» implica que el tratamiento del paciente pase a ser un fin secundario frente a la protección del sanitario, que deviene el objetivo principal. Situación que no solo resulta censurable en sí misma, sino que además conlleva un aumento de costes, una disminución de eficacia y de eficiencia en la actuación médica o el deterioro en la relación médico-paciente a múltiples niveles, entre otras consecuencias indeseables²⁰.

En realidad, la «medicina defensiva», al menos en el caso español, podría ser mucho más que un precedente o una inspiración para la «burocracia defensiva». Dado que la mayor parte de la medicina ejercida en España es medicina pública, prestada por entes públicos o bajo control de estos, tal vez no sea descabellado apuntar que la «medicina defensiva» podría ser una especie del género, más amplio, «burocracia defensiva», puesto que, en la mayor parte de las ocasiones, el personal sanitario que adopta técnicas defensivas está formado, en realidad, por empleados públicos. De hecho, así se ha afirmado expresamente para el caso de Italia²¹ y, de manera implícita, para el caso de España²².

Y aún hay más. Precisamente en el ámbito médico, y justamente durante la pandemia de covid-19, asistimos a extraños fenómenos de judicialización voluntaria de la Administración sanitaria, que se mostró muy reticente a adoptar medidas sin contar con un previo aval del Poder Judicial, aun cuando este no fuera necesario, alargando innecesariamente el procedimiento decisonal en una situación que requería actuar sin dilaciones²³.

2.2. El precedente italiano

En segundo lugar, el fenómeno de la «burocracia defensiva» ha sido ya identificado como problema en otros países de nuestro entorno. Señaladamente en Italia, donde se habla casi indistintamente de *burocrazia difensiva*,

²⁰ Carlos María ROMEO CASABONA y Andrea PERIN (2020), «Prólogo», en Carlos María ROMEO CASABONA y Andrea PERIN (eds.), *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal*, Granada, Comares, p. XII; Ana Belén CRUZ-VALIÑO (2021b), «Medicina defensiva y derechos fundamentales», *op. cit.*, pp. 162-166.

²¹ Para el caso del país transalpino, Gabriele BOTTINO (2020), «La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici», *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2020, p. 119, y Flaminia APERIO BELLA (2023), «Defensive Medicine and Defensive Bureaucracy», *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, núm. 3/2023, pp. 1-17.

²² Para el caso español, en su interesante reflexión sobre «medicina defensiva» y derechos fundamentales, Ana Belén CRUZ-VALIÑO (2021b), «Medicina defensiva y derechos fundamentales», *op. cit.*, pp. 161 y 162, señala que entre los derechos y principios con los que la «medicina defensiva» puede entrar en conflicto no solo se encuentran el derecho fundamental a la integridad física y psíquica (art. 15 Constitución Española) y a la salud futura individual y colectiva (art. 43 Constitución Española), sino también, y al mismo nivel, el principio de eficacia de la Administración (art. 103 Constitución Española) o incluso el derecho fundamental a la buena administración (art. 41 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), justamente los que más directamente se ven afectados por el fenómeno de la «burocracia defensiva». Se deduce de su razonamiento que la autora entiende el fenómeno de la «medicina defensiva» en España como un fenómeno eminentemente público y administrativo.

²³ Esta indeseable situación, derivada de un lamentable abandono de la teoría clásica de la «policía administrativa», ha sido diseccionada y criticada con sólidos argumentos por Manuel IZQUIERDO CARRASCO (2022), «El Derecho Administrativo permanece: covid-19 y la teoría de la policía administrativa», en Leopoldo TOLÍVAR ALAS, Alejandro HUERGO LORA y Tomás CANO CAMPOS (dirs.), *El patrimonio natural en la era del cambio climático*, Madrid, INAP, pp. 33-36.

amministrazione difensiva, paura della firma o fuga della firma, conceptos muy presentes en el debate público, tal y como demuestra su presencia frecuente en los discursos e intervenciones de las más altas magistraturas del país.

Por ejemplo, en su discurso en la ceremonia de inauguración del año judicial 2021 en el Tribunal de Cuentas, el entonces Presidente del Consejo de Ministros, Mario Draghi, afirmó que «es necesario evitar los efectos paralizantes de lo que se ha dado en llamar *fuga de la firma*». Un año después, en su discurso en la ceremonia de inauguración del año judicial 2022, el presidente del Consejo de Estado, Franco Frattini, se refirió expresamente a la necesidad de mejorar «una administración con demasiados miedos, con un enfoque prevalentemente legalista y formal, que tiende a renunciar al ejercicio de una correcta discrecionalidad». También en la inauguración del año judicial 2022, el Procurador General del Tribunal de Cuentas, Angelo Canale, se refirió a la «*paura dalla firma o la c.d. burocrazia difensiva*», si bien desvinculándolas de la responsabilidad contable de los empleados públicos italianos y vinculándolas, más bien, a la falta de inversión en la formación del personal público. El nuevo Gobierno formado en octubre de 2022 tampoco supuso un cambio a este respecto: la nueva Presidenta del Consejo de Ministros, Giorgia Meloni, afirmó en un discurso muy aplaudido ante la *Associazione Nazionale dei Comuni Italiani*, el 24 de noviembre de 2022, en Bérgamo, que «hoy asistimos al fenómeno del llamado ‘miedo a la firma’ [...] porque un administrador, hoy, no sabe si su comportamiento será considerado criminal mañana».

La doctrina, la jurisprudencia e incluso el legislador italianos también se han ocupado ampliamente del fenómeno, que se ha forjado tomando precisamente como modelo el concepto de «medicina defensiva»²⁴ y que se ha identificado como uno de los problemas más acuciantes de la Administración²⁵.

Sin embargo, la verdad es que no hay certeza de cuál es la importancia real de las prácticas que cabe considerar típicas de la «burocracia defensiva» en Italia, lo que hace difícil valorar tanto las dimensiones del problema como su propia existencia²⁶. De hecho, algunos estudios, aun insuficientes, como sus propios autores reconocen, parecen indicar que el fenómeno existe pero que

²⁴ Así lo asumen abiertamente Stefano BATTINI y Francesco DECAROLIS (2019), «L'Amministrazione si difende», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1/2019, p. 294, y Livia LORENZONI (2021) y (2023), «La responsabilità amministrativa in relazione al fenomeno della cosiddetta burocrazia difensiva», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 4/2021, p. 762; «Defensive bureaucracy in Italy: an Introduction», *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 3/2023, pp. 1-2.

²⁵ El conocido como «Plan Colao», o Informe del comité de expertos en materia económica y social, presidido por Vittorio COLAO (*Iniziativa per il Rilancio – Italia 2020-2022*), elevado al Presidente del Gobierno en junio de 2020, identificaba el objetivo de «superar la burocracia defensiva» como una de las seis intervenciones urgentes de simplificación y aceleración de los procedimientos administrativos, COMITATO DI ESPERTI IN MATERIA ECONOMICA E SOCIALE (2020), *Iniziativa per il rilancio «Italia 2020-2022». Rapporto per il Presidente del Consiglio dei Ministri (piano Colao)*, pp. 30-31. Algún autor, como Gabriella CREPALDI (2023), «Crecimiento económico y simplificación en Italia», *Revista Cubana de Derecho*, vol. 3, núm. 1 (enero-junio), p. 257, llega a afirmar que las prácticas vinculadas a la «burocracia defensiva» constituyen una situación generalizada, que habría experimentado un fuerte aumento en los últimos cinco años y que se habría visto agravada por la emergencia sanitaria.

²⁶ Francesco FOLLIERI (2021), «Politica, burocrazia e buon andamento», *Persona e Amministrazione*, Volumen 8, fascículo 1, p. 102.

sus dimensiones son mucho más pequeñas de lo que se percibe socialmente. Tal es, al menos, una de las principales conclusiones de un trabajo de Battini y Decarolis, basado en una encuesta realizada a más de quinientos responsables únicos de procedimientos de contratación administrativa. De acuerdo con los datos obtenidos, los entrevistados reconocieron que alrededor del 30 por 100 de sus decisiones tenían carácter defensivo, sin embargo, la percepción de estos mismos entrevistados era que el número de decisiones defensivas adoptadas por la Administración en su conjunto era del 50 por 100²⁷.

A pesar de ello, la doctrina italiana ha generado ya un apreciable conjunto de trabajos en los que se ha intentado definir el concepto, describir sus manifestaciones, analizar sus causas, proponer soluciones e incluso analizar la efectividad de las que ya se han implantado, frente a lo que se percibe, unánime, aunque acaso erróneamente, como un verdadero problema para el correcto funcionamiento de la Administración²⁸.

También el legislador italiano ha adoptado normas específicamente dirigidas a combatir el fenómeno. La más destacada, probablemente, sea el llamado «Decreto simplificación» o D.L. núm. 76/2020, de medidas urgentes para la simplificación y la innovación digital (posteriormente Ley de 11 de septiembre de 2020, núm. 120). La motivación de la norma se encontraba en la necesidad

²⁷ Stefano BATTINI y Francesco DECAROLIS (2020), «Indagine sull'amministrazione difensiva», *Rivista italiana di Public Management*, vol. 3, núm. 2.

²⁸ Sin ánimo exhaustivo, y en orden cronológico, deben destacarse las aportaciones de Gabriele BOTTINO (2017), *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica; Carlo Mochi SISMONDI y Valentina PIERSANTI (2017), *Burocrazia difensiva. Come ne usciamo?*, Forum PA; Chiara FELIZIANI (2019), «Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione», *Il diritto dell'economia*, año 65, núm. 98, 1/2019, pp. 155-192; Stefano BATTINI y Francesco DECAROLIS (2019), «L'Amministrazione si difende», *op. cit.*; Stefano BATTINI y Francesco DECAROLIS (2020), «Indagine sull'amministrazione difensiva», *op. cit.*; Luisa TORCHIA (2020), «La responsabilità amministrativa», *Giornale di Diritto Amministrativo*, núm. 6, 01/11/2020, pp. 763-768; Gabriele BOTTINO (2020), «La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici», *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2020, pp. 117-146; Vico VALENTINI (2020), «Burocrazia difensiva e restyling del'abuso d'ufficio», *La giustizia penale*, núm. 125, pp. 502-512; Alessandra BATAGLIA, Stefano BATTINI et al. (2021), «“Burocrazia difensiva”: cause, indicatori e rimedi», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 4, pp. 1295-1316; Valerio BONTEMPI (2021), «Il caso dei contratti derivati del MEF: come incentivare una amministrazione difensiva», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 4, 1 de julio de 2021, pp. 500-508; Giuseppe LA ROSA (2021), «La ‘paura della firma’ e la pillola avvelenata nel d.l. Semplificazioni 2020: prime considerazioni sui nuovi confini della responsabilità amministrativa», *Dirittifondamentali.it*, Fascicolo 3/2021 (29 de septiembre de 2021), pp. 171-187; Livia LORENZONI (2021), «La responsabilità amministrativa in relazione al fenomeno della cosiddetta burocrazia difensiva», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 4/2021, pp. 761-782; Riccardo PATUMI (2021), «Procedure di affidamento semplificate introdotte dal decreto semplificazioni e responsabilità dei funzionari pubblici», *Azienditalia* núm. 4/2021, pp. 717-721; Livia LORENZONI (2023), «Defensive bureaucracy in Italy: an Introduction», *op. cit.*; Rocco CIFARELLI (2023), «Fiscal Liability and Defensive Bureaucracy Between Perception, Causes and Remedies: Food for Thought», *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 3/2023, pp. 11-18; Luca DI DONATO (2023), «Defensive Behaviour and Bad Regulation: Problems and Remedies», *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 3/2023, pp. 1-23; Maria Cristina CAVALLARO (2024), «Gli spazi e il ruolo dell'amministrazione pubblica: il problema dell'amministrazione difensiva», *Le relazioni di FinPa*, núm. 2/2024, pp. 1-5. Específicamente referido a su incidencia en materia de contratación pública, Maurizio CAFAGNO (2018; 2020), «Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva», *Il diritto dell'economia*, núm. 97, año 64, 3/2018, pp. 625-657, y «Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali», *Diritto Amministrativo*, fasc. 1/2020, pp. 35-96.

de agilizar ciertos procedimientos administrativos, a fin de garantizar la ejecución de los fondos *NextGenerationEU* procedentes de la Unión Europea, lo que explica que algunas de las innovaciones normativas que introdujo fueran de aplicación temporal y no permanente. Nada muy distinto, por otra parte, a lo que se hizo también en España, con otros medios, para intentar mejorar la tasa de «absorción» de estos mismos fondos europeos²⁹.

Para alcanzar sus fines de agilización, la norma italiana creó algunos procedimientos simplificados en materia de contratación y, por cuanto a nosotros interesa, restringió la responsabilidad contable de los empleados públicos y limitó el alcance del delito de *abuso d'ufficio* (equivalente al delito de prevaricación en España) con el propósito confeso de combatir lo que se interpreta como dos de las causas de la «burocracia defensiva». Cabe aclarar, sin embargo, que al mismo tiempo que la norma restringía la responsabilidad penal y contable de los empleados públicos, añadió un nuevo supuesto de responsabilidad contable: la responsabilidad contable por los daños que puedan derivarse de la resolución tardía de procedimientos simplificados (*responsabilità da ritardo*)³⁰.

La reforma, sin embargo, no parece que alcanzara sus objetivos, pues en agosto de 2024 se acordó, finalmente, suprimir el delito de *abuso d'ufficio* a través de la llamada ley *Nordio* (ley núm. 114 de 9 de agosto de 2024), de nuevo en aras de garantizar una actuación más ágil de la Administración³¹.

²⁹ En el caso de España, las normas de simplificación aprobadas para facilitar la ejecución nacional de los fondos *NextGenerationEU* (fundamentalmente, el Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia), unieron a su carácter temporal una naturaleza de excepcionalidad que ha sido ampliamente criticada. En primer lugar, por su incongruencia, porque no se entiende bien por qué las medidas de simplificación solo resultan aplicables a subvenciones o contratos financiados con fondos europeos, pero no a los financiados con fondos nacionales. Y, en segundo lugar, por la muy posible vulneración que ello puede suponer del llamado «principio de equivalencia» en la protección de los intereses financieros de la Unión, lo que podría provocar graves consecuencias financieras para el Reino de España, como he desarrollado más ampliamente en Antonio BUENO ARMIJO (2023), «El amargo sabor del maíz griego: subvenciones, principio de equivalencia y protección de los intereses financieros de la Unión en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 230, 2023, pp. 99-130.

³⁰ Se han encargado de analizar esta reforma legislativa en lo que afecta, específicamente a la reducción de responsabilidades, entre otros, Luisa TORCHIA (2020), «La responsabilità amministrativa», *op. cit.*; Fabrizio FRACCHIA y Pasquale PANTALONE (2020), «La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato responsabilizzato», *federalismi.it*, núm. 36, en especial, pp. 64-67; Vico VALENTINI (2020), «Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio», *op. cit.*; Riccardo PATUMI (2021), «Procedure di affidamento semplificate introdotte dal decreto semplificazioni e responsabilità dei funzionari pubblici», *op. cit.*; Livia LORENZONI (2021), «La responsabilità amministrativa in relazione al fenomeno della cosiddetta burocrazia difensiva», *op. cit.*, pp. 775-779; Gabriella CREPALDI (2021), «L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa prima e dopo il Decreto semplificazioni», *Responsabilità civile e previdanza*, núm. 1/2021, pp. 23-36; o Giuseppe LA ROSA (2021), «La 'paura della firma' e la pillola avvelenata nel d.l. Semplificazioni 2020: prime considerazioni sui nuovi confini della responsabilità amministrativa», *op. cit.*, este último especialmente crítico, tras constatar que la limitación de la responsabilidad produciría un previsible aumento de acciones de compensación civiles, mucho menos garantistas para los empleados públicos (p. 187).

³¹ Hasta cierto punto, la supresión del *abuso d'ufficio* era la culminación lógica, casi inevitable, de un proceso que llevaba años debilitando este delito, dado que las reformas de 1990, 1997

La supresión de este delito, sin embargo, a pesar de venir compensada por la introducción del delito de tráfico de influencias ilícitas, planteó algunas dudas de constitucionalidad.

Resulta interesante señalar que el problema que pretendían solucionar estas normas, esto es, las dificultades de la Administración italiana para ejecutar los fondos europeos que le son asignados, no constituye ni remotamente una singularidad nacional italiana. Al revés, la incapacidad de los Estados miembros de la Unión Europea para ejecutar tales fondos constituye un grave problema compartido. En el periodo 2014-2020, correspondiente al último marco financiero plurianual de la Unión Europea completado, el Estado que más fondos consiguió absorber del total que se le habían asignado fue Finlandia, con un 73 por 100 de las cantidades que le correspondían, mientras que la muy eficiente Alemania apenas llegó al 49 por 100. El caso de España fue aún peor, dado que solo consiguió ejecutar el 39 por 100 de los fondos asignados, el tercer peor resultado, solo por delante de Italia y Grecia³².

Lo que sí resulta singular del caso italiano es que, a pesar de no contar con evidencias empíricas fuertes que lo demuestren, parece existir un amplio consenso en considerar como una de las causas de esta situación el uso de prácticas propias de la «burocracia defensiva». El resto de Estados miembros de la UE, a pesar de enfrentarse a la misma dificultad para ejecutar los fondos europeos, no han identificado a la «burocracia defensiva» como posible causa de su problema.

Ese extendido consenso nacional italiano alcanza finalmente a sus órganos jurisdiccionales, que también han acogido de manera expresa el concepto de «burocracia defensiva» (en su variante de «miedo a la firma»). En su sentencia 8/2022, dictada justamente en un proceso promovido para determinar la constitucionalidad del «Decreto simplificación», el Tribunal Constitucional italiano llegó incluso a definirla como un fenómeno caracterizado por el hecho de que «los funcionarios públicos se abstienen de tomar decisiones que considerarían útiles para la satisfacción del interés público, prefiriendo tomar otras menos arriesgadas (en tanto descansan sobre prácticas consolidadas e inmutables) o, más frecuentemente, permanecen inactivos por temor a exponerse a posibles procesos penales (el llamado ‘miedo a la firma’)³³.

y, sobre todo, de 2021, lo habían vaciado de contenido hasta el punto de hacerlo prácticamente inútil. Ampliamente sobre ello, Adelmo MANNA y Giandomenico SALCUNI (2020), «Dalla ‘burocrazia difensiva’ alla ‘difesa della burocrazia’? Gli itinerari incontrollati della riforma dell’abuso d’ufficio», *La legislazione penale*, 17/12/2020, en especial, pp. 15-16; Dario FRANZIN (2023), «Abuse of Office and the Criminal Control Over Administrative Action After the Reform of 2020», *Rivista Trimestrale di Scienza dell’Amministrazione*, 3/2023, pp. 2-3.

³² Así se concluye del análisis que realiza, a partir de los datos aportados por el Tribunal de Cuentas, José María BAÑO LEÓN (2021), «La ejecución del Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia: Ley especial coyuntural versus reforma general regulatoria», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, núm. 7, p. 7.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional italiano núm. 8/2022 (ECLI:IT:COST:2022:8), ponente: Franco MODUGNO, FJ 2.4 [«I pubblici funzionari si astengono, cioè, dall’assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell’interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta “paura della firma”)] Estas consideraciones han sido luego retomadas y ampliamente desarrolladas por la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano núm. 132/2024 (ECLI:IT:COST:2024:132).

Con esta sentencia se otorgó plena carta de naturaleza a la «burocracia defensiva» como un nuevo concepto integrado en el ordenamiento jurídico italiano, pero ya antes era un concepto implícito en algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional italiano, según venía entendiendo la doctrina³⁴.

El fenómeno se ha identificado también en otros ordenamientos. Por ejemplo, respecto a Alemania, un estudio de ARTINGER, ARTINGER y GIGERENZER, con un título más que expresivo, analizó la existencia de prácticas defensivas en una Administración pública (cuyo anonimato se mantuvo) mediante un sistema de encuestas. De acuerdo con las respuestas, el 80 por 100 del personal directivo decía haber adoptado en algún momento decisiones defensivas y que, de cada cuatro decisiones importantes adoptadas durante el año anterior, una fue defensiva³⁵.

Y un fenómeno muy similar, si no el mismo, también ha sido descrito en Brasil, donde se habla de una «Administración del miedo» (*Administração do medo*) para referirse a una inquietud creciente en los empleados públicos ante el riesgo de que se les pueda exigir, por un ejercicio erróneo de sus funciones, alguna de las diversas modalidades de responsabilidad que prevé el ordenamiento brasileño (civiles, disciplinarias, penales y de improbidad). Este temor habría desembocado en un «apagón de bolígrafos» (*apagão das canetas*), es decir, en una parálisis en la toma de decisiones y en el ejercicio de sus funciones por parte de los empleados públicos, cuyo alcance, nuevamente, resulta muy incierto; lo que no ha impedido que se hayan adoptado ya medidas de diverso tipo, incluyendo algunas reformas legales, para reducir los casos de responsabilidad de los empleados públicos³⁶.

³⁴ Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano núm.371/1998 (ECLI:IT:COST:1998:371), ponente: Massimo VARI, FJ 6, al analizar la constitucionalidad de una reforma legal orientada a reequilibrar la responsabilidad contable de los empleados públicos italianos, consideró que «Los propósitos inspiradores de la disposición impugnada pueden inferirse, además, de los propios trabajos parlamentarios, que ponen de relieve la intención de ofrecer a los administradores y empleados públicos un marco normativo en el que el temor a la responsabilidad no conduzca a la eventualidad de dilaciones e inactividades en el desempeño de la actividad administrativa [...] La disposición responde, por tanto, a la finalidad de determinar cuánto del riesgo de la actividad debe quedar a cargo del órgano y cuanto a cargo del empleado, en la búsqueda de un punto de equilibrio capaz de hacer, para el empleado y para el responsable público, que la perspectiva de la responsabilidad sea percibida como un estímulo y no como un desincentivo» [*Quali siano le finalità ispiratrici contestata norma è dato desumere, del resto, dagli stessi lavori parlamentari, che evidenziano l'intento di ridisporre, nei confronti degli amministratori e dei dipendenti pubblici, un assetto normativo in cui il timore delle responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa [...] la disposizione risponde, perciò, alla finalità di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo*].

³⁵ Florian M. ARTINGER, Sabrina ARTINGER y Gerd GIGERENZER (2019), «C. Y. A.: frequency and causes of defensive decisions in public administration», *Business Research*, núm. 12, pp.9-25. El estudio no se enmarcaba, sin embargo, en una línea de investigación sobre la Administración pública, sino sobre los «comportamientos defensivos» en el marco de la teoría de las organizaciones. El inocente acrónimo C. Y. A. responde a la expresión inglesa *cover your ass*.

³⁶ Irene Patrícia NOHARA (2022), «Cambios y nuevas perspectivas del régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración de Brasil», *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo*, BOE, pp.56-57. Una primera descripción de la «Administración del miedo» y del «Derecho Administrativo del Miedo» en Rodrigo Valgas dos SANTOS (2022), *Direito Ad-*

No obstante, la posible presencia del fenómeno en estos ordenamientos no parece que haya alcanzado una importancia suficiente como para generar la preocupación, casi obsesiva, que sí ha generado en Italia. Por otra parte, se han identificado ordenamientos de nuestro entorno en los que no solo no parece que existan acciones típicas de una «burocracia defensiva», sino en los que la propia idea parece antojarse inaceptable. Tal sería, muy señaladamente, el caso de Francia, según ha concluido Alejandra Boto³⁷. La situación italiana deviene, por tanto, del mayor interés para nosotros y permite confirmar la pertinencia del problema intuido por nuestra doctrina.

3. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA EXPRESIÓN Y EL CONCEPTO «BUROCRACIA DEFENSIVA»

La expresión «burocracia defensiva» exige algunas precisiones sobre la intención con que se utiliza el término «burocracia». Sin perjuicio de otras posibles acepciones, este término puede usarse en dos sentidos:

— En primer lugar, por burocracia puede entenderse un sistema organizado de medios materiales y, sobre todo, humanos. En esta primera acepción se habla de burocracia o «aparato burocrático» para referirse, sobre todo, a un conjunto de empleados públicos.

— En segundo lugar, por burocracia puede entenderse un sistema de organización racional del trabajo. En este segundo sentido no se pone el acento tanto en los elementos materiales y humanos como en los procesos de toma de decisiones³⁸.

ministrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos, 2.^a ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil.

³⁷ Alejandra BOTO ÁLVAREZ (2023), «Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital», *op. cit.*, pp. 45-47. No obstante, a pesar de sus muy convincentes argumentos, es necesario dejar constancia de lo sorprendente que resulta la afirmación de que este problema esté ausente en la Administración pública francesa. En primer lugar, porque los revolucionarios franceses, como veremos más adelante, fueron extremadamente cuidadosos, cuando diseñaron la nueva Administración republicana, en garantizar un elevado nivel de protección a los empleados públicos franceses frente a posibles demandas de los ciudadanos, hasta el punto de eximirles de toda exigencia judicial de responsabilidad. Esta forma de actuar revela que eran plenamente conscientes de la necesidad de proteger al empleado público para que pudiera desarrollar su trabajo sin temor a las consecuencias en que pudiera incurrir. Y, en segundo lugar, porque los medios de comunicación franceses dan noticia de ciertos comportamientos de algunos empleados públicos que parecen encajar bastante bien en las prácticas propias de la «burocracia defensiva». Así ocurriría, por ejemplo, con el fenómeno de la huida de los profesores de la escuela pública (la llamada *fuite des professeurs*), que alcanza niveles preocupantes en algunos departamentos con escuelas públicas complicadas y que ha dado lugar a prácticas abusivas, como la inscripción de falsas parejas de hecho (*pactes civil de solidarité – pacs*) para obtener puntos por reagrupación de pareja (*rapprochement de conjoint*) en los concursos de traslado. Florent VAIRET, «Le faux pacs, l'astuce de certains profs pour décrocher une mutation», *Les Échos*, 4 de octubre de 2021. Acudir a este tipo de prácticas como forma de evitar ciertos ciudadanos, situaciones o ámbitos de trabajo que se perciben como problemáticos constituye, según veremos, una de las manifestaciones paradigmáticas de la «burocracia defensiva».

³⁸ El *Diccionario de la Lengua Española* recoge la primera de estas acepciones como «Conjunto de los servidores públicos» y la segunda como «Organización regulada por normas que establecen un orden racional para distribuir y gestionar los asuntos que le son propios».

En el primer caso se trata de un *qué* (o de un *quiénes*) y en el segundo de un *cómo*. O, por expresarlo en términos kafkianos, se trataría de *El castillo* frente a *El proceso*. Este desdoblamiento resulta pertinente, porque permite identificar a quién se quiere defender y cómo se le quiere defender. Con la locución «burocracia defensiva» lo que se pretende expresar es la posibilidad de utilizar algunas técnicas de organización del trabajo para proteger a los empleados públicos. Es decir, que se persigue utilizar la burocracia (técnicas de organización) para proteger a la burocracia (conjunto de empleados públicos). La expresión resulta tener una densidad semántica admirable.

De hecho, también puede verse en ella un pleonismo: hablar de «burocracia defensiva» resulta casi redundante, pues toda burocracia es por naturaleza defensiva, en tanto que crea obstáculos, reales o imaginarios, queridos o involuntarios, en su relación con quienes se encuentran fuera de la organización.

No obstante, los obstáculos a los que se refiere la expresión son los asociados a los defectos y carencias propios de un sistema organizativo viciado e «ineficiente a causa del papeleo, la rigidez y las formalidades superfluas», por utilizar una acepción alternativa ofrecida por el *DLE*. En feliz expresión, se ha dicho que la burocracia es «el arte de convertir lo fácil en difícil por medio de lo inútil»³⁹. Y esa sería la burocracia a la que se refieren los autores que hablan de «burocracia defensiva»: la multiplicación de actuaciones y la exigencia de requisitos, perfectamente innecesarios, con el fin, buscado deliberadamente, de retrasar o evitar que se produzca un hecho o se alcance un objetivo.

Se comprende, por tanto, que no toda inactividad, relajación o dejación de funciones por parte de la Administración está relacionada con la «burocracia defensiva». La inactividad que vinculamos a la «burocracia defensiva», considerada como un fenómeno novedoso, tiene características muy especiales. No puede ser de otro modo, pues la crítica a la inactividad de los empleados públicos no es ni remotamente un fenómeno reciente. Al contrario, es parte de un acervo popular que asocia a los empleados públicos con personas vagas, flojas, perezosas, objeto tanto de crítica como, sobre todo, de burla⁴⁰.

Porque, curiosamente, la burocracia ha sido tan temida como ridiculizada y no de forma alternativa, sino cumulativa. El mejor ejemplo de ello parecer ser Franz KAFKA, de quien se cuenta que se reía a carcajadas con sus amigos cuando les leía algunos capítulos de *El proceso*⁴¹. Se trata de la misma tradi-

³⁹ Tomo la frase de Víctor ALMONACID LAMELAS (2021), *La divina comedia de la Administración*, Madrid, Wolter Kluwers, p. 80, quien la atribuye al político mexicano Carlos CASTILLO PERAZA.

⁴⁰ Alejandro NIETO (1976), *La burocracia. I. El pensamiento burocrático*, op. cit., pp. 796-791, incluía en su descripción de la burocracia española un apartado específico dedicado a «Los humoristas» para recoger aquellos autores que habían analizado la burocracia desde la caricaturización y ridiculización de algunos de sus vicios. Especialmente mordaz, aunque referido a organizaciones burocráticas tanto públicas como privadas, es la recopilación de humor gráfico de PABLO, seudónimo de Pablo SAN JOSÉ (1972), *La burocracia tenebrosa*, Colección La Nariz, núm. 2, Barcelona, Planeta.

⁴¹ Así lo contó su amigo y editor póstumo Max BROD (1960), *Franz Kafka, a biography*, Nueva York, Schocken Books, p. 178. Este paso del terror al humor no es, por tanto, nada extraño. Al contrario, es casi inevitable. La descripción de lo minucioso y lo repetitivo lleva, inexorablemente, a lo ridículo y al humor del absurdo. Sobre esta vena humorística de lo burocrático, con abundantes ejemplos también, Luciano VANDELLI (2015), *Papeles y papeleo. Burocracia y literatura*, op. cit., pp. 125-129.

ción humorística que enraíza, en el caso de España, con el clásico «Vuelva usted mañana» de Larra⁴².

Sin embargo, la tendencia hacia la inactividad y la multiplicación de trámites que nos interesa a los efectos de este trabajo no es propia de malos empleados, sino de buenos empleados, por paradójico que pueda parecer. O, al menos, de empleados que sufren el papel de víctimas. De hecho, tiene casi tintes de comportamiento legítimo. No es un «vuelva usted mañana» de Larra, sino un «preferiría no hacerlo» del Bartleby de Melville.

Esto nos da una primera clave para acotar el concepto: la «burocracia defensiva» que nos interesa es una precaución frente a la posibilidad de sufrir daños o de incurrir en riesgos de sufrir daños que se consideran excesivos. En efecto, asumida la existencia de una «burocracia defensiva» (no contrastada empíricamente), nuestra doctrina lanza también una hipótesis explicativa (tampoco contrastada empíricamente): los funcionarios intentarían no actuar por miedo a las consecuencias que podrían derivarse para ellos de sus actuaciones. O sea, por miedo a los golpes que reciben bajo la máscara.

Esta perspectiva implica que el concepto de «burocracia defensiva» que manejaremos conlleva otra asunción que debe hacerse explícita. Dado que su finalidad es proteger a los empleados públicos, se asume que son estos quienes toman la iniciativa de desplegar tácticas que les protejan de posibles riesgos personales, al coste de perder eficiencia y eficacia en su actividad. De esta forma, quedan fuera del concepto algunas prácticas que, aun pudiendo considerarse típicas de la «burocracia defensiva», no tienen por finalidad proteger al empleado público, sino mejorar la prestación del servicio. En efecto, no siempre se ve con malos ojos que un procedimiento cuente con más trámites que los previstos originariamente, o que participen más sujetos de los estrictamente necesarios antes de que la decisión sea adoptada. Por ejemplo, frente a decisiones de gran relevancia social (un plan urbanístico), la sociedad exige la toma en consideración al máximo nivel de muchos intereses diversos, lo que implica el aumento de trámites y de órganos participantes. También frente a un aumento de los casos de corrupción la sociedad puede exigir más controles. Todos estos controles, habitualmente, se traducirán en una nueva pérdida de eficiencia y eficacia y, aun así, pueden ser considerados convenientes porque se entiende que satisfacen otros intereses generales que así lo justifican.

No podríamos hablar en estos casos de «burocracia defensiva» o, a lo sumo, habría que aceptar la existencia de una «burocracia defensiva buena» frente a una «burocracia defensiva mala», del mismo modo que, se afirma, existe una «medicina defensiva buena» (la que pretende reducir o eliminar los casos de mala praxis médica) y una «medicina defensiva mala» (la que

⁴² Aunque, en rigor, el «Vuelva usted mañana» de LARRA era una crítica que no se dirigía solo ni principalmente a la Administración —lo cual resulta lógico, pues cuando LARRA muere, en 1837, ni siquiera cabía hablar propiamente de burocracia ni casi de administración pública española—, sino a la pereza como vicio del país y como causa, entre otras, de su atraso. De hecho, LARRA hereda, moderniza y aquilata un tópico de la literatura moral contra la procrastinación en una línea que tiene entre sus precedentes a Marcial o a Gracián y que dibuja con fino trazo Aurora EGIDO (2014), «“Cras, cras”. “Vuelva usted mañana”: Gracián y Larra», *EPOS*, XXX, pp. 161-172.

pretende evitar ciertos pacientes o ciertas prácticas, no porque constituyan mala praxis, sino porque entrañan riesgos de demandas por responsabilidad penal o civil para el personal sanitario que se las asume). En efecto, no todos los pacientes ven con malos ojos que se ordenen pruebas adicionales o que participen más expertos antes de dar el diagnóstico o prescribir la cura, del mismo modo que algunos ciudadanos pueden ver con muy buenos ojos que la Administración abra, por ejemplo, un trámite de información pública para conocer su opinión sobre un determinado asunto de relevancia pública, aunque este no venga exigido por las normas reguladoras del procedimiento y aun cuando ello suponga alargarlo un poco más.

Finalmente, tampoco entrarían en el concepto de «burocracia defensiva» que manejaremos aquellos supuestos en que los empleados públicos puedan introducir (o mantener) trámites innecesarios o mecanismos orientados a evitar a toda costa la toma de decisiones, no para protegerse a sí mismos frente a posibles riesgos, sino por creer que, de esta forma, se protege al ciudadano. Este fenómeno es conocido por la Psicología del trabajo y la organización, donde se habla de «comportamientos contraproducentes en el trabajo» y se le encuadra en el estudio de la justicia organizacional⁴³. Pero es posible encontrar un ejemplo más accesible y especialmente divertido de esta situación en la historia narrada por Andrea Camilleri en *La rivolta dei topi d'ufficio*, en la que unos burócratas se niegan a aceptar la eliminación de trámites acordada por una norma respecto a varios procedimientos porque creen que la simplificación impuesta por la norma es un error que perjudicaría a los ciudadanos (y también, en parte, porque no se fían mucho de estos últimos). En casos como este, sin embargo, no hay que descartar que lo que encontramos sean simples casos de resistencia al cambio enmascarados de buenas intenciones⁴⁴.

4. PLAN DE TRABAJO: MANIFESTACIONES DE LA «BUROCRACIA DEFENSIVA», SUS POSIBLES CAUSAS Y SUS POSIBLES REMEDIOS

Realizada esta primera acotación del concepto, aún debemos señalar que, sin perjuicio de su relevancia jurídica, cuando tratamos con el concepto de «burocracia defensiva» estamos tratando con un fenómeno de la teoría de las organizaciones y, más propiamente, de la llamada *behavioural psychology* o

⁴³ Se dedica a analizar ampliamente todo ello buena parte de la monografía de Ana María CASTAÑO PÉREZ (2021), *Desarrollo de un catálogo de competencias para el personal directivo público español*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

⁴⁴ El libro de Andrea CAMILLERI, *La rivolta dei topi d'ufficio*, Roma, Edizioni Este, 1999, cuenta con ilustraciones del jurista Luciano Vandelli. Si bien en el ámbito judicial, no en el administrativo, las memorias de Eduardo CAPÓ BONNAFOUS (2017), *La estrella polar. Memorias de un juez de instrucción. 1934-1939*, Sevilla, Renacimiento, pp. 100-105, ofrecen otro magnífico ejemplo de este tipo de prácticas en las que el empleado público (en este caso, un juez destinado en Huéscar, Granada), busca todo tipo de triquiñuelas para evitar aplicar una ley (la Ley de arrendamientos rústicos de 1935), que dejaba desprotegidos a medianeros, aparceros y arrendatarios frente a las demandas de desahucio de los propietarios de las fincas. El antiguo juez narra cómo, con habilidad y sin salirse en ningún momento de lo que la ley le permitía hacer, rechazó todas las demandas de desahucio e incluso consiguió el agradecimiento del rico propietario que las interponía.

Psicología conductual, es decir, la ciencia que se ocupa de estudiar por qué la persona actúa como actúa. Más específicamente, hay toda una rama de la Psicología, la Psicología del trabajo, a la que ya nos hemos referido, que tiene entre sus principales objetos de estudio la motivación de los trabajadores. Como han apuntado Batagglia, Battini *et al.*, de lo que nos estamos ocupando es de «un condicionamiento psicológico, basado en una percepción del riesgo, que se traduce en conductas que ni están tipificadas ni son tipificables»⁴⁵. De este modo, y como tendremos ocasión de ver, preguntarse por las causas de la «burocracia defensiva» significa preguntarse por qué unos trabajadores deciden, racional y conscientemente, actuar en su trabajo de un modo determinado y no de otro.

Sin profundizar demasiado en un posible síndrome del impostor, es necesario admitir que hay un cierto diletantismo en el jurista que se atreve con este tipo de análisis, pues es esta materia propia de psicólogos del trabajo, de politólogos o científicos de la Administración. Son ellos quienes tienen los pertrechos necesarios para un análisis propiamente científico, tanto de la fenomenología del concepto como de sus causas. No obstante, quizá pueda aceptarse que, aun con una fuerte carga especulativa, también los juristas podemos realizar una reflexión que ayude a preparar estudios e investigaciones en dichos ámbitos. Nos situaríamos, por tanto, en una primera fase de identificación del problema y sus características que, tal vez, apunte a otros investigadores posibles ámbitos de estudio aún poco explorados.

Como hemos afirmado, el fenómeno de la «burocracia defensiva» tiene relevancia jurídica, no es indiferente al Derecho. Un estudio propiamente jurídico debería centrarse, principalmente, en analizar las consecuencias jurídicas de algunos de los comportamientos de los empleados públicos que pueden incluirse en esta «burocracia defensiva». Ello permitiría, por ejemplo, analizar su legalidad, así como las posibles responsabilidades jurídicas derivadas de dichas prácticas, ya sean punitivas o indemnizatorias. No es este, sin embargo, el objetivo principal de este trabajo. Es difícil deducir las consecuencias jurídicas de un fenómeno cuando el propio fenómeno no se conoce aún. Por ello, nuestro objetivo es, más modestamente, participar en el debate teórico sobre el contorno y el contenido de la «burocracia defensiva». A tal fin, seguiremos el siguiente esquema:

En primer lugar, se expondrá un catálogo, tan exhaustivo como ha resultado posible, de las prácticas adoptadas por los empleados públicos que pueden ser identificadas típicamente como actuaciones de «burocracia defensiva».

En segundo lugar, se analizarán las causas que pueden dar lugar a la adopción de este tipo de prácticas. Cabe adelantar que ello se traducirá en un análisis de los riesgos que los empleados públicos creen asumir con el simple ejercicio de sus funciones, lo que llamaremos «riesgo percibido». En consecuencia, se analizarán los dos factores más importantes que determinan dicho riesgo:

⁴⁵ Alessandra BATAGGLIA, Stefano BATTINI *et al.* (2021), «“Burocrazia difensiva”: cause, indicatori e rimedi», *op.cit.*, p. 1303.

— Por un lado, los tipos de daños que los empleados públicos pueden sufrir, pues cuanto mayor o más grave pueda ser el daño que se puede sufrir, mayor será el riesgo percibido.

— Por otro lado, las circunstancias que tienen que concurrir para que dicho daño se verifique o, al menos, para que sea más probable que se produzca, pues cuantas más circunstancias permitan la producción del daño y cuanto más fácil sea que estas circunstancias concurren (aunque no lleguen a hacerlo), mayor será también el riesgo percibido.

En tercer lugar, y finalmente, se ensayarán algunas posibles respuestas frente a este fenómeno, para lo que se atenderá a las causas identificadas en el capítulo anterior.

Como se ve, se trata de un programa estrictamente teórico y especulativo, incapaz de dar respuesta a lo que debería ser la primera y más acuciante cuestión: ¿existe *realmente* la «burocracia defensiva» en la Administración pública española? y, en caso afirmativo, ¿tiene la suficiente entidad como para constituir un problema?

CAPÍTULO II

PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS TÍPICAS DE LA «BUROCRACIA DEFENSIVA». ¿EN QUÉ CONSISTEN LAS DEFENSAS DE LA «BUROCRACIA DEFENSIVA»?

La amplitud del concepto de «burocracia defensiva» obliga a un entendimiento igualmente amplio de las prácticas que pueden incluirse en él. No puede ser de otra forma, dado que lo determinante para entender que nos encontramos ante un comportamiento identificable como «burocracia defensiva» son simplemente sus efectos y la intención con la que se ha adoptado dicho comportamiento. Cualquier actuación de los empleados públicos para retrasar o evitar la adopción de una decisión o la realización de una actividad que les corresponde, con el fin de protegerse de los posibles riesgos que su conducta «normal» les podría generar, es susceptible de ser incluida entre las manifestaciones de la «burocracia defensiva». Estos comportamientos pueden ser muy distintos entre sí, sin que resulte posible reconducirlos a una única categoría jurídica, lo que aumenta la vaguedad del concepto. De hecho, se ha apreciado una cierta semejanza estructural con el concepto, igualmente vago, de corrupción¹.

Los fenómenos propios de una «burocracia defensiva» son tremendamente diversos y pueden aparecer en cualquier ámbito de la actuación administrativa. Gabriele Bottino ha sostenido que la «burocracia defensiva» se traduce en que el empleado público, a la hora de elegir entre las varias opciones que se le ofrecen, escoja aquella que menor riesgo pueda generarle, de lo que deduce que el ámbito propio de la «burocracia defensiva» es necesariamente el ámbito de la discrecionalidad administrativa. Tal parece ser, también, el

¹ Stefano BATTINI y Francesco DECAROLIS (2019), «L'Amministrazione si difende», *op. cit.*, pp. 305-306; Livia LORENZONI (2021), «La responsabilità amministrativa in relazione al fenomeno della cosiddetta burocrazia difensiva», *op. cit.*, p. 765, y (2023) «Defensive bureaucracy in Italy: an Introduction», *op. cit.*, pp. 10 y 15.

entendimiento que el legislador italiano tiene del fenómeno². Sin embargo, no es cierto. Hay decisiones puramente regladas de las que se pueden derivar riesgos para el empleado y este cuenta con mecanismos para evitarlas que, sin duda alguna, forman parte también de la «burocracia defensiva».

Muchas de estas prácticas son formalmente legales. El empleado público intenta no vulnerar formalmente ninguna norma, aunque es consciente de que bordea el incumplimiento. Simplemente, aprovecha todas las oportunidades que, dentro de la legalidad, le ofrece el ordenamiento para evitar o retrasar todo lo posible el cumplimiento de sus funciones.

El empleado público pretende protegerse de todos los riesgos, tanto jurídicos como materiales, que su conducta puede generarle y que analizaremos en un capítulo posterior. Sin embargo, creo que se puede conseguir una ordenación razonablemente sistemática si asumimos que las defensas van dirigidas a evitar que aparezcan los elementos que permiten exigir responsabilidades jurídicas. Esto autoriza a ordenar las actividades típicas de la «burocracia defensiva» en cuatro grandes grupos, según vayan encaminadas a evitar que se produzca la acción (u omisión) o a que concurran los elementos de la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad.

1. MECANISMOS DE DEFENSA PARA EVITAR LA PRODUCCIÓN DE LA ACCIÓN U OMISIÓN

La primera forma de evitar que se produzcan las consecuencias negativas que el empleado público teme sufrir es tan sencilla como evitar, prudentemente, que ocurra el hecho que las puede desencadenar. El hecho desencadenante puede consistir en una actuación jurídica (destacadamente, la adopción de una resolución o la celebración de un contrato) o en una actuación material (por ejemplo, realizar un pago o cualquiera de las intervenciones médicas que pueda hacer el personal sanitario sobre sus pacientes). Para evitar que este hecho se produzca, el empleado público tiene a su disposición una multitud de técnicas.

1.1. Huir de asuntos y administrados problemáticos

Del mismo modo que en la «medicina defensiva» el personal sanitario intenta evitar ciertos pacientes y ciertas enfermedades por los riesgos que entrañan, la primera línea de defensa del empleado público es evitar aquellos asuntos o aquellos administrados que le obligarán a realizar actuaciones de

² Así cabría deducirlo del hecho de que la reforma de la responsabilidad contable y del delito de *abuso d'ufficio* introducida por el D.L. núm. 76/2020 se orientaron, justamente, a excluir de la exigencia de responsabilidad aquellas actuaciones en las que el empleado público ejercía potestades discrecionales, según concluye Luisa TORCHIA (2020), «La responsabilità amministrativa», *op. cit.*, p. 768, y según critica Dario FRANZIN (2023), «Abuse of Office and the Criminal Control Over Administrative Action After the Reform of 2020», *op. cit.*, pp. 5-6. Cfr. Gabriele BOTTINO (2020), «La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici», *op. cit.*, 118. La misma idea se encuentra también en Paola SEVERINO, «La burocrazia difensiva», *La Repubblica*, 30 de mayo de 2020.

las que podrían desprenderse consecuencias desfavorables para él. Por ejemplo, un profesor universitario podría intentar evitar ser el profesor del hijo de su decana, porque sabe que esta está convencida de que el chico es un prodigio y que espera que todo el mundo actúe en consecuencia. Y, sobre todo, porque teme que, en caso de que el resultado obtenido por el vástago decanal no sea del agrado de la madre, esta se molestará y adoptará, previsiblemente, algún tipo de represalia.

Sin necesidad de personalizar tanto en el administrado, también en el caso de una avalancha de asuntos o de ciudadanos con ciertos problemas que se consideren especialmente complicados, puede acudir a técnicas de ordenación del trabajo que se han revelado extremadamente eficaces para evitar algunos asuntos o, al menos, para dosificarlos convenientemente. Entre tales técnicas parece haber cobrado un gran protagonismo la cita previa. Originariamente pensada para racionalizar el trabajo, la cita previa ha acabado convirtiéndose en una de las más odiosas trabas para los ciudadanos que tienen que acudir a la Administración. Y con razón, pues la necesidad de contar con cita previa para presentar documentos y solicitudes ha tenido como consecuencia que se reduzcan de hecho los plazos que el ordenamiento les concede para realizar estos trámites, lo que aumenta el riesgo de que sus actuaciones sean extemporáneas y puedan, según los casos, inadmitirse o tenerse por no presentadas³.

Llevado a su extremo, el empleado público podría huir no solo de ciertos administrados o de ciertos asuntos, sino incluso de un puesto de trabajo. En efecto, algunos puestos de trabajo pueden ser percibidos como «especialmente peligrosos» para los empleados que los ocupan. Así ocurrirá cuando existan indicios o incluso meros rumores de conductas irregulares llevadas a cabo por los superiores o por los sujetos de cuya conducta el empleado es garante. Más aún cuando se trate de conductas declaradas ilegales e incluso castigadas, pero mantenidas por una pertinaz voluntad incumplidora.

Ejemplo de ello pudo ser lo ocurrido, a partir del conocido como «caso de los ERE», con el puesto de Interventor General de la Junta de Andalucía⁴. Este puesto había sido ocupado durante diez años por la misma persona. Sin embargo, a partir del momento en que estalló el «caso de los ERE» y se cues-

³ Para terminar de empeorar las cosas, la jurisprudencia viene entendiendo que «corresponde primordialmente al interesado la obligación de prevenir todas las circunstancias que rodean los plazos de tramitación que le atañen, incluida la imposibilidad de escoger libremente la fecha de presencia física en las dependencias administrativas», de modo que, «si no ha pedido cita previa con antelación suficiente, debe pechar con las consecuencias», según concluye en su pormenorizado análisis Mauricio RUIZ CENICEROS (2022), «La cita previa y el derecho al plazo», *Revista de Administración Pública*, núm. 219, p. 270.

⁴ El «caso de los ERE» fue una macrocausa judicial (llegó a tener más de quinientas personas investigadas) por delitos de corrupción vinculados a subvenciones públicas concedidas de manera fraudulenta por el Gobierno de la Junta de Andalucía a empresas privadas entre los años 2001 y 2011. Algunas de esas subvenciones se concedieron a empresas que se acogieron a expedientes de regulación de empleo (ERE) en los que se incluyeron a trabajadores ajenos a ellas para que se beneficiaran de prejubilaciones, de donde el caso tomó su nombre. El fraude alcanzó una cifra cercana a los 680 millones de euros y acabó con la condena de dos presidentes autonómicos y de un elevado número de miembros y altos cargos de sus gobiernos, por lo que alcanzó una gran repercusión mediática. Tras una larguísima tramitación judicial, en julio de 2024 el Tribunal Constitucional anuló varias de las condenas y ordenó que se dictarán nuevas sentencias.

tionó la pasividad del Interventor General, el puesto pasó a ser ocupado por personas que apenas duraban dos años en el cargo antes de dimitir⁵. Tal vez también podría ser ejemplo de esta práctica la «huida» de Cataluña de funcionarios del Estado, especialmente de funcionarios de Justicia, que, junto a otros motivos (mayor carestía por el nivel de vida), podría estar vinculada a las conductas delictivas seguidas por los dirigentes políticos nacionalistas durante el proceso independentista iniciado en 2012 y finalizado en 2017, con la declaración unilateral de independencia aprobada por el Parlamento de Cataluña y la inmediata intervención de la autonomía acordada por el Senado en aplicación del art. 155 de la Constitución Española.

En tales casos, los empleados públicos intentan simple y llanamente cambiar de puesto de trabajo tan pronto como es posible. El resultado es que el órgano o departamento correspondiente no puede consolidar a su personal o, peor aún, que no pueda contar con el personal necesario para realizar sus funciones durante el periodo en que dure la vacante, con el consiguiente perjuicio para el servicio.

1.2. Intentar que sean otros quienes se encarguen de los asuntos y de los administrados problemáticos

Como alternativa a la huida respecto a asuntos o administrados que se perciben como problemáticos, el empleado temeroso puede intentar que sea otro órgano u otro empleado público quien se ocupe de ellos. Lo que se produciría en este caso sería, más bien, una «fuga de la decisión»⁶. A tal efecto puede acudir, intentando forzarlas, a las causas que permiten acogerse a la abstención (art. 23 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público) o a los conflictos de atribuciones (art. 14.3 de la misma ley). O incluso a mecanismos algo más elaborados. Por ejemplo, no son infrecuentes los casos en los que un rector de una Universidad, ante un asunto complicado cuya resolución le corresponde, decide «elevar» su conocimiento al Consejo de Gobierno, máximo órgano de gobierno de la Universidad presidido por el rector (art. 46.1 Ley Orgánica 2/2023, del Sistema Universitario), para que sea este órgano colegiado el que decida, aun siendo órgano incompetente para ello. Este mismo mecanismo puede reproducirse casi por cualquier órgano unipersonal que, al mismo tiempo, presida un órgano colegiado, como por ejemplo una alcaldesa respecto al pleno del Ayuntamiento, el presidente de una Diputación respecto al pleno de la Corporación, etcétera. No es infrecuente que, en estos casos, el órgano individual (rector, alcaldesa...) que «eleva» el asunto al órgano colegiado (Consejo de Gobierno, pleno del Ayuntamiento...) lo haga argumentando, abiertamente, que desea que la decisión sea adoptada «con el mayor respaldo posible» o que sea «fruto del consenso», formas un tanto cursis de decir que no quiere ser el responsable único, acaso por temor a las posibles responsabilidades en que podría incurrir.

⁵ Así lo informó la prensa. Véase, por ejemplo, Lalia GONZÁLEZ, «El Gobierno andaluz nombra el tercer Interventor General de la Junta en seis años», *Diario Sur*, de 3 de febrero de 2016.

⁶ Maria Cristina CAVALLARO (2024), «Gli spazi e il ruolo dell'amministrazione pubblica: il problema dell'amministrazione difensiva», *op. cit.*, p. 2.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, estas decisiones, adoptadas por órganos que carecen de la competencia para ello, podrían estar, según los casos, viciadas de invalidez. No es descartable que esta consecuencia sea precisamente la que buscan, de un modo un tanto cínico, quienes promueven estas situaciones. Pero no hay, necesariamente, mala intención en esta forma de actuar. El atribuir el asunto a un órgano colegiado (e incompetente) no busca normalmente que el acuerdo que se adopte sea inválido, sino que se hace, más bien, en el convencimiento de que dicho órgano no adoptará acuerdo alguno. Tal ha sido, de hecho, el motivo por el que tradicionalmente se ha encomendado el conocimiento de asuntos especialmente complejos sobre los que no se quiere adoptar una decisión a los órganos colegiados⁷. Según dice una frase seguramente apócrifa, aunque comúnmente atribuida a Napoleón Bonaparte y bien conocida en la Administración española: si quieres que algo se resuelva, nombra un responsable; si quieres que se demore eternamente, nombra una comisión.

Finalmente, se ha revelado especialmente útil para culminar este tipo de prácticas acudir a la automatización de la actividad administrativa. Esto permite al empleado público acudir a las socorridas fórmulas de «el programa no me lo permite» o «el programa lo impone y no puede cambiarse» frente a las quejas y peticiones del ciudadano, lo que ha sido bautizado por Alejandra Boto como una «burocracia defensiva a través de tecnología sustitutiva»⁸. Algunas de las actuaciones administrativas más odiosas, como las denuncias o como el inicio de oficio de ciertos procedimientos que pueden culminar con la adopción de medidas desfavorables para el administrado, se producen desde hace tiempo automáticamente, de modo que ya no es el policía municipal de nuestro pueblo, a quien conocemos como a un vecino más, quien nos denuncia por haber circulado por una zona prohibida al tráfico rodado o restringida para el uso de residentes, sino una cámara de vigilancia que reconoce la matrícula de nuestro coche, genera automáticamente la denuncia e inicia todo el procedimiento administrativo sancionador. Todo lo cual hace mucho más agradable y sencilla la vida del policía en nuestra comunidad, pero un poco más odiosa a la Administración.

1.3. Evitar que la situación problemática aparezca o ignorar su aparición

Como forma de «evitar la acción» el empleado público puede intentar también que no se reúnan los presupuestos que le obligarán a actuar o, más simplemente, buscar una ignorancia deliberada. A la Administración le ocurre con frecuencia como a Juan Ranz, el protagonista de la novela *Corazón tan blanco* de Javier Marías, que al comienzo del libro se quejaba de que «no he querido saber, pero he sabido», lo que le obliga a actuar, incluso contra su voluntad. O como a Ovidio, que no le pedía a su amada que no le fuera

⁷ José Ramón CHAVES y Juan Manuel DEL VALLE (2016), *Los diez pecados capitales de los empleados públicos*, op.cit., p. 156.

⁸ Alejandra BOTO ÁLVAREZ (2023), «Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital», op.cit., p. 50.

infiel, sino que no se lo contara: «No te pido ya que no me seas infiel, puesto que eres hermosa, sino que no me vea obligado a saberlo, desgraciado de mí» (Amores, III 14)⁹. En muchas ocasiones, cuando la Administración tiene conocimiento de ciertos hechos, tiene el deber de adoptar un determinado comportamiento: iniciar un procedimiento, dictar una determinada resolución, realizar una concreta actuación material.

Por eso mismo, porque se trata de comportamientos debidos o decisiones regladas, la única forma de esquivarlos puede ser intentar evitar que se produzcan (o negarse a ver que se han producido) los presupuestos de hecho que los desencadenan. No se trata de una situación rara. Ocurre, por ejemplo, cuando un empleado desincentiva la presentación formal de quejas en el registro administrativo por parte de un ciudadano; o cuando un profesor, que se encuentra vigilando un examen y que ve a una alumna que está copiando, prefiere disimular y hacer ver que no ha visto lo que ha visto, pues lo contrario le obliga a actuar en una situación que puede resultar desagradable y de resultado tremendamente incierto; o cuando una pareja de policías que están haciendo su ronda se ponen lo que en el argot se conoce como «gafas de madera», es decir, ignoran o hacen como que no han visto la comisión de pequeñas infracciones administrativas que ocurren en la vía pública, pues su intervención les impedirá continuar su ronda y evitar, tal vez, males mayores o porque, en el peor de los casos, puede desembocar en un conflicto con el ciudadano infractor y este conflicto puede resultar en consecuencias imprevisibles que, a juicio de los policías, no compensan el beneficio que se obtendría al poner fin a la pequeña infracción.

Se trata, como se ve, de prácticas muy sencillas, pero muy efectivas, que pueden producirse en un número amplísimo de situaciones en las que los órganos administrativos tienen la obligación de intervenir. De hecho, eliminar o, más bien, no hacer constar ciertas informaciones, es una práctica que también se produce en la «medicina defensiva». Por ejemplo, un médico puede no incluir deliberadamente en la anamnesis de un paciente que este es diabético para contar con una coartada en caso de que el tratamiento que le asigne tenga resultados negativos¹⁰.

1.4. Aplicar técnicas dilatorias para no actuar

Una vez que el problema ya ha aparecido y que no resulta posible negarlo ni atribuir su conocimiento a ningún otro órgano, cabe la opción de procrastinar, de evitar por todos los medios tener que enfrentarse a él y resolverlo, en la esperanza de que el problema desaparecerá o se resolverá solo. Según contaba un viejo funcionario, en la mesa de un empleado público solo debería haber dos montones de expedientes: uno, con los expedientes que el tiempo se encargará de resolver; otro, con los expedientes que el tiempo ya ha resuelto. La función del burócrata consistiría simplemente en revisar ambos

⁹ OVIDIO (2022), *Arte de amar*. «Amores». Traducción y notas de Vicente CRISTÓBAL LÓPEZ, Madrid, Gredos – RBA, p.279.

¹⁰ Tomo el ejemplo de Ana Belén CRUZ-VALIÑO (2021b), «Medicina defensiva y derechos fundamentales», *op. cit.*, p. 164.

montones de vez en cuando y pasar del primero al segundo los expedientes correspondientes.

En ocasiones las técnicas dilatorias consistirán en la simple inactividad. Por ejemplo, como forma de «evitar la acción» está el muy socorrido recurso a dejar que pasen los plazos máximos para resolver; lo que puede dar lugar a varias conclusiones automáticas que el empleado puede estar encantado de lograr. En algunos casos, el empleado estará encantado de que se produzca la caducidad del procedimiento, porque no quiere adoptar la resolución desfavorable que sabe que tendrá que adoptar. Así ocurre, en ocasiones, en relación con aquellos expedientes disciplinarios en los que el órgano encargado de resolver no tiene más remedio que imponer una sanción, pero no quiere hacerlo. En otros casos, por motivos similares, el empleado estará encantado con que se produzca el silencio negativo, porque en lugar de denegar de manera expresa, prefiere que sea el ordenamiento quien deniegue. Y, por supuesto, también puede estar encantado de que se produzca el silencio positivo, porque está conforme con otorgar lo que el ciudadano ha pedido, pero no quiere asumir la responsabilidad de hacerlo.

En otras ocasiones encontraremos otras técnicas dilatorias más elaboradas, que pueden adoptar todas las formas imaginables:

— Puede recurrirse a muy diversas modalidades de actuaciones previas, informaciones reservadas, expedientes informativos, etc., que frecuentemente quedan fuera de toda regulación jurídica y que tienen el nada desdeñable atractivo de permitir aparentar que «se está haciendo algo», a pesar de que con ellos no se inicia propiamente ningún procedimiento. Como decía jocosamente Stefan Zweig en *Mendel el de los libros*:

en tales situaciones de duda cualquier administración casi siempre decide abrir primero un expediente. Un expediente siembre va bien. Si no sirve para nada, tampoco perjudica a nadie, y solo se habrá llenado un pliego sin sentido, uno más entre millones¹¹.

Estas actuaciones previas, además, pueden adoptar formas muy distintas, algunas de ellas dotadas con una cierta aura de respetabilidad, como la celebración de procesos participativos, encuestas, consultas populares, etcétera, de modo que, para que «parezca que se hace algo», se les pregunta a los ciudadanos qué es lo que habría que hacer.

— Pueden incluirse también todo tipo de trámites innecesarios para el procedimiento que se está tramitando (v.gr., una información pública) y, muy especialmente, recurrirse a la solicitud de informes y dictámenes de todo tipo y a todo tipo de órganos y Administraciones, técnica que cuenta con una venerable tradición ya glosada por Honoré de Balzac:

los informes adquirieron una enorme relevancia, en la Administración, cuando los reyes (a partir de Luis XV) comenzaron a solicitarlos a los ministros sobre las cuestiones más importantes de gobierno, y aquellos a sus propios equipos de trabajo, también para defenderse en las Cámaras. De esta forma, frente a cualquier problema grave, incluso urgente, todos los responsables comenzaron

¹¹ Cito por la espléndida traducción de Adan KOVACSIS en la reciente edición de Stefan ZWIG (2023), *Novela de ajedrez. Mendel el de los libros*, Madrid, Alianza editorial, p. 127.

a salir del paso pronunciando las sagradas palabras «he solicitado un informe». Los informes se limitan a exponer, con mayor o menor imparcialidad, los pros y los contras. En consecuencia, el rey, el ministro o la Cámara «se encuentran tan adelantados antes como después del informe [...] Por más que se haga, tiene que llegar el momento en que hay que decidir [...] Francia corría el peligro de arruinarse con tan galanos informes y de quedar paralizada por dedicarse a disertar en lugar de obrar. ¡Hacíanse en Francia un millón de informes escritos al año! ¡Reinaba, pues, la burocracia!»¹².

La obligación de actuar, sin embargo, puede ser muy complicada de burlar cuando viene impuesta por una orden del superior jerárquico. En estos casos, en última instancia, al empleado únicamente le quedará la posibilidad de interponer recurso, bien en vía administrativa, bien en vía judicial, contra la orden de su superior. Pero este tipo de actuaciones defensivas también le obligarán a asumir ciertos riesgos o incomodidades que, tal vez, no las hagan plenamente apetecibles. Por ejemplo, y como señala Chaves García, el recurso puede ser interpretado como «un acto hostil por algunas autoridades maliciosas y [el empleado] posiblemente pueda quedar marcado en su vida profesional», el mismo empleado con frecuencia tendrá que buscar abogado y procurador y tendrá que contar con el riesgo de la imposición de las costas procesales en caso de vencimiento. Además, la impugnación por sí misma no soluciona nada, dado que la orden recurrida seguirá siendo ejecutiva y su destinatario, por tanto, seguirá obligado a darle cumplimiento, a menos que se consiga su suspensión judicial¹³.

1.5. Actuar o decidir de la forma que menos incomode a los afectados

Cuando no tiene más remedio que actuar, el empleado público aún podrá hacerlo intentando que su actuación se aleje tanto como sea posible de aquellas conductas que sabe que le reportarán algún tipo de perjuicio. Para poder llevar un comportamiento de este tipo, el empleado debe gozar de un cierto margen de maniobra que le permita escoger entre varias opciones distintas, por lo que aquí sí que necesitará gozar de algún elemento de discrecionalidad o, al menos, de una cierta discrecionalidad técnica.

Por ejemplo, una rectora que se ve obligada a concluir un procedimiento sancionador imponiendo una sanción a un venerable catedrático, lo que sabe que le reportará problemas con su profesorado y, tal vez, poner en riesgo su mandato, puede escoger la sanción menos gravosa de las que se le ofrecen o imponerla en su grado mínimo, forzando la apreciación de alguna atenuante o rechazando alguna agravante que, quizá, podría haber estimado. O, en sentido contrario, un profesor universitario puede estar tentado de calificar muy

¹² Honoré de BALZAC, *Los empleados*, pp. 1377-1378, *apud* Luciano VANDELLI (2015), *Papeles y papeleo. Burocracia y literatura*, op. cit., p. 235.

¹³ José Ramón CHAVES GARCÍA (2019), «Debilidades sustantivas y procesales de los funcionarios en defensa de sus funciones», en Leopoldo TOLÍVAR ALAS y David ORDÓÑEZ SOLÍS (coords.), *Justitia nemini neganda est. Derecho privado y derecho público ante los tribunales de justicia. Liber amicorum en homenaje al magistrado y profesor Rafael Fonseca González*, Madrid, Editorial Reus, p. 421.

benévolamente al hijo de su decana, concediéndole una nota que, tal vez, no hubiera merecido otro alumno, para evitar la reacción adversa de la madre.

1.6. Ocultar la acción o su autoría

Si, finalmente, el empleado se ha visto obligado a ejercer sus funciones y adoptar la acción que pretendía evitar y de la que teme que puedan derivarse consecuencias negativas para su persona, aun puede intentar ocultarla o, al menos, ocultar su autoría.

Parece que siempre ha existido una cierta tendencia a que en la Administración se produzcan actuaciones sin firma y a la anonimización del procedimiento, de modo que el empleado que actúa no se identifica. Para ello, en ocasiones, el empleado se oculta bajo el nombre del órgano, de modo que quien firma las resoluciones es, por ejemplo, «El Secretariado de Estudios Permanentes», como si tal secretariado fuese una persona con manos capaz de escribir resoluciones y no un mero órgano administrativo a cuyo frente habrá un titular, persona física que es quien, de hecho, adopta la resolución. Esta tendencia podría haberse exacerbado con la extensión y normalización de la Administración electrónica, pero no es un fenómeno absolutamente nuevo: ahora no se sabe quién escribe o contesta los correos electrónicos, del mismo modo que antes no se sabía quién atendía el teléfono.

Sin llegar a ocultar la acción o su autoría, también pueden incluirse entre las técnicas propias de la «burocracia defensiva» las prácticas que buscan ofrecer la menor información posible sobre el asunto. Por ejemplo, no resultan infrecuentes las actas de sesiones de órganos colegiados en las que, con la aquiescencia de sus miembros, se suprime cualquier relato de las discusiones, debates o exposiciones de puntos de vista discordantes que se hubieran podido expresar, con el nada velado propósito de no dar armas a los ciudadanos que pudieran tener algún interés en impugnar los acuerdos adoptados.

1.7. El caso especial de la comisión por omisión

En ocasiones, el hecho desencadenante de las eventuales consecuencias desfavorables para el empleado no es una acción, sino una omisión. Así ocurrirá, paradigmáticamente, con aquellos órganos que actúan como garantes de la legalidad, como secretarios, interventores, etcétera. En estos casos, lo que el empleado busca evitar a toda costa es la omisión culpable que se le pueda atribuir y de la que puedan derivarse responsabilidades, lo que en ocasiones acaba dando lugar a la perversión de los órganos de control.

De este modo, aparecen empleados públicos que entienden su función de control como una búsqueda permanente de trabas, no de soluciones, que consideran un éxito el encontrar reparos que estorben la realización de una acción y que no consideran necesario buscar el acomodo jurídico que haga viable el proyecto. En la versión extrema de la perversión de sus funciones, algunos órganos de control consideran imprescindible encontrar algún reparo, por mínimo que sea, en todos los expedientes que deban supervisar, a

fin de poder emitir informe negativo. De este modo, entienden que, en caso de que pudiera derivarse algún tipo de responsabilidad, su posición estaría siempre salvada.

2. MECANISMOS DE DEFENSA PARA EVITAR LA TIPICIDAD DE LA CONDUCTA

La mejor forma de no incurrir en ningún incumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento a los empleados públicos es, justamente, preocuparse por cumplirlos todos, extremando el celo, la minuciosidad y el rigor. De esta forma, se hace prácticamente imposible incurrir en ninguna de las conductas tipificadas como infracción o delito. Esta forma de actuar, justo es reconocerlo, no solo constituye una garantía para los derechos de los empleados públicos, sino también para los derechos de los ciudadanos. Además, no suele dar lugar a incumplimientos en la obligación de resolver ni a los desesperantes silencios de la Administración. Eso sí, entre las consecuencias negativas que cabe esperar se encontrará, habitualmente, un insufrible retraso en la tramitación de los procedimientos.

Una manifestación habitual de esta forma de protección consiste en solicitar al administrado todos los documentos que la norma reguladora del procedimiento señala que debe presentar, aunque la Administración encargada de tramitar el procedimiento, de hecho, no los necesite. En algunos casos, la Administración no necesita solicitar los documentos porque ya tiene acceso a la información que consta en ellos. En otros, la información que aportan es directamente innecesaria. Sin embargo, el empleado se entretiene en solicitarlos todos para asegurarse de que la tramitación que está realizando es impecable y de que no se le podrá reprochar nada. Retomando la idea de que la burocracia es el arte de convertir lo fácil en difícil por medio de lo inútil, encontramos aquí uno de los ejemplos paradigmáticos de medidas a las que se puede acudir con carácter defensivo.

El listado de documentos innecesarios solicitados por la Administración es largo. En tono jocoso (y profundamente amargo al mismo tiempo) Víctor Almonacid ha propuesto una lista con «Los 10 documentos más innecesarios que pide la Administración [local]», en la que incluye, ordenados de menos a más: el certificado de pernócta (10.º), el certificado de estar al corriente con la Seguridad Social (9.º), el certificado de cuenta bancaria (8.º), la fe de vida (7.º), el certificado de que el alcalde es el alcalde (6.º), el certificado de estar al corriente del pago de los impuestos municipales, pedido por el mismo Ayuntamiento (5.º), las copias compulsadas de lo que sea (4.º), el certificado en papel o resguardo del banco que acredite haber realizado el ingreso (3.º), el certificado de empadronamiento pedido por el mismo Ayuntamiento donde se está empadronado (2.º) y la inevitable, ineluctable, inmarcesible fotocopia del DNI (1.º)¹⁴.

¹⁴ Víctor ALMONACID LAMELAS (2021), *La divina comedia de la Administración*, Madrid, Wolter Kluwers, pp. 71-76.

Naturalmente, el procedimiento no avanzará un centímetro en su tramitación hasta que no consten en el expediente todos y cada uno de estos documentos. Pero lo verdaderamente asombroso es que el empleado no estará haciendo otra cosa que exigir el cumplimiento riguroso de la normativa reguladora del procedimiento, pues es en ella donde se enumeran estas listas infinitas de documentos. Es decir, en estos casos el empleado solo tendrá que extremar el celo en el cumplimiento de la normativa, todo lo cual, en última instancia, parece llevar a la conclusión increíble (aunque errónea, como explicaremos más adelante) de que el funcionamiento «normal» de la Administración es un funcionamiento necesariamente ilegal o cargado de irregularidades, pues lo contrario conlleva su paralización¹⁵.

Este tipo de comportamientos podrían aproximarse mucho a una «huelga de celo o reglamento», que el art. 7.2 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, considera actos ilícitos o abusivos. No obstante, una observancia estricta de las obligaciones solo entrará en la categoría de huelga cuando se vincule a alguna reivindicación concreta ante la Administración, no cuando el empleado adopte esta forma de trabajar como medida de protección.

3. MECANISMOS DE DEFENSA PARA EVITAR LA ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA

El art. 20.7.º del Código Penal establece que «Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 7.º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo». Se configura de este modo una causa de justificación que excluye la antijuridicidad de la conducta y que puede tener una importantísima relevancia para los empleados públicos. En especial, los empleados públicos se sentirán especialmente protegidos cuando puedan probar que su actuación se produjo en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de su cargo, lo que habitualmente se traducirá en la existencia de solicitudes de los ciudadanos o de órdenes de sus superiores.

La existencia de la solicitud del ciudadano o de la orden del superior será tan importante como su prueba, de modo que cuando el empleado tenga dudas sobre la legalidad de la actuación que se le pide o, más ampliamente, sobre sus posibles resultados lesivos, tenderá a pedir que tanto una como otra se le entreguen por escrito o, como mínimo, delante de testigos. Nada de ello debe extrañar. Las más elementales reglas de experiencia demuestran que los superiores pueden equivocarse y que los ciudadanos, en ocasiones, mienten para conseguir ciertas actuaciones de la Administración a las que no tienen derecho. Sea por el motivo que sea, estos requerimientos para que presenten sus pretensiones por escrito constituyen una típica conducta defensiva con

¹⁵ Alejandro Nieto ha insistido especialmente en esta idea, aportando numerosos ejemplos históricos y subrayando que buena parte de los problemas se originan por las leyes presupuestarias, que «son criminógenas por necesidad», *cfr.* Alejandro NIETO (1998), *La «nueva» organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel, p. 123; Alejandro NIETO (2010), «Causa del Sr. Collantes: ¿drama o farsa?», en Santiago MUÑOZ MACHADO (ed.), *Los grandes procesos de la historia de España*, Madrid, Iustel, 2.ª ed., pp. 501-502.

inevitables efectos dilatorios y capaces, incluso, de paralizar completamente la acción de la Administración si el ciudadano o el órgano superior, timoratos también ellos, se niegan a presentar la solicitud o a dar la orden por escrito.

Curiosamente, aunque quizá se trata de algo razonable, nuestro ordenamiento no prevé cómo debe procederse cuando el empleado exige a su superior que le entregue una orden verbal por escrito, por lo que ambas partes deberán regirse por los principios de buena fe y lealtad institucional¹⁶. Parece, sin embargo, que los empleados no tienen un derecho a recibir las órdenes de sus superiores por escrito¹⁷.

La orden, además, deberá reunir ciertos requisitos. En efecto, puede que el empleado no se sienta seguro con cualquier tipo de orden, aunque esté dada por escrito, sino que exija también que se le den garantías de su conformidad (siquiera aparente) con el ordenamiento jurídico. Esto exige algunas aclaraciones sobre el modo en que actúa esta causa de justificación.

En principio, cabría pensar que, para poder actuar como causa de justificación, la orden recibida debe ser una orden conforme con el ordenamiento, pues la obediencia de una orden antijurídica parece convertir también en antijurídica la acción de quien la ejecuta. Por ejemplo, quien recibe la orden de su superior de conceder una subvención a un ciudadano que manifiestamente no reúne los requisitos para ser beneficiario de ella, no solo recibe una orden antijurídica, sino que realiza también una acción antijurídica. De este modo, un empleado público no podría eximirse de su responsabilidad simplemente con esgrimir que actuaba «en cumplimiento de un deber» al dar cumplimiento a una orden de un superior. Dicha orden debería ser conforme con el ordenamiento jurídico, pues lo contrario supondría aceptar la causa de justificación por simple «obediencia debida» (esto es, la obligación de obedecer ciegamente a todo lo que se ordene), que no tiene cabida en un Estado de derecho donde no hay autoridad por encima de la Ley.

Sin embargo, lo cierto es que nuestro ordenamiento admite supuestos en los que la obediencia a una orden antijurídica, es decir, contraria al ordenamiento, no da lugar, necesariamente, a la antijuridicidad de la conducta de quien la ejecuta. En efecto, el art. 54.3 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre) impone a los empleados el deber de obedecer «las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción *manifiesta* del ordenamiento jurídico». Es decir, se estará actuando en

¹⁶ José Ramón CHAVES GARCÍA (2019), «Debilidades sustantivas y procesales de los funcionarios en defensa de sus funciones», *op. cit.*, p. 404.

¹⁷ Así lo entendió la STSJ de Castilla y León de 31 de julio de 2014, núm. 195/2014 (ECLI:ES:TSJCL:2014:4113), que consideró que el empleado que dudaba de la legalidad de la orden recibida oralmente debía haber acudido a un misterioso «cauce legalmente establecido para resolver la discrepancia», que no se me ocurre que pueda ser otro más que su impugnación en vía administrativa o judicial, pero no exigirla por escrito. Según indica el mismo José Ramón CHAVES GARCÍA (2019), «Debilidades sustantivas y procesales de los funcionarios en defensa de sus funciones», *op. cit.*, pp. 414-415, otra parece ser la situación en Alemania, al menos para ciertas categorías de empleados, pues la Ley Federal de Funcionarios públicos (BBG) sí reconoce en ciertos casos el derecho de los funcionarios a obtener confirmación escrita de las órdenes de sus superiores.

cumplimiento de un deber (y, en consecuencia, se excluirá la antijuridicidad formal de la conducta) en la medida en que la orden no sea manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico. Ello significa, en sentido contrario, que nuestro ordenamiento considera excluida la antijuridicidad de la conducta de un empleado público que actúa en cumplimiento de una orden antijurídica, siempre que dicha antijuridicidad no sea «manifiesta»¹⁸.

Lo anterior conlleva, como indicábamos antes, que el empleado público puede no sentirse satisfecho con la existencia de una orden cualquiera dada por su superior, aunque se le haya dado por escrito. Aquí es donde pueden hacer su aparición los informes, técnicos o jurídicos, en apoyo de la orden. En efecto, «un informe favorable a la tesis de la autoridad ordenante o bien que avale su legalidad en términos dubitativos tiene la mágica y pragmática eficacia de robustecer la ejecutividad del acto administrativo»¹⁹. Aunque no sean infalibles, estos informes facilitarán que se pueda sostener que la orden no incurriría en ninguna «infracción manifiesta del ordenamiento jurídico» y que, por tanto, el empleado tenía la obligación de cumplirla, lo que pondrá en marcha la causa de justificación del cumplimiento de un deber.

En definitiva, la solicitud de una orden por escrito, que hemos identificado como una de las posibles técnicas defensivas, podría verse acompañada por técnicas defensivas complementarias, como la solicitud de informes que avalen su legalidad. Esta técnica dilatoria tiene, sin embargo, sus limitaciones, dado que no parece que el subordinado tenga derecho a pedir y que se emita un informe aclarando las dudas que pueda albergar sobre la conformidad de la orden a Derecho²⁰.

¹⁸ En el Derecho francés, los requisitos exigidos para que un funcionario pueda desobedecer las órdenes de un superior jerárquico son aún más estrictos. El art. L121-10 del Código General de la Función Pública (*Code général de la fonction publique*) establece que «El agente público debe acatar las instrucciones de su superior jerárquico, salvo que la orden dada sea manifiestamente ilegal y comprometa gravemente un interés público» [*«L'agent public doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public»*]. En consecuencia, se excluye la antijuridicidad de la conducta de los empleados franceses cuando actúen siguiendo órdenes que no sean manifiestamente ilegales, como en el caso español, y también cuando actúen en cumplimiento de órdenes manifiestamente ilegales pero que no comprometan gravemente ningún interés público. En todos esos casos, los empleados públicos franceses tienen la obligación de obedecer las órdenes (ilegales) que reciban, por lo que quedan eximidos de responsabilidad. Lo contrario conduciría a una antinomia, pues un ordenamiento jurídico no puede obligar a un sujeto a seguir una conducta y, al mismo tiempo, castigarle por ello.

¹⁹ José Ramón CHAVES GARCÍA (2019), «Debilidades sustantivas y procesales de los funcionarios en defensa de sus funciones», *op. cit.*, p. 404.

²⁰ Afirmar lo contrario, es decir, que los inferiores sí cuentan con ese derecho, resultaría extraordinariamente peligroso para el normal funcionamiento de la Administración. La jurisprudencia, de hecho, parece entender que los subordinados no tienen derecho ni tan siquiera a suspender unilateralmente el cumplimiento de la orden que han recibido en tanto se evacúa un informe que ya saben que se ha solicitado, por muchas dudas que tengan (y siempre salvo que la orden constituya «infracción manifiesta del ordenamiento jurídico»). Así parece desprenderse de la STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de diciembre de 2016, núm. 10348/16 (ECLI:ES:TSJCLM:2016:3541), cuando afirma que «el funcionario no puede condicionar el cumplimiento de las órdenes del Jefe del Servicio [...] a la eventual evacuación de informe por la asesoría jurídica del organismo público [...]. Mal se compadecería la desobediencia por dudas del servidor público con la misión prestacional de la Administración [...], su configuración jerar-

Cabe indicar, además, que la solicitud de informes podría proceder no solo del subordinado, sino de la propia autoridad superior a la que se ha pedido la orden por escrito y que busca reforzar la legalidad de su mandato. Esto sería un curioso caso de «burocracia defensiva» frente a los inferiores.

Las medidas defensivas encaminadas a garantizar que la actuación del empleado no es antijurídica no se agotan en la orden del superior. Cabe englobar también aquí la obtención de una autorización judicial, respecto a lo que podemos volver a invocar el ejemplo de las autorizaciones solicitadas durante la pandemia de COVID-19 por parte de algunas autoridades sanitarias antes de adoptar medidas que no necesitaban dicha autorización. El impacto de este tipo de conductas en la posición institucional de la Administración es especialmente profundo, pues supone nada menos que la renuncia al privilegio de la ejecutividad, rasgo esencial de la Administración pública española y principal manifestación de su carácter de *potentior persona*. Pocas situaciones como esta permiten acudir con más razón a la triste imagen del tigre de papel para describir a una Administración pública que no quiere usar sus poderes.

En último lugar, la medida de protección puede consistir también en contar con la aquiescencia y el consentimiento del administrado. En el ámbito de la «medicina defensiva» se acaba solicitando el consentimiento del paciente para todo tipo de actuaciones, incluidas aquellas que no necesitarían dicho consentimiento, por ejemplo, por resultar urgentes e imprescindibles para salvar su vida o para evitar un daño grave o irreversible. El resultado es que este formalismo innecesario, cuya única utilidad es reforzar la protección del personal sanitario, acaba convirtiéndose en un obstáculo para una intervención rápida y, por consiguiente, en un riesgo para los pacientes. De manera similar, la Administración solicita el consentimiento de los ciudadanos con carácter previo a la realización de actuaciones que no lo necesitarían, introduciendo un elemento dilatorio innecesario cuya única finalidad, nuevamente, es salvaguardar la posición del empleado, aun a riesgo de afectar negativamente al interés general.

4. MECANISMOS DE DEFENSA PARA EVITAR LA CULPABILIDAD DEL EMPLEADO PÚBLICO

Finalmente, el empleado puede intentar reducir o eliminar la culpabilidad de su conducta, para lo que puede acudir, en primer lugar, a la solicitud de informes a otros órganos que avalen la corrección de su comportamiento o que, al menos, le permitan probar un error de tipo. Asimismo, puede intentar que otros órganos participen bajo cualquier forma en el procedimiento, de modo que pueda asegurarse de que existe, al menos, una responsabilidad compartida. Todas estas actuaciones de carácter defensivo tendrán, una vez más, un coste en la duración de los procedimientos y en la eficacia y la eficiencia de la actividad administrativa.

quizada y el imperativo constitucional de actuación conforme a los principios del artículo 103 de nuestra norma Fundamental, entre ellos el de eficacia».

Según hemos indicado antes, la existencia de una orden de un superior en cuyo cumplimiento se actúa no funciona, necesariamente, como causa de justificación que excluya la antijuridicidad. En concreto, no se excluye cuando la orden sea manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico. El carácter de «manifiesta contrariedad» al ordenamiento jurídico no debe valorarse en términos subjetivos, sino objetivos. Ahora bien, los elementos subjetivos que concurran en el empleado no son irrelevantes: que no exista causa de justificación que elimine la antijuridicidad no significa que no puedan concurrir causas eximentes que excluyan la culpabilidad. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando el empleado público pueda alegar la existencia de informes técnicos y jurídicos que avalaban (o, al menos, no negaban) la legalidad de la orden recibida. En estos casos, el empleado podrá alegar que actuó convencido de que era su deber hacerlo y de que este, y no otro, era el comportamiento que le exigía el ordenamiento. Nos encontraríamos ante un error sobre las causas de justificación cuyo tratamiento doctrinal, mayoritariamente, se asimila al del error sobre el tipo.

CAPÍTULO III

CAUSAS QUE EXPLICAN EL FENÓMENO DE LA «BUROCRACIA DEFENSIVA». ¿DE QUÉ TIENEN MIEDO LOS EMPLEADOS PÚBLICOS?

Conviene insistir en que la primera cuestión que debería abordarse, antes de analizar las causas de la «burocracia defensiva», es la cuestión de la propia existencia del fenómeno y de sus dimensiones. No sabemos si existe realmente un problema de «burocracia defensiva» en España. Y la situación no parece ser muy diferente en Italia, donde, a pesar de la atención que ha recibido el fenómeno, las reflexiones más serias se han dirigido a preguntarse si realmente el fenómeno existe y si su importancia es tanta como para considerarlo un problema.

Hasta donde conozco, únicamente existen dos estudios en Italia que se hayan ocupado de esta cuestión. El primero fue realizado por el *Forum Pubblica Amministrazione* en 2017. En él se encuestó a casi ochocientos empleados de todos los niveles de la Administración pública y las principales conclusiones alcanzadas fueron que, para la mayoría de los entrevistados, el fenómeno de la «burocracia defensiva» era un problema real y que su importancia se había acrecentado en los cinco años inmediatamente anteriores¹. El segundo estudio, firmado por Battini y Decarolis en 2020 y al que ya nos referimos más atrás, se basa en una encuesta realizada a 538 responsables únicos de procedimientos de contratación administrativa en activo. La encuesta se dividía en cuatro partes. En la primera, se presentaban cuatro supuestos diferentes a los encuestados y se les preguntaba si, enfrentados a una situación como la descrita, adoptarían decisiones defensivas. En la segunda, tercera y cuarta partes, se analizaba su percepción de los riesgos a los que se enfrentaban

¹ El estudio, realizado por Carlo Mochi SISMONDI y Valentina PIERSANTI, se encuentra publicado bajo el título *Burocrazia difensiva. Come ne usciamo?*

como responsables de procedimientos de contratación, su percepción sobre la existencia de prácticas de «burocracia defensiva» y su conocimiento sobre la existencia de seguros por responsabilidad contable o por daños a terceros. Como ya vimos, uno de los resultados de este segundo estudio fue el reconocimiento, por parte de los entrevistados, de que aproximadamente el 30 por 100 de sus decisiones tenían carácter defensivo². Ninguno de los dos estudios permitió conocer con plena certeza la existencia real de prácticas propias de «burocracia defensiva», sino únicamente la percepción de los empleados públicos sobre ella y, muy más bien, su percepción del riesgo asociado a sus actividades³.

En efecto, podemos elaborar un listado de los riesgos a los que se enfrentan los empleados públicos al ejercer sus funciones, así como de las circunstancias que darán lugar a que tales riesgos se produzcan de manera efectiva o, al menos, con mayor probabilidad. A ello dedicaremos los siguientes epígrafes. Sin embargo, estos listados no nos dicen nada, por sí mismos, de la situación real de la Administración española. Nada sabemos de la realidad de los golpes que recibe la persona bajo la máscara: no conocemos su frecuencia, no conocemos su intensidad, no conocemos el daño que generan, no conocemos el miedo que provocan y, lo más importante, no conocemos qué consecuencias tienen sobre su conducta. Conocer estos datos solo sería posible mediante la realización de estudios empíricos que aún no existen.

Lo que sí podemos ofrecer es una reflexión teórica que justifique la necesidad de que tales estudios empíricos se realicen. Y esta reflexión nos obliga a fijarnos en dos cuestiones distintas. En primer lugar, en que la existencia de una burocracia miedosa, que se ve compelida a adoptar medidas de defensa, supone una novedad histórica que no parece casar bien con la forma dominante de contar la evolución y las características de las Administraciones públicas europeas continentales (apartado 1). En segundo lugar, en que el modelo que permite predecir cuándo aparecerán medidas típicas de una «burocracia defensiva» en una Administración pública es el que se basa en la diferencia entre el «riesgo percibido» por el empleado por ejercer sus funciones y el «riesgo percibido» por no ejercerlas (apartado 2).

² Stefano BATTINI y Francesco DECAROLIS (2020), «Indagine sull'amministrazione difensiva», *op. cit.*

³ La existencia de un aumento en el «riesgo percibido» se vería, además, confirmada por el desarrollo en los últimos años en Italia de un floreciente mercado de seguros para cubrir la eventual responsabilidad contable que puede ser exigida a los empleados públicos, tal y como por menorizadamente han estudiado también, en un estudio diferente, Stefano BATTINI y Francesco DECAROLIS (2019), «L'Amministrazione si difende» (2019), *op. cit.*, pp. 298-304, quienes subrayan que las primas anuales que pagan los empleados públicos suelen oscilar entre los 200 y los 700 euros, pero pueden llegar, en algunos casos, a los mil euros. En este último trabajo sus autores intentan verificar la existencia de prácticas propias de la «burocracia defensiva» en el sector de la contratación pública a partir de una discutible metodología consistente en medir el número de procedimientos de contratación en los que se supera el tiempo medio de tramitación y ejecución, lo que no resulta tan convincente.

1. LA ANOMALÍA HISTÓRICA DE UNA BUROCRACIA MIEDOSA Y SU PREFIGURACIÓN EN LA LITERATURA DE SUPERHÉROES

La existencia de un aparato burocrático miedoso parece una situación históricamente inédita, una inesperada novedad que parece contradecir la tradición burocrática europea. La burocracia (y los burócratas) han sido un cauce para ejercer el poder y una forma de poder en sí mismos. En consecuencia, lo habitual ha sido que la burocracia y sus burócratas causaran temor a los ciudadanos, pero no al contrario. Los funcionarios no temían a los ciudadanos. A lo que temían era a sus superiores y a los cambios de gobierno, con las correspondientes cesantías (en el empleo y, sobre todo, en el sueldo) que ello conllevaba, pero no al resto del orbe.

Los empleados públicos del siglo XIX, que aún no habían accedido al privilegio de la inamovilidad, se arrastraban y adulaban impudicamente a los ministros que en cada momento ostentaban el poder (de ahí el malévolos nombre de «tiralevistas» que se les dio en España), pues dependían de ellos para acceder y mantenerse en un cargo público, para tener acceso a la «olla grande», a la «vaca muy gorda y muy lechera» a la que con metáfora insistente se refirió Pérez Galdós para hablar de los empleos sufragados con cargo al presupuesto público⁴. El gran problema de la Administración española en sus orígenes fueron estas cesantías y, como consecuencia, la débil posición en que se ponía a los funcionarios, que acababan convertidos en unos sujetos timoratos y dóciles frente a sus jefes de filas y en presas fáciles del clientelismo y la politización. Así lo denunciaron nuestros primeros tratadistas, como Sáinz de Andino, en fecha tan pronta como 1821, es decir, durante el Trienio Liberal⁵, y algunos periodistas y literatos del primer tercio del siglo XIX especialmente perspicaces, como Mesonero Romanos, nada más iniciarse la Regencia de María Cristina⁶.

No debe asombrar lo temprano de estas denuncias, pues Administración pública española y cesantías surgen y se desarrollan a la vez, como dos hermanas nacidas de un mismo parto. Como apunta Jiménez Asensio, fue la causa liberal gaditana (con la que podemos hablar por primera vez de separación de poderes y, por tanto, de Administración pública en sentido moderno)

⁴ Rafael JIMÉNEZ ASENSIO (2023), *El legado de Galdós*, op. cit., p.155, quien también apunta que otra expresión muy querida por GALDÓS y utilizada con frecuencia en su obra para referirse a la empleomanía decimonónica es la no menos bombástica de «panfuncionarismo burocrático» (p. 229).

⁵ Con extraordinaria precocidad, el gaditano Pedro Sáinz de Andino señaló en numerosos artículos periodísticos, informes y notas de prensa los inconvenientes tanto económicos como sociales que habrían de derivarse de la situación de los cesantes. Las principales ideas a este respecto que cabe extraer de esa miscelánea de escritos fueron sistematizadas por Manuel ARENILLA SÁEZ (1996), *La teoría de la Administración en Javier de Burgos desde sus escritos periodísticos*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 1996, pp. 167-172.

⁶ De especial interés son las dos pequeñas escenas que dibuja alrededor de la figura ficticia de don Homobono Quiñones, retratado como feliz empleado público en un artículo de 1832 («El día 30 del mes») y como triste cesante en un artículo cinco años posterior, de 1837 («El cesante»), RAMÓN DE MESONERO ROMANOS (1986), *Escenas matritenses*, Madrid, Austral-Espasa Calpe núm. 283, pp. 58-69.

quien creó la figura del cesante, pues los empleados que colaboraron con el rey José fueron privados de sus puestos. No obstante, los empleados del gobierno liberal de Cádiz fueron, a su vez, cesados tras la restauración en el trono de Fernando VII. El siniestro mecanismo puesto en marcha ya no dejaría de funcionar: el Trienio Liberal hizo un nuevo desmoche en la Administración pública absolutista, replicado después por las depuraciones fernandinas durante la Década Ominosa, a las que se abonarían todos los cambios de gobierno que se sucedieron a partir de la Regencia de María Cristina⁷.

El temor y la inquietud en el burócrata español por perder su puesto a lo largo de todo el siglo XIX son más que comprensibles y esta situación es la que explica que los empleados públicos se mostrasen serviles y apocados frente a sus jefes. Pero solo ante ellos. Su mundo era el mundo del Poder Ejecutivo, sujeto a los vaivenes y veleidades de la vida política, pero ajeno, exento y a salvo del Poder Judicial.

Y resulta de gran importancia subrayar que esto no era ninguna casualidad ni una laguna del sistema, sino una situación querida y buscada deliberadamente por sus diseñadores⁸. Los tratadistas españoles del siglo XIX ya indicaban que el origen de la exención de control judicial sobre la conducta de los empleados públicos se encontraba en Francia, en el art. 75 de la Constitución napoleónica del año VIII (abolido por decreto ley de 19 de septiembre de 1870), conforme al cual los agentes del Gobierno, prescindiendo de los Ministros, no podían ser procesados por actos relativos a sus funciones sino en virtud de una autorización del Consejo de Estado. El verdadero sentido de esta disposición no era proteger a los funcionarios públicos, sino que se relacionaba, más bien, con una idea fuerte de separación de poderes⁹. Así, para Santamaría de Paredes, esta previsión se incluía entre las medidas que fue necesario adoptar «para fortalecer al Poder administrativo en medio del desquiciamiento general de la época». Es decir, para proteger al Poder ejecutivo (burgués) frente al Poder judicial (nobiliario). Sin embargo, el tratadista español reconocía que «la autorización previa ha degenerado a veces en égida protectora de la arbitrariedad administrativa para enervar la acción de la justicia y hacer ilusorio el principio de responsabilidad del Poder ejecutivo», lo que, sin duda, explicaba que hubiera sido defendida y combatida por facciones enfrentadas como parte de las luchas políticas en Francia¹⁰.

⁷ Rafael JIMÉNEZ ASENSIO (2023), *El legado de Galdós*, op. cit., pp. 134-135.

⁸ Insisten en esta idea, básica para entender el fenómeno, Alessandra BATAGLIA, Stefano BATINI et al. (2021), «“Burocrazia difensiva”: cause, indicatori e rimedi», op. cit., pp. 1295-1296, así como Sabino CASSESE (2024), *Amministrare la nazione*, op. cit., p. 115, quien subraya que el Derecho administrativo nació en Francia para proteger a la Administración pública y al Estado no solo del Derecho civil, sino también del Derecho penal y de sus jueces.

⁹ Tal es la conclusión, al menos, a la que llega Benoît CAMGUILHEM (2013), «La garantie des fonctionnaires. La séparation des autorités administratives et judiciaires selon Gérando», *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, núm. 33, p. 475, tras analizar la obra de uno de los primeros tratadistas franceses que se ocupó de la llamada «garantie des fonctionnaires», Joseph Marie DE GÉRANDO, *Institutes du droit administratif français*, 1.ª ed., 1829.

¹⁰ Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES (1898), *Curso de Derecho Administrativo. Según sus principios generales y la legislación actual de España*, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, 5.ª edición, p. 105.

Una evolución similar fue la que se desarrolló en España. El modelo francés de autorización previa fue introducido en nuestro país por la Constitución española de 1845 (en rigor, el art. 58 del Estatuto de Bayona de 1808 ya lo había previsto), y su desarrollo se produjo mediante una reglamentación de 1850, que daría lugar «a una jurisprudencia bastante complicada», en palabras, nuevamente, de Santamaría de Paredes. La Constitución liberal de 1869 eliminó la necesidad de autorización previa, pero la Constitución de 1876 la restableció, remitiendo su regulación a una «ley especial» (art. 77 de la Constitución Española de 1876). Los motivos de este movimiento pendular eran los mismos que se esgrimían en Francia: por un lado, la necesidad de fortalecer al Poder ejecutivo (¿tal vez hoy sus defensores hablarían de evitar la «judicialización de la política» o el *lawfare*?); por otro lado, la necesidad de hacer efectivo el principio de responsabilidad de todos los poderes públicos en un Estado de derecho y evitar los desmanes del Gobierno y sus agentes.

Nada de esto existe ya, como constató hace más de sesenta años Parada Vázquez y como recientemente ha recordado Rebollo Puig¹¹. Pero estos mecanismos de protección de los empleados públicos y la impunidad a la que dieron lugar facilitaron que la fuerza brutal, despiadada de las burocracias se construyera como un tópico moderno. Es el lado oscuro, el reverso tenebroso de la mirífica Administración que debía remover todos los obstáculos que impedían el libre desarrollo de la sociedad liberal. Es una fuerza aún más terrible que las fuerzas revolucionarias que asolaron Europa durante los siglos XVIII y XIX, pues «toda revolución se evapora y deja atrás el limo de una nueva burocracia», en la repetida expresión de Franz Kafka¹². De hecho, el ejemplo paradigmático del horror innominado que genera la burocracia se encuentra en la obra del autor checo, donde el ciudadano/súbdito lo tiene todo perdido ante la Administración, conformando el precedente más obvio de un rasgo común a muchas distopías futuristas, en las que se incluyen, con notable frecuencia, burocracias temibles¹³.

Y este carácter temible de la burocracia acaba trasladándose a los burócratas. Lo habitual es que la literatura dibuje al empleado público como indolente, pero también hay ejemplos de crueldad, de sadismo¹⁴ y, por supuesto,

¹¹ José Ramón PARADA VÁZQUEZ (1960), «Obstáculos a la responsabilidad penal de los funcionarios», *Revista de Administración Pública*, núm. 31, pp. 95-152; Manuel REBOLLO PUIG (2019), «El control de la Administración por la jurisdicción penal», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 115, pp. 151-190, en especial, pp. 156-161.

¹² La relación entre burocracia y totalitarismos también fue notada por Pío BAROJA (2000), *Opiniones y paradojas*, Barcelona, Caro Raggio – Tusquets, p. 48, quien señalaba que «en nuestro tiempo, entre comunistas y fascistas, hay una gran simpatía por los burócratas, y un fondo de animosidad contra los que no lo son».

¹³ Estas burocracias están presentes en 1984 de George ORWELL, en *Fahrenheit 451* de Ray BRADBURY, en *Un mundo feliz* de Aldous HUXLEY y, por supuesto, en la mejor literatura de superhéroes, como en *V de Vendetta* de Allan MOORE.

¹⁴ Parece el caso del protagonista de *Memorias del subsuelo*, de DOSTOIEVSKI. Tomo la cita, una vez más, de Luciano VANDELLI (2015), *Papeles y papeleo. Burocracia y literatura*, op. cit., p. 248: «Era grosero y me complacía serlo. Esta era mi compensación, ya que no tomaba propinas [...]. Cuando alguien se acercaba a mi mesa en demanda de alguna información, yo rechinaba los dientes y sentía una voluptuosidad indecible si conseguía mortificarlo. Lo lograba casi siempre».

de desprecio hacia los ciudadanos¹⁵. Pero, salvo error, en nuestra tradición literaria no hay ni rastro de burócratas que tengan miedo a los ciudadanos o, más ampliamente, a que estos puedan exigirles responsabilidades por sus actos. Al contrario, de lo que sí hay muestras, y frecuentes, es de empleados públicos corruptos, lo que se asocia a una tradición (muy criticada) de impunidad y de inanidad de los controles, formalmente existentes, pero materialmente inútiles. Es decir, el tópico literario sería el de que no existen en la práctica controles sobre los burócratas (aunque formalmente se multipliquen hasta el infinito) y el de que los que existen no sirven para nada. En el caso de Kafka, la imposibilidad del control se vincula a la oscuridad del funcionamiento de la Administración, que impide en primer término conocer «quién es el funcionario que ha resuelto la cuestión y con qué motivos»¹⁶. Balzac, por su parte, se burla de manera abierta de la inutilidad del Tribunal de Cuentas en Francia y, de manera similar, en España, uno de nuestros regeneracionistas, Lucas Mallada, se ríe amargamente de los «infinitos cargos de inspección, vigilancia, intervención, contaduría, ordenación, etc.», así como del Tribunal de Cuentas del Reino, al que considera, atendiendo a su inutilidad, como «una de las muchas bromas insulsas de la fantasía nacional»¹⁷.

Los empleados públicos son pintados como vagos, serviles, venales, pelotas, pedantes, incluso crueles y sádicos, según indicábamos. También han sido objeto de burla por su «fobia a la responsabilidad», pues «en ninguna oficina pública nadie es responsable de algo. El reglamento, el bendito reglamento, constituye la gazapera en la que se refugian los empleados en cuanto perciben la sombra de una responsabilidad»¹⁸. Esto explica también el inveterado oscurantismo de la Administración a la hora de dar explicaciones sobre sus actos y el corporativismo de sus miembros, que les permitía tapar las faltas, propias o ajenas, sin mayores molestias. Por todo ello, los funcionarios nunca llegaban a sentirse seriamente perseguidos, pues el retablo de los vicios administrativos se completaba con el dorado de la impunidad. En el reciente y muy divertido políptico de «los diez pecados capitales de los empleados públicos» pintado por Chaves y Del Valle, aun aumentando en tres los siete canónicos, tampoco se incluye entre los pecados del funcionario el miedo al ejercicio de las propias funciones. A la soberbia, la ira, la avaricia, la envidia, la lujuria, la gula y la pereza estos autores suman la frivolidad, la intransigencia y el oportunismo. De la cobardía, en cambio, que sería el pecado que mejor encajaría en la noción de «burocracia defensiva», no dicen nada¹⁹.

En definitiva, ningún literato del siglo XIX (ni sus epígonos de los siglos XX y XXI) vio venir el cambio que subyace a la existencia de la «burocracia defensiva», esto es, que fueran los burócratas quienes temieran a los ciudadanos.

¹⁵ Es el caso del Barnacle Junior que atiende al señor Clennam en el Negociado de Circunloquios de *La pequeña Dorrit*, de Charles DICKENS, quien se estremece de repulsión solo con pronunciar la palabra «público» para referirse a los administrados.

¹⁶ Franz KAFKA, *El castillo*, capítulo VI, *apud* Luciano VANDELLI (2015), *Papeles y papeleo. Burocracia y literatura*, *op.cit.*, p.266.

¹⁷ Alejandro NIETO (1976), *La burocracia. I. El pensamiento burocrático*, *op.cit.*, pp.244-245.

¹⁸ Alejandro NIETO (1976), *La burocracia. I. El pensamiento burocrático*, *op.cit.*, p.253, siguiendo a Aurelio RAS (1944), *Reflexiones sobre la burocracia*, Madrid, Librería Beltrán.

¹⁹ José Ramón CHAVES y Juan Manuel DEL VALLE (2016), *Los diez pecados capitales de los empleados públicos*, *op. cit.*

Los cómics, en cambio, sí lo advirtieron en sus elaboradas metáforas sobre el poder que caracteriza a los superhéroes: el ejercicio del poder, por atractivo que pueda parecer, no se produce sin costes, y el hombre bajo la máscara teme los golpes.

Ya lo indicamos en el primer capítulo de este ensayo: uno de los tópicos del género de superhéroes es el del rechazo hacia los súper poderes por parte de quienes los tienen, la negativa de los superhéroes a ser aquellos que están llamados a ser, el cuestionamiento de que gozar de súper poderes sea siempre y en todo caso una ventaja o algo deseable. Para ello, se insiste en el desdoblamiento entre la máscara del superhéroe y la persona bajo la máscara. Ello ha permitido trucos de guion o giros argumentales, como que un mismo superhéroe haya escondido bajo su identidad secreta a personas distintas, porque estas han ido renunciando a seguir ejerciendo el papel de superhéroe, a seguir llevando la máscara. Así, desde su creación en los años setenta, los cómics han hecho que bajo la armadura de *Iron Man* hayan estado Tony Stark, Pepper Potts o James Rhodes, entre otros. Pero, sobre todo, el desdoblamiento entre máscara y persona-bajo-la-máscara ha permitido arcos argumentales completos en que se cuestiona el ejercicio del poder por parte de quien lo ostenta. Así ha ocurrido con Marc Spector/*Moon Knight* y así ha ocurrido, muy especialmente, con Peter Parker/*Spiderman*, que posiblemente constituye el paradigma de quien expresa sus dudas sobre la profesión de superhéroe.

La caracterización de este último personaje es especialmente adecuada para este fin, dado que Peter Parker es un adolescente de clase media baja, que vive en Queens y que va al Instituto, huérfano y a cargo de su tía viuda May, habitualmente agobiada por problemas económicos. Recibir los súper poderes que le convierten en *Spiderman* se presenta, aparentemente, como un cambio a mejor en su vida. Sin embargo, el uso de esos poderes y ejercer de superhéroe genera situaciones que permanentemente le desbordan, muy en especial cuando se generan riesgos para las personas de su entorno. Porque, a fin de cuentas, Peter Parker, la persona bajo la máscara, no es más que un adolescente huérfano. Esta situación es la que le obliga a cuestionarse repetidamente si debe o no usar sus poderes, si debe o no ejercer de superhéroe. Los guiones de *Spiderman* están cargados de tramas en las que Peter Parker hace una ponderación, una valoración, un juicio de lo que supone ser *Spiderman*. Lo que encontramos es una valoración de los riesgos que está asumiendo al actuar. Y, salvo error, por mi parte, esto dibuja una característica que resulta inédita en el retrato social y literario de quienes ejercen el poder, incluyendo a los empleados públicos: el mero hecho de ostentar un gran poder no justifica por sí mismo, ni remotamente, que su titular quiera utilizarlo. Por el contrario, este actúa como un decisor racional, valora muy cuidadosamente los riesgos que asume ejerciéndolo y los compara con los riesgos que asume al no hacerlo.

La idea de que los empleados públicos puedan contemplarse como decisores racionales para explicar sus comportamientos en su trabajo no es, desde luego, novedosa²⁰. La novedad se encontraría en que este planteamiento

²⁰ Por ejemplo, se ha utilizado esta idea para explicar sus distintos niveles de rendimiento. Así, Alejandro NIETO (1998), *La «nueva» organización del desgoberno*, p. 165, sostiene que «el

podría ser también la clave que permita establecer el marco teórico de las causas que conducen a la «burocracia defensiva».

2. UNA ELECCIÓN RACIONAL DETERMINADA POR LA DIFERENCIA ENTRE EL «RIESGO PERCIBIDO» POR EL EMPLEADO POR EJERCER SUS FUNCIONES Y EL «RIESGO PERCIBIDO» POR NO HACERLO

Gabriele Bottino ha concluido, analizando el caso de Italia, que el fundamento de la «burocracia defensiva» se encontraría en la discrepancia entre «riesgo real» y «riesgo percibido». Aun reconociendo la falta de estudios empíricos suficientes y consistentes, Bottino cree poder sostener que el «riesgo real» de que a los empleados públicos se les exijan responsabilidades administrativas o penales es relativamente bajo y, sobre todo, que no parece haber aumentado en los últimos años. Frente a ello, el «riesgo percibido» por los empleados públicos de que se les puedan exigir responsabilidades administrativas o penales sería mucho más elevado y, de hecho, habría aumentado en los últimos años²¹. Su conclusión es que «la entidad del riesgo decisional percibido es muy superior a la del riesgo decisional real» y, a su juicio, esta discrepancia generaría una inseguridad e incertidumbre en los empleados públicos que sería la causa de que adopten medidas propias de una «burocracia defensiva»²². Aunque sin hacer referencia a esta discrepancia entre «riesgo real» y «riesgo percibido», Battini y Decarolis ya habían afirmado, en términos muy similares, que la principal causa de los planteamientos defensivos de la burocracia reside en la incertidumbre e imprevisibilidad de las consecuencias del comportamiento de los empleados públicos, en un doble sentido: falta de certeza sobre la corrección de su conducta y falta de certeza sobre el alcance de las consecuencias que le podrá acarrear²³.

Los presupuestos de los que parten estos autores son correctos y su enfoque es sugerente, pero no lo comparto. Desde luego, tienen razón cuando afirman que lo determinante para la adopción de sus decisiones por parte de los empleados públicos es el «riesgo percibido» y no el «riesgo real»²⁴. Pero

funcionario ajust[a] su rendimiento al nivel más bajo en que se ha colocado un funcionario con su misma retribución». En esta misma línea de estudio, pero con técnicas de análisis más sofisticadas, se sitúa el trabajo de Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2009), *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Madrid, Thomson-Civitas, cuyo título permite ya conocer las conclusiones a las que llevaba el análisis del sistema de módulos diseñado para calcular la productividad de los jueces y su remuneración.

²¹ El mismo fenómeno se ha descrito en relación con la «medicina defensiva»: los últimos estudios disponibles en Italia apuntan a que el «riesgo percibido» por el personal sanitario de incurrir en algún tipo de responsabilidad es considerablemente superior al «riesgo real» de que ello ocurra, lo que incluso se ha cuantificado en una relación de diez a uno. Flaminia APERIO BELLA, «Defensive Medicine and Defensive Bureaucracy», *op. cit.*, p. 11.

²² Gabriele BOTTINO (2020), «La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici», *op. cit.*, pp. 129-133.

²³ Stefano BATTINI y Francesco DECAROLIS (2019), «L'Amministrazione si difende», *op. cit.*, pp. 311-315.

²⁴ También para Stefano BATTINI y Francesco DECAROLIS (2019), «L'Amministrazione si difende», *op. cit.*, p. 295, «no es tan relevante el dato objetivo del riesgo de sufrir pérdidas o incurrir en responsabilidad al asumir decisiones difíciles [...] como el dato subjetivo del riesgo percibi-

no creo que la causa de la «burocracia defensiva» se encuentre en la incertidumbre ni, menos aún, en la incertidumbre generada por la discrepancia entre «riesgo real» y «riesgo percibido» en los empleados públicos. El motivo por el que un empleado público adopta prácticas defensivas se encuentra en la discrepancia entre el «riesgo percibido» por ejercer sus funciones y el «riesgo percibido» por no ejercerlas.

En efecto, la auténtica dicotomía que se presenta al empleado público es ejercer sus funciones o no ejercerlas y, para resolverla, cabe presumir, en un enfoque típico de un análisis económico del Derecho, que tendrá en cuenta los costes asociados a cada una de estas decisiones. Por tal motivo, cuanto mayor sea el riesgo de que el ejercicio de sus funciones le pueda reportar daños (costes) y, sobre todo, cuanto mayor sea la diferencia con el riesgo de que tenga que soportar daños (costes) por no ejercerlas, mayor será la tendencia a la dilación o la inactividad. Es decir, en principio, el recurso a los mecanismos de protección típicos de una «burocracia defensiva» se producirá cuando el empleado público estime que los riesgos que asume ejerciendo sus funciones son superiores a los riesgos que asume no ejerciéndolas.

Es importante insistir en que las prácticas de «burocracia defensiva» no se producen únicamente porque el ordenamiento jurídico prevea la posibilidad de exigir grandes responsabilidades a los empleados públicos. Este elemento es necesario, sin duda, pero no es suficiente, porque la «burocracia defensiva» es un fenómeno más complejo que el simple «exceso de disuasión» (*overdeterrence*) teorizado por Richard Posner.

En el ejemplo clásico de este último, si se previera la pena de muerte para los conductores que incurrieran en exceso de velocidad, la gente conduciría demasiado despacio, pues lo harían, previsiblemente, a una velocidad bastante inferior a la permitida, pues acercarse al límite máximo aumentaría el riesgo de sobrepasarlo sin querer y, en consecuencia, se asumiría el riesgo de una consecuencia tremendamente negativa (la pena de muerte) que se quiere evitar a toda costa²⁵. Del mismo modo, podría creerse que, si las normas reguladoras de la responsabilidad de los empleados públicos generasen un efecto disuasorio demasiado intenso, el resultado sería que los empleados públicos tenderían a evitar conductas que, aun siendo legales, estuvieran cerca de la «zona prohibida». Es decir, que el exceso disuasorio (*overdeterrence*) daría lugar a que actuaciones lícitas y convenientes para el interés general no se adoptasen, simplemente, porque estarían demasiado próximas a ciertas conductas ilícitas, pues acercarse demasiado a estas últimas supondría aumentar el riesgo de acabar sufriendo consecuencias que se reputan tremendamente

do». De hecho, existen estudios en el ámbito italiano que demuestran que la mayor parte de los procesos penales abiertos por *abuso d'ufficio* acababan en nada, a pesar de lo cual este delito se mantuvo y se percibía, hasta su supresión en 2024, como la piedra angular de la protección penal frente a los actos de los empleados públicos, Vico VALENTINI (2020), «Burocrazia difensiva e *restyling* dell'abuso d'ufficio», *op. cit.*, p. 502 y nota 3. Por ejemplo, Gian Luigi GATTA (2023), «L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra 'paura della firma', esigenze di tutela e obblighi internazionale di incriminazione», *Sistema penal*, 5/2023, p. 167, señala que en 2022 el 79 por 100 de los procesos penales iniciados en Italia por la posible comisión del delito de *abuso d'ufficio* terminaron archivados; dato que estaría en línea con el de 2021.

²⁵ Richard A. POSNER (1982), «Excessive Sanctions for Governmental Misconduct in Criminal Cases», 57 *Washington Law Review*, p. 637.

desfavorables. Así se ha postulado, de hecho, como posible explicación para el caso de Italia²⁶.

Sin embargo, este planteamiento es incompleto: incluso cuando el riesgo de sufrir daños que el empleado público asume por ejercer sus funciones es muy, muy elevado, el empleado público seguirá optando por ejercerlas si los daños que se arriesga a sufrir en caso de no hacerlo son más elevados aún. Una vez más: las prácticas propias de la «burocracia defensiva» solo aparecerán cuando el empleado público considere que los riesgos que asume ejerciendo sus funciones son superiores a los riesgos que asume no ejerciéndolas.

Creo que esta premisa es cierta incluso en aquellos casos en los que, en apariencia, los riesgos de ejercer sus funciones son siempre y en todo caso superiores a los riesgos de no ejercerlas y, a pesar de ello, el empleado público las ejerce. Me estoy refiriendo, por ejemplo, a empleados públicos que asumen riesgos físicos extremos, como bomberos, policías o militares. En este tipo de supuestos deben tenerse en cuenta dos elementos un tanto singulares. En primer lugar, que el riesgo de ejercer sus funciones es un riesgo para el que están expresamente preparados, por lo que seguramente lo perciben como un riesgo menor a como lo percibe un ciudadano medio. En segundo lugar, que el riesgo de no ejercer sus funciones (es decir, de no enfrentarse a estos riesgos físicos extremos) es en su caso elevadísimo: el despido, pues justamente son contratados para enfrentarse a ellos. Un bombero, un policía o un militar que no están dispuestos a asumir estos riesgos no valen para ocupar sus puestos y, en consecuencia, podrán ser removidos de ellos. Así ocurrió, por usar un ejemplo reciente y muy mediático, con los policías de Uvalde (Texas, Estados Unidos), que se mostraron incapaces de enfrentarse al asesino que se encerró en la Escuela Primaria Robb de la ciudad y mató a 19 estudiantes y dos profesoras el 24 de mayo de 2022. Todos ellos fueron despedidos o reasignados a otros puestos. En consecuencia, también en estos casos cabe entender que estos empleados públicos ejercen sus funciones porque el riesgo percibido por ejercerlas no supera al riesgo percibido por no ejercerlas.

El principal logro de Battini, Decarolis y Bottino es que aportan apreciables indicios de que el «riesgo percibido» por los empleados públicos por ejercer sus funciones ha aumentado en los últimos años²⁷. Este aumento, sumado a que el «riesgo percibido» por no ejercer sus funciones se habría mantenido estable (y relativamente bajo), es lo que explicaría los cambios en su conducta²⁸.

²⁶ Vico VALENTINI (2020), «Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio», *op.cit.*, pp.508-510.

²⁷ Así se deduciría, sobre todo, del creciente mercado de seguros contratados por los empleados públicos, a su propia costa, para cubrir su eventual responsabilidad administrativa por culpa grave, analizado por Stefano BATTINI y Francesco DECAROLIS (2019), «L'Amministrazione si difende», *op.cit.*, pp.298-304, y recogido por Gabriele BOTTINO (2017) y (2020), *Rischio e responsabilità amministrativa*, *op.cit.*, p.216, y «La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici», *op.cit.*, pp. 131 y 141. Pero también de otros factores, como la inclusión de la «burocracia defensiva» en el discurso público y en la agenda legislativa.

²⁸ En esta misma línea parece situarse Luisa TORCHIA (2020), «La responsabilità amministrativa», *op.cit.*, p. 765, para quien la causa de las prácticas defensivas adoptadas por los empleados públicos se encontraría en que estos encuentran menos arriesgada la inactividad que la acción.

Lo que lleva a Marc Spector a renunciar a sus poderes como *Moon Knight* o a Peter Parker a dejar de ejercer de *Spiderman* no es la incertidumbre sobre los riesgos que asumen al actuar como super héroes. Del mismo modo, frente a lo que sostienen los autores citados (que consideran que la causa de la «burocracia defensiva» está en la diferencia entre «riesgo percibido» y «riesgo real»), estimo que en lo que hay que fijar la atención es en la diferencia entre el coste de actuar y el coste de no actuar para el empleado público o, más exactamente, entre los riesgos de actuar y los riesgos de no actuar. Riesgos, cabe insistir, que normalmente serán los percibidos, no los reales, porque estos últimos habitualmente no se conocerán.

Por ser aún más preciso, creo que lo verdaderamente determinante es el aumento en la diferencia entre riesgo percibido de actuar y riesgo percibido de no actuar. Si esta diferencia no varía, en un periodo de tiempo suficiente se llegará a un equilibrio: los empleados públicos considerarán que el nivel de riesgo que están asumiendo por actuar es el normal. Si hay una variación en esa diferencia y esta aumenta, será cuando los empleados públicos tenderán a «corregirla», adoptando prácticas que les permitan no actuar. Es decir, primando la no actuación sobre la actuación mediante técnicas de «burocracia defensiva».

Aceptada esta premisa, el análisis de las causas de la «burocracia defensiva» se traduce en el análisis de los riesgos asumidos por los empleados públicos por ejercer sus funciones y por no ejercerlas. En consecuencia, en los siguientes epígrafes analizaremos los dos principales factores de dicho riesgo: por un lado, los tipos de daños que los empleados públicos pueden sufrir (apartado 3) y, por otro lado, las circunstancias que tienen que concurrir para que dichos daños se verifiquen o para que, al menos, se hagan más probables (apartado 4).

3. TIPOS DE DAÑOS QUE PUEDE SUFRIR EL EMPLEADO PÚBLICO. ¿QUÉ TIPO DE GOLPES SE LLEVA LA PERSONA BAJO LA MÁSCARA?

La adopción de técnicas típicas de la «burocracia defensiva» tiene por objeto proteger al empleado que las adopta de ciertos daños. Resulta esencial, por tanto, preguntarse cuáles son tales posibles daños. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, los daños que puede sufrir un empleado público se reconducen a tres formas clásicas: responsabilidad disciplinaria, responsabilidad penal y responsabilidad civil (incluyendo la responsabilidad contable). Junto a estos tres tipos de responsabilidad jurídica, y con unos perfiles no siempre nítidos, también podría identificarse una posible responsabilidad política del empleado público. No obstante, esta posible responsabilidad política solo se daría en relación con algunos empleados públicos muy concretos (cargos de elección popular y altos cargos) y los mecanismos para hacerla efectiva no siempre están bien delimitados, por lo que no nos ocuparemos por ahora de ella²⁹.

²⁹ El debate sobre la responsabilidad jurídica y la responsabilidad política de los empleados públicos (o, más bien, sobre si la responsabilidad política es también una forma de responsabi-

Debemos centrar nuestra atención, por tanto, en la tríada responsabilidad disciplinaria, responsabilidad penal y responsabilidad civil como las tres formas de responsabilidad jurídica básicas. Sin embargo, esta clasificación, muy útil para el jurista, resulta indiferente desde la perspectiva de la Psicología del trabajo y, por tanto, para entender los motivos que llevan a un empleado público a adoptar medidas típicas de «burocracia defensiva».

En efecto, desde el punto de vista jurídico resulta fundamental saber si la cantidad de dinero que se le exige pagar a un empleado público a raíz de una determinada conducta tiene naturaleza indemnizatoria o sancionadora, porque eso determina todo su régimen jurídico. Sin embargo, la cantidad concreta que haya que pagar es, en principio, un dato secundario, al igual que otros datos, como el órgano encargado de acordar su imposición o el procedimiento que debe seguirse para imponerlo, que solo son relevantes a los efectos de determinar si el órgano que ha actuado era el competente para ello y si el procedimiento que se ha seguido era el correcto; es decir, solo tiene relevancia a efectos de enjuiciar la legalidad del acto.

Sin embargo, desde el punto de vista de la psicología del empleado público, la importancia de estos elementos se invierte. A efectos de la motivación del empleado público para adoptar una u otra conducta puede dar igual (o será, como mínimo, una cuestión muy secundaria) la naturaleza jurídica de la medida, mientras que será trascendental el dato de su cuantía. Es decir, al empleado público no le preocupa especialmente la discusión acerca de la naturaleza disciplinaria o civil de una decisión administrativa por la que se le impone la obligación de pagar a la Administración 100 000 euros; lo que le preocupa es que tendrá que pagar 100 000 euros. Por su parte, el órgano encargado de acordar su imposición y el procedimiento que debe seguirse para ello pueden ser también muy importantes para el empleado público, pero por unos motivos absolutamente diversos y sin relación alguna con la legalidad del acto y vinculados, más bien, con el coste emocional y reputacional que puede conllevar ser sometido a un proceso judicial en lugar de a un procedimiento administrativo, lo que remite a la «pena de banquillo» o a la «pena de telerario», prácticamente irrelevantes para el Derecho, pero con una grandísima relevancia en la conformación de la voluntad de los empleados.

Lo anterior determina que resulte dudoso cuál sea el mejor orden para clasificar estas medidas, si utilizar los esquemas jurídicos clásicos (es decir, la naturaleza jurídica de la responsabilidad exigida) o explorar el uso de otros criterios que quizá son mucho más significativos para la psicología del

lidad jurídica) está lejos de resultar pacífico, como ha expuesto recientemente, en relación con los altos cargos, Susana Esther CASTILLO RAMOS-BOSSINI (2024), *El régimen jurídico de la responsabilidad administrativa de los cargos públicos*, Madrid, Tecnos, pp. 38-39, y cuya efectividad ha discutido Ricardo RIVERO ORTEGA (2020), *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos, op. cit.*, pp. 253-257. Y no se trata de un debate que afecte únicamente a España. En el ordenamiento jurídico colombiano, por ejemplo, la Corte Constitucional identificó hace años como una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado la llamada «punicción por indignidad política» (*impeachment*), lo que genera todo tipo de perplejidades en el jurista y complejísimos problemas de compatibilidad con otras formas de responsabilidad sancionadora, como ha puesto de manifiesto María Raquel MOLINA OTERO (2024), «El non bis in idem en los regímenes punitivos a los que se someten los servidores públicos en Colombia: ¿una garantía, en la práctica, inexistente?», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 32, pp. 35-67.

trabajador (por ejemplo, el órgano o el procedimiento encargados de exigirlos). A falta de estudios empíricos sobre la materia y hechas las anteriores salvedades, en este trabajo se ha optado por utilizar la clasificación jurídica tradicional (penal, disciplinaria y civil), pero con una importante corrección: dado que esta clasificación no recoge todos los daños que puede sufrir un empleado público, ceñirse estrictamente a ella conllevaría el error de dejar fuera del análisis ciertos daños que pueden tener una incidencia directa en el juicio del empleado, error en el que caen sistemáticamente los autores de procedencia jurídica que analizan el fenómeno³⁰. En consecuencia, junto con estos tres tipos de responsabilidad jurídica analizaremos otros posibles daños que el empleado público puede sufrir y que pueden influir y, de hecho, influyen en su comportamiento.

De acuerdo con esta advertencia, analizaremos, en primer lugar, los daños derivados de las responsabilidades jurídicas impuestas por el ordenamiento jurídico (apartado 3.1.); y, en segundo lugar, los daños que no tienen su origen en el ordenamiento jurídico, sino en la comunidad social en la que vive y participa el empleado público (apartado 3.2.).

3.1. Responsabilidades jurídicas exigibles a los empleados públicos

Los principales riesgos para el empleado, los daños que intenta evitar a toda costa y que, seguramente, se encuentran con más claridad en el origen de la «burocracia defensiva», pueden identificarse con lo que jurídicamente llamamos exigencia de responsabilidad jurídica. Sin embargo, esto requiere una nueva aclaración, porque no cualquier responsabilidad se percibe como daño.

En el ordenamiento jurídico español seguimos teniendo problemas para incorporar la distinción entre los dos principales tipos de responsabilidad de los empleados públicos, hasta el punto de que seguimos sin tener términos claros para denominar a cada una de ellas. Nos referimos a los conceptos de *liability* y *accountability*, cuya traducción más correcta tal vez sería «responsabilidad en sentido estricto» y «rendición de cuentas»³¹. La primera se deriva de la vulneración de un deber, de la infracción de un límite que no se debería haber sobrepasado. La segunda se refiere a la comprobación de si se

³⁰ Entre otros muchos, Fabrizio FRACCHIA y Pasquale PANTALONE (2020), «La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato responsabilizzato», *op. cit.*, p. 64; Vico VALENTINI (2020), «Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio», *op. cit.*, p. 502; Gabriele BOTTINO (2020), «La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici», *op. cit.*, pp. 120-124.

³¹ Tampoco los ordenamientos francés e italiano parecen contar con una terminología tan clara y tajante como la anglosajona, por lo que se han lanzado algunas propuestas terminológicas, como la que distingue, en el caso de Francia, entre «*responsabilité et responsabilisation des fonctionnaires*», Christian GARBAR, (2016), «De la responsabilité à la responsabilisation des fonctionnaires», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 68, núm. 1/2016, p. 7, y, en el caso de Italia, entre «*responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari*», Stefano BATTINI, (2015), «Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* núm. 1/2015, p. 53.

han alcanzado los objetivos que se habían marcado. La responsabilidad en la que teme incurrir el empleado público es la *liability* o responsabilidad en sentido estricto, única que resulta exigible en España, y esto no es un dato irrelevante, por lo que posteriormente volveremos sobre él. Basta ahora con apuntar que nuestro sistema está diseñado para exigir responsabilidades al empleado público por vulnerar normas (*liability*) pero no por incurrir en un desempeño mediocre de sus funciones que no permita satisfacer el interés general (*accountability*).

Existen varios tipos de responsabilidad en sentido estricto del empleado público (*liability*), pero todas ellas son reconducibles a dos grandes grupos: la responsabilidad civil y la responsabilidad punitiva (tanto disciplinaria como penal). Sin perjuicio de sus diferencias estructurales y de las distintas modalidades que pueden adoptar, ambos grupos comparten, al menos, dos características: por un lado, son resultado del incumplimiento de deberes legales; por otro lado, se exigen a la persona física, no a la Administración. Todas ellas son bien conocidas, por lo que no nos detendremos en analizarlas³².

3.1.1. La responsabilidad civil o resarcitoria

La Administración española puede exigir dos tipos de responsabilidad civil a sus empleados. En primer lugar, una responsabilidad civil directa, que se identifica con la responsabilidad contable, y que se deriva de los daños causados directamente al patrimonio de la Administración (art. 36.3 Ley 40/015, de Régimen Jurídico del Sector Público). En segundo lugar, una responsabilidad civil indirecta, que se produciría cuando la Administración indemniza los daños y perjuicios causados a los ciudadanos por el funcionamiento de sus servicios públicos y, posteriormente, se dirige mediante la acción de regreso contra el funcionario personalmente causante de dicho perjuicio, si es que concurren los requisitos para ello (art. 36.2 Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público). A ellas puede sumarse la responsabilidad civil derivada de delito, cuando este haya sido cometido por el empleado público.

Se encuentra aquí, al parecer, la principal causa del fenómeno de *burocrazia difensiva* estudiado en Italia, donde se articula como una forma especialmente exigente de responsabilidad contable (*responsabilità erariale*). No son pocos los autores que lo afirman expresamente, aunque tal vez son mayoritarios quienes lo asumen implícitamente, como cosa obvia, sin necesidad de mayores explicaciones³³.

La responsabilidad civil no debe ser minimizada en España. Seguramente no constituye un problema tan relevante como en Italia, pero hay indicios de que puede constituir un problema de cierta importancia también para los empleados públicos españoles. O, al menos, para algunas categorías especiales de empleados, como policías y guardias civiles. Así se deduciría de la

³² Entre la bibliografía general más reciente, *vid.* Ricardo RIVERO ORTEGA, *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Madrid, Iustel, 2020.

³³ Por todos, y entre los más recientes, Rocco CIFARELLI (2023), «Fiscal Liability and Defensive Bureaucracy Between Perception, Causes and Remedies: Food for Thought», *op. cit.*, pp. 7-10.

consagración legislativa de la obligación de la Administración de contratar pólizas de seguro que cubran su eventual responsabilidad civil, sobre lo que volveremos más adelante.

Lo cierto, sin embargo, es que los estudios empíricos no son concluyentes respecto a la adopción de comportamientos defensivos a consecuencia de la declaración de responsabilidad patrimonial³⁴.

3.1.2. *La responsabilidad punitiva o sancionadora*

Asimismo, los empleados públicos están sometidos a la exigencia de responsabilidades punitivas tanto por parte de la Administración, como por parte de los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal.

La responsabilidad punitiva exigida por la Administración adoptará, habitualmente, la forma de responsabilidad disciplinaria. Frente a lo que pudiera parecer, no se trata del tipo de responsabilidad que más pueda asustar a los empleados públicos. A ello contribuyen diversos elementos, como las reticencias de algunas Administraciones públicas a ejercer de manera efectiva sus potestades disciplinarias y, sobre todo, el hecho de que los castigos disciplinarios afectan únicamente a los derechos que forman parte del vínculo funcional o laboral, de modo que lo peor que puede ocurrirle al empleado sancionado disciplinariamente es que se ponga fin a dicho vínculo (despido disciplinario o separación del servicio)³⁵.

Mucho más disuasoria resulta la responsabilidad penal. Cuando se presta atención a los tipos delictivos expresamente previstos para exigir este tipo de responsabilidad a los empleados públicos, su cantidad, variedad y alcance apabullan. En un intento de sistematización, Rebollo Puig ha propuesto su clasificación en dos grandes grupos³⁶:

Por un lado, los dirigidos a enjuiciar la actividad material de la Administración. Aquí se incluirían, entre otros, los delitos de detenciones ilegales y secuestros (art. 167 Código Penal), de tortura (art. 174 Código Penal), contra la integridad moral (art. 175 Código Penal), de descubrimiento y revelación de secretos (art. 198 Código Penal), de allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público (art. 204 Código Penal), de falsificación de documento público (art. 390 Código Penal), de infidelidad en la custodia de documentos (art. 413 Código Penal), de violación de secretos (art. 417 Código Penal), de violación del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 535 Código Penal), etcétera.

³⁴ Jef DE MOT y Michael FAURE (2014), «Public authority liability and the chilling effect», *Tort Law Review*, núm. 22, p. 133.

³⁵ Antonio BUENO ARMIJO (2025), «The Disciplinary Responsibility of Civil Servants. European Minimum Standards», en Karl-Peter SOMMERMAN, Adam KRZYWON y Cristina FRAENKEL-HAEERLE (eds.), *The Civil Service in Europe. A Research Companion*, Londres, Routledge, pp. 502-203.

³⁶ Manuel REBOLLO PUIG (2019), «El control de la Administración por la jurisdicción penal», *op. cit.*, pp. 155-156.

Por otro lado, los dirigidos a enjuiciar la actividad jurídica de la Administración, esto es, la que se produce con la adopción de acuerdos, la aprobación de reglamentos o la conclusión de contratos y convenios; o sea, mediante declaraciones con efectos jurídicos. Entre todos los delitos que cabe incluir en este segundo grupo ocupa un lugar central el delito de prevaricación (art. 404 Código Penal), que cuenta con variantes tipificadas como delitos autónomos en materia de urbanismo (arts. 320 y 322 Código Penal), medio ambiente (art. 329 Código Penal), derecho de reunión (art. 540 Código Penal), apropiación forzosa (art. 541 Código Penal), nombramiento de cargos públicos (art. 405 Código Penal), usurpación de atribuciones, incluyendo las judiciales (arts. 506 y 508 Código Penal), etcétera. Junto a la prevaricación y sus variantes alcanzan también una notoria importancia el cohecho (art. 419 Código Penal) o la malversación (art. 432 Código Penal).

El carácter disuasorio de la responsabilidad penal exigible a los empleados públicos se completa con la variedad de penas que se les pueden imponer, entre las que destaca, como no puede ser de otra forma, la pena privativa de libertad.

3.2. Otros perjuicios derivados del cumplimiento de sus funciones

El empleado público teme las responsabilidades previstas por el ordenamiento, a las que hemos hecho referencia en el epígrafe anterior, pero estas no incluyen otros fenómenos igualmente relevantes y percibidos como muy graves perjuicios por parte del empleado. Eso explica que la inactividad del empleado público o la renuncia a ejercer sus potestades, esto es, la adopción de técnicas propias de una «burocracia defensiva», puedan producirse incluso en ausencia de todo riesgo de responsabilidades punitivas o patrimoniales.

3.2.1. Costes reputacionales, en especial la «pena de banquillo» o «pena de telediario»

Entre los más temidos daños que puede sufrir un empleado público se encuentra la conocida como «pena de banquillo» o «pena de telediario», esto es, el sentimiento de humillación del empleado público por tener que sentarse en el banquillo de los acusados y, sobre todo, la exposición pública en los medios de comunicación y el sometimiento al juicio, a veces inapelable, de la opinión pública, pues «un minuto de tertulia televisiva pesa más que un libro entero bien documentado»³⁷. En efecto, los procesos para exigir responsabilidades a los empleados públicos pueden concitar, en ocasiones, el interés de la prensa, la televisión, la radio u otros medios de comunicación de masas, teniendo como resultado que el nombre y la cara de una persona, hasta ese momento anónima, pasen a ser conocidos y a que sus hechos, reales o presuntos, pasen a ser objeto de debate público.

³⁷ Alejandro NIETO (2017), *Testimonios de un jurista (1930-2017)*, Madrid, INAP-Global Law Press, p. 166.

La «pena de banquillo» es un coste reputacional asociado a todas las responsabilidades punitivas, aunque su intensidad es distinta y, por supuesto, es especialmente grave en el caso de la responsabilidad penal. De hecho, los medios de comunicación tienden a ocuparse de los procesos de responsabilidad dirigidos contra empleados públicos en la medida en que se cumplan dos exigencias: la primera, que se trate de hechos graves o que puedan dar lugar a la imposición de medidas graves, de ahí que, normalmente, tiendan más a dar noticias de los posibles delitos que de las meras infracciones disciplinarias; la segunda, que en los hechos por los que se exija responsabilidad haya participado o esté implicada alguna persona conocida, lo que frecuentemente significará que esté implicado algún personaje político o algún cargo de elección popular con los que el empleado público haya tenido que tratar por razón de su cargo (por ejemplo, porque era su subordinado).

Aunque cualquier persona que la padece la sufre como un daño, la «pena de banquillo» es especialmente dura para los empleados públicos. En primer lugar, porque un empleado es un ciudadano anónimo, desconocido para el resto de la población y no acostumbrado a su exposición pública (a diferencia de los políticos que, eventualmente, puedan haber participado en los hechos). En segundo lugar, porque un empleado público no es un ciudadano cualquiera o, más bien, no se autopercibe como tal. Ser empleado público es «ser alguien» en el nebuloso mundo de las apariencias burguesas, es «tener un nombre», dado que casi automáticamente sitúa al afortunado en la no menos nebulosa clase media, donde el honor es un valor importante³⁸. Por lo demás, este tipo de costes son bien conocidos y también han sido descritos en el ámbito de la «medicina defensiva», pues no es pequeño el temor del personal sanitario a ser percibido por sus colegas (y por sus clientes) como un mal profesional a causa de verse envuelto en procesos de exigencia de responsabilidad³⁹.

Sin embargo, la «pena de banquillo» no es el único fenómeno vivido como una merma de la reputación personal. El simple cuestionamiento de la legalidad o la oportunidad de una decisión adoptada por el empleado, sin que esto tenga relevancia punitiva alguna, también puede generar un coste reputacional para el autor de la decisión. Así, ocurre, por ejemplo, con los recursos administrativos: no es en absoluto descabellado pensar que los empleados públicos renuncien a adoptar ciertas decisiones, aun estando íntimamente convencidos de que son las correctas, por evitar recursos y quejas de sus destinatarios. Incluso cuando están seguros de que las quejas estarían infundadas y de que los recursos serían desestimados.

La experiencia diaria del profesor universitario ofrece un ejemplo que cualquier docente conoce: en las actas finales de exámenes, que pueden cali-

³⁸ Alejandro NIETO (1998), *La «nueva» organización del desgobierno*, *op.cit.*, p. 137, quien señala la ambivalencia de la imagen de los funcionarios, pues «por un lado se les considera vagos, arrogantes, corruptos e irresponsables. Pero, al mismo tiempo y paradójicamente, la sociedad considera que están bien capacitados y que su ética es superior a la normal; la mejor prueba de ello es que las empresas buscan afanosamente la colaboración de funcionarios en activo o jubilados» (p. 135).

³⁹ Flaminia APERIO BELLA, «Defensive Medicine and Defensive Bureaucracy», *op.cit.*, pp. 11-12.

ficar a los estudiantes con notas que van de 0 a 10, raramente aparecen estudiantes con calificaciones entre 4,5 y 4,8 (suspense) y, posiblemente, nunca aparece nadie con una calificación de 4,9 (suspense). Es decir, se evitan a toda costa calificaciones que estén muy cerca del 5,0 (aprobado). Es posible que esta situación se deba a más de un motivo (en las Facultades de Derecho, de modo jocoso, solemos decir por ejemplo que es el resultado de una aplicación *sui generis* del principio penal *in dubio pro reo*) y es muy posible que una de dichas causas, y no la menos importante, sea que el profesorado universitario intenta evitar como sea que sus estudiantes presenten recursos contra sus calificaciones ante el Departamento. La interposición de esos recursos obligará a que otros colegas revisen el examen (que en España sigue siendo mayoritariamente escrito) y cómo ha sido corregido, situación que puede vivirse por el profesor como un cuestionamiento de su profesionalidad, como una ofensa a su prestigio. De manera similar, la presentación de recursos administrativos puede vivirse por el autor de la decisión como un ataque a su persona.

Salvando las distancias, también la declaración de responsabilidad por daños puede generar costes reputacionales para el empleado público. En efecto, incluso actuaciones plenamente legales, pero susceptibles de generar responsabilidad patrimonial, pueden dar lugar a un coste reputacional que se estime especialmente gravoso y, por consiguiente, que genere efectos disuasorios frente al ejercicio de sus funciones por parte del empleado⁴⁰. No se trata, tal vez, de una gran amenaza, pero, a cambio, es una situación mucho más frecuente que las situaciones de verdadero riesgo para el empleado público por lo que, tal vez, su impacto real podría ser mucho mayor en la generación de prácticas propias de una «burocracia defensiva».

3.2.2. Costes de tiempo

Entre los perjuicios que más puede sentir un empleado público se encuentra el de la pérdida de su tiempo. Por seguir con el ejemplo anterior, si se investigara mediante una encuesta realizada al profesorado universitario por qué en las actas de notas no hay estudiantes calificados con un 4,9 (suspense) es muy probable que se encuentre un ejemplo de lo que los empleados públicos perciben como este tipo de perjuicio temporal. Subir levemente la nota a estudiantes que no han hecho un buen examen para que alcancen el 5,0 (aprobado) no es, seguramente, un acto motivado por la justicia ni por la

⁴⁰ Jef DE MOT y Michael FAURE (2014) «Public authority liability and the chilling effect», *op. cit.*, p. 127), dan cuenta de este tipo de situaciones, sin bien refiriéndolas a toda una Administración o Agencia, no a empleados individuales. De acuerdo con Charles R. EPP (2009), *Making Rights Real: Activists, Bureaucrats, and the Creation of the Legalistic State*, University of Chicago Press, p. 22, cuya cita tomo de estos autores: «Lo que más temen los empleados públicos respecto a la exigencia de responsabilidad es el riesgo de vergüenza pública y de daño reputacional. Aunque perder un caso costoso resulta, sin duda, vergonzoso, las demandas tienen el potencial de erosionar la legitimidad del órgano a ojos de la ciudadanía incluso si el órgano gana en juicio. Como un empleado me hizo notar, 'Las demandas atraen publicidad y la publicidad altera la percepción social que se tiene de nosotros y, a efectos prácticos, la percepción es la realidad. Así que pueden tener un gran coste y puede ser necesario mucho tiempo para recuperarse de él'».

clemencia, ni siquiera por la asunción de un posible margen de error en la corrección de los ejercicios. Más bien podría atribuirse a que el profesorado universitario quiere evitar dar engorrosas explicaciones, que le consumirán mucho tiempo: el estudiante calificado con el 4,9 (suspense) acudirá primero a la revisión del examen con el profesor y exigirá que el profesor le explique con detalle cómo ha corregido todas y cada de las preguntas, por qué las ha calificado con la nota que les ha puesto y por qué no es posible subir; en ninguna de ellas, al menos, una décima, lo que le franquearía el paso del suspense al aprobado. El profesor sabe que, además de ofrecer argumentos académicos, el alumno desplegará todo tipo de argumentos personales y sentimentales, reales o ficticios, y que, en algunos casos, especialmente incómodos, llegará al llanto, todo lo cual alargará inevitablemente la duración del acto de revisión de examen. En caso de que el profesor se mantenga firme en su calificación y de que el estudiante decida interponer recurso ante el departamento, el profesor será requerido para que entregue, como parte del procedimiento, un informe escrito explicando, nuevamente, sus criterios de corrección y los motivos por los que ha calificado cada pregunta del examen del modo en que lo ha hecho. Es más, de manera informal, sus colegas y el director de departamento le preguntarán qué ha pasado, por qué ha suspendido al alumno con un 4,9, cómo se le ha ocurrido hacer algo así, con lo fácil que habría sido evitarlo... charlas informales, no necesariamente malintencionadas, que consumirán aún más tiempo. Y todo esto solo por una décima.

3.2.3. *Costes emocionales*

Tampoco debe minimizarse la importancia que pueden tener para condicionar psicológicamente a los empleados públicos los posibles costes emocionales, que una vez más pueden adoptar muy variadas formas. El empleado público no quiere enemistarse, no quiere que hablen mal de él, no quiere que no le quieran. Tal vez el tipo de burócrata weberiano no tenía sentimientos y tal vez se pueda esperar del burócrata austriaco o alemán que tampoco los tengan, pero eso no es esperable en el caso del burócrata español. El empleado público español tiene su corazoncito. El italiano parece que también⁴¹.

Los empleados públicos tienden a evitar las situaciones incómodas, de cualquier tipo, desde estudiantes llorando en una revisión de exámenes hasta llamadas pidiendo favores o intentando presionarles. Afirman, y no les falta razón, Chaves y Del Valle, en relación con las siempre embarazosas recomendaciones, que «no hay como formar parte de un tribunal de oposiciones, o de selectividad para entrar en la universidad, o de cualquier otra cosa competida para que aparezcan amigos de la más alejada infancia, conocidos ocasionales, caraduras que toman el café a nuestro lado en la barra para rememorar cualquier cosa que les crea legitimar para la más impropia recomendación»,

⁴¹ Así pareció reconocerlo frente a todo pronóstico el Presidente del Consejo de Ministros, Mario DRAGHI, en su discurso de despedida a la Cámara de Diputados, el 21 de julio de 2022: «Grazie per questo [applauso]. Naturalmente, certe volte anche il cuore dei banchieri centrali viene usato. Qualche volta».

tras lo que ofrecen algunas útiles técnicas para gestionar estas situaciones y salir más o menos airoso de ellas⁴².

En este sentido, no creo que sean pocos los profesores universitarios que hayan renunciado, por ejemplo, a participar en la concesión de sexenios o que hayan adoptado otras prácticas típicas de la «burocracia defensiva» en la evaluación de trabajos, solicitudes de proyectos, becas o acreditaciones. O que preguntan, antes de aceptar formar parte de un tribunal de oposición para proveer una plaza de profesor universitario, si la plaza tiene «bicho», es decir, si está siendo ya ocupada, *de facto*, por alguien que se presentará a la oposición, lo que sabe que generalmente vendrá asociado a sutiles formas de presión para que esa persona resulte vencedora en la oposición⁴³.

La incertidumbre de estar sometido a un proceso penal tiene también un coste emocional, aun cuando no tenga coste reputacional. En efecto, aunque nadie sepa que se está produciendo el juicio porque este no alcance repercusión mediática, el acusado sufre pensando que puede ser castigado. Y lo mismo cabe decir de otros procedimientos, como el contable. Someterse a un proceso judicial, cuyo resultado, incluso siendo previsiblemente favorable al reo, es siempre incierto, supone un elevado coste emocional que puede constituir un freno al correcto ejercicio de las funciones administrativas⁴⁴. De hecho, y atendiendo a la alta ratio de procedimientos administrativos y penales que terminan sin que se declare la responsabilidad de los empleados públicos⁴⁵, estos costes emocionales (junto con los temporales y, en su caso, los reputacionales que también pueden llevar aparejados este tipo de proceso) son los únicos que se hacen efectivos en la mayor parte de las ocasiones y los que, por ello mismo, mayor incidencia podrían tener en la valoración del riesgo que los empleados públicos hacen en relación con sus conductas.

De nuevo, hay que insistir en que estos costes emocionales pueden venir generados tanto por exigencia de responsabilidades punitivas como por simples exigencias de responsabilidad patrimonial. Así lo prueban algunos estudios, que han recogido evidencias del profundo malestar psicológico causado a empleados a quienes se ha sometido a procedimientos de exigencia de responsabilidad patrimonial por daños causados con su conducta. Incluso cuando dichos procedimientos hayan acabado declarando que no concurre dicha

⁴² José Ramón CHAVES y Juan Manuel DEL VALLE (2016), *Los diez pecados capitales de los empleados públicos*, *op. cit.*, p. 69.

⁴³ No es casualidad que el art. 8 del Real Decreto 678/2023, de 18 de julio, por el que se regula la acreditación estatal para el acceso a los cuerpos docentes universitarios y el régimen de los concursos de acceso a plazas de dichos cuerpos, haya establecido que el nombramiento de los miembros de las comisiones que valoren las solicitudes de acreditación, cuando hayan sido elegidos por sorteo entre el personal en activo de los cuerpos docentes universitarios, será irrenunciable, salvo en los casos tasados y recogidos en la misma norma. Y tampoco es casualidad que ese carácter irrenunciable se destaque en el mismo preámbulo del Real Decreto.

⁴⁴ Valerio BONTEMPI (2021), «Il caso dei contratti derivati del MEF: come incentivare una *amministrazione difensiva*», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 4, 1 de julio de 2021, p. 506.

⁴⁵ Rocco CIFARELLI (2023), «Fiscal Liability and Defensive Bureaucracy Between Perception, Causes and Remedies: Food for Thought», *op. cit.*, pp. 8-9, apoyándose en los estudios de Zuliani *et al.*, concluye que los procedimientos por responsabilidad contable tramitados contra empleados públicos italianos, que están casi unánimemente considerados por la doctrina italiana como una de las principales causas de la «burocracia defensiva», acaban casi en la mitad de los casos sin declarar responsabilidad alguna.

responsabilidad. En el fondo, es posible que estos estudios de caso permitan sostener que cualquier exigencia de responsabilidad lleva implícito un cuestionamiento de la profesionalidad del empleado, aunque no se haga público, y que es este cuestionamiento lo que el empleado sufre como un mal añadido.

Paradigmático, a este respecto, resulta el caso estudiado por Poythress y Brodsky hace ya más de treinta años. El asunto tuvo su inicio en una alta médica dada en un hospital psiquiátrico de un Estado del sur de los Estados Unidos a uno de sus pacientes ingresados, paciente que, al poco tiempo de salir del hospital, asesinó a una persona. Ello dio lugar a que se declarara la responsabilidad patrimonial de varios miembros de la plantilla en primera instancia, al entender que el alta había sido resultado de una negligencia profesional. La sentencia fue finalmente casada y el personal liberado de toda responsabilidad, pero las personas implicadas sufrieron un impacto emocional que se tradujo en ira, desesperación, pérdida de confianza en el funcionamiento de su institución, jubilaciones anticipadas, aumento de la tensión familiar y en otras situaciones sociales, etcétera. El resultado de todo ello, por cierto, fue un descenso de alrededor del 40 por 100 durante los meses siguientes en el número de altas dadas a pacientes ingresados⁴⁶.

Finalmente, dentro del coste emocional debe incluirse el simple miedo, el temor, la angustia a que se produzcan cualesquiera de los daños mencionados. La mera posibilidad, considerada en abstracto, de que puedan tramitarse procedimientos y procesos judiciales de los que eventualmente se derivarán responsabilidades civiles o punitivas, junto con los costes reputacionales y económicos que conllevarán, debe incluirse dentro de los costes emocionales.

3.2.4. *El riesgo de violencia verbal y física*

Tal vez no es anecdótica, finalmente, la posibilidad de que los empleados públicos puedan ser objeto de violencia verbal o física. No solo ni principalmente por parte de otros empleados públicos de la Administración, sino por parte de los usuarios del servicio o de otros ciudadanos.

El ejercicio de funciones públicas puede conllevar ataques y pequeñas venganzas por parte de aquellos ciudadanos que se ven negativamente afectados por ellas. Pequeñas venganzas, conviene aclarar, no siempre ni necesariamente prohibidas por el ordenamiento ni, menos aún, susceptibles de castigo penal; por ejemplo, podrían adoptar diversas formas de molestia en redes sociales (ciber acoso de baja intensidad), lo que puede incluir recibir mensajes desagradables, inoportunos o impertinentes.

Este fenómeno de la violencia, verbal e incluso física, podría tener especial incidencia en algunos sectores, señaladamente en el ámbito educativo y en el ámbito sanitario. Un ejemplo conocido es el de aquellos profesores que no aparcen el coche cerca de los Institutos en que imparten clase para evitar que aparezcan rayados o con las ruedas misteriosamente pinchadas. Pero

⁴⁶ Norman G. POYTHRESS y Stanley L. BRODSKY (1992), «In the Wake of a Law Suit Negligent Release. An Investigation of Professional Consequences and Institutional Impact on a State Psychiatric Hospital», *Law and Human Behavior*, vol. 16, núm. 2, pp. 155-173.

también puede ocurrir que el jefe local de sanidad de una pequeña ciudad reciba una llamada telefónica en su casa, procedente del propietario de la marisquería más conocida de la ciudad, recordándole que tiene hijos y señalándole que quizá no debería haber emitido un informe que obligaba a cerrar la marisquería por sus problemas de salubridad, como le ocurrió al padre de quien escribe estas líneas.

No parece, por lo demás, que se trate de un problema exclusivo de España, pues la normativa francesa ha incluido expresamente, entre las garantías de los funcionarios, el deber de las entidades públicas de proteger a sus empleados contra ataques a su integridad física, violencias, actos constitutivos de acoso, amenazas, injurias, difamaciones o ultrajes de los que puedan ser víctima cuando no concurra culpa por su parte, así como el deber de reparar los daños resultantes de estas conductas que, en su caso, puedan sufrir⁴⁷.

Sin llegar a tanto, la violencia puede adoptar formas más sutiles, como un ejercicio de potestades administrativas especialmente perjudicial para su destinatario, lo que en ocasiones sirve para dar cauce a venganzas o represalias. Por ejemplo, una profesora que participa en la evaluación de contratos predoctorales para jóvenes investigadores de toda España y cuya intervención resulta determinante para decidir a quiénes se les conceden y a quiénes no, podría temer represalias por parte de los directores de tesis de los solicitantes (colegas de igual o superior categoría y antigüedad que la profesora evaluadora), en caso de que sus discípulos reciban una puntuación baja. Represalias que podrían consistir en que estos colegas fueran especialmente duros con ella si, por ejemplo, tuvieran que evaluarla en el futuro en otras convocatorias a las que dicha profesora concurriera como solicitante, como por ejemplo en convocatorias de proyectos de investigación, en solicitudes de acreditación como catedrática o en solicitudes de sexenios de investigación.

4. CIRCUNSTANCIAS QUE AUMENTAN LA PERCEPCIÓN DEL RIESGO DE QUE SE PRODUZCAN DAÑOS PARA EL EMPLEADO POR EJERCER SUS FUNCIONES

La mera existencia de un conjunto de daños y perjuicios que hipotéticamente puede sufrir un empleado público no es suficiente para que este adopte las conductas típicas de una «burocracia defensiva». Como he adelantado, y según creo, los empleados adoptarán este tipo de conductas cuando el riesgo percibido de sufrir perjuicios por ejercer sus funciones sea superior al riesgo percibido de sufrir perjuicios por no ejercerlas. En consecuencia, lo determinante no será la existencia en sí de muchos y variados perjuicios, todos ellos hipotéticos, sino la percepción de que el riesgo de sufrirlos sea excesivamente elevado en términos comparados. Solo cuando se alcance dicha percepción cabe esperar que los empleados públicos sentirán la necesidad de

⁴⁷ El art. L134-5 del *Code de la fonction publique* dispone: «*La collectivité publique est tenue de protéger l'agent public contre les atteintes volontaires à l'intégrité de sa personne, les violences, les agissements constitutifs de harcèlement, les menaces, les injures, les diffamations ou les outrages dont il pourrait être victime sans qu'une faute personnelle puisse lui être imputée. Elle est tenue de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté*».

protegerse, optando por no ejercer sus funciones a través de las técnicas que ya conocemos.

De acuerdo con esta premisa, se ofrece a continuación un conjunto de circunstancias que pueden aumentar la percepción del riesgo de que se produzcan daños para el empleado. Pero debe aclararse que se trata de un listado no exhaustivo y, probablemente, muy incompleto, pues puede haber otras muchas causas, incluso más relevantes, de las que nada se puede decir más allá de endebles especulaciones.

Por ejemplo, es posible que algunas de las circunstancias que afecten a la mayor o menor percepción del riesgo por parte de los empleados públicos estén relacionadas con su perfil demográfico. No creo que resulte irrelevante que la Administración pública española se encuentre actualmente muy envejecida, con una media de edad solo superada por Italia y Grecia⁴⁸. Sin embargo, a falta de estudios empíricos, no es posible pronunciarse sobre cómo afecta esto a la percepción del riesgo por parte de los empleados públicos. ¿Son más temerosos los empleados públicos de mayor edad o los de menor edad? ¿Sienten los empleados más veteranos mayor aversión al riesgo en que pueden incurrir en su trabajo, por ejemplo, porque consideran que ese riesgo no será compensado por las posibles ventajas que obtengan en una carrera que está ya terminando? ¿Sienten, por el contrario, menor aversión al riesgo, precisamente porque consideran que con una carrera que está ya en sus últimas fases tienen poco o nada que perder? Creo que pueden formularse lícitamente preguntas similares respecto al grado de feminización o masculinización del empleo público (¿sienten mayor aversión al riesgo las empleadas públicas o los empleados públicos?). De hecho, la evolución a lo largo del tiempo de ambos valores (edad y sexo) permitiría investigar posibles correlaciones con el aumento/disminución de casos de «burocracia defensiva».

4.1. La complejidad del ordenamiento como fuente de incertidumbre. En especial, respecto a las competencias del empleado

Una de las causas por la que los empleados públicos pueden considerar que el riesgo de sufrir daños al que se enfrentan en caso de ejercer sus funciones es elevado podría vincularse a lo que se percibe como una creciente complejidad del ordenamiento, lo que generaría una situación de inseguridad e indeterminación cada vez mayores respecto a cómo deben ejercerse correctamente las propias funciones. Este argumento, acogido por numerosos autores⁴⁹ y al que instintivamente podemos atribuir una cierta capacidad

⁴⁸ Este y otros datos demográficos de especial interés pueden encontrarse en Carmen BLANCO GAZTANAGA (2021), «Hacia una Administración más profesional», en Josefa CANTERO MARTÍNEZ (coord.), *Continuidad versus transformación: ¿qué función pública necesita España?*, Madrid, INAP, p.251.

⁴⁹ Desarrolla extensamente este argumento, aliñándolo con algunas ideas procedentes de las ciencias conductuales, Luca DI DONATO (2023), «Defensive Behaviour and Bad Regulation: Problems and Remedies», *op.cit.*, También lo recogen José Ramón CHAVES GARCÍA (2019), «Debilidades sustantivas y procesales de los funcionarios en defensa de sus funciones», *op.cit.*, p.401; Stefano BATTINI y Francesco DECAROLIS (2019), «L'Amministrazione si difende», *op.cit.*,

explicativa del fenómeno, descansa en la denuncia de los consabidos males de los sistemas jurídicos de nuestro tiempo: existencia de múltiples fuentes normativas, vinculadas a un número cada vez mayor de niveles de gobierno (infralocal, local, supralocal, regional, nacional, supranacional, internacional), aprobación incesante de nuevas normas, jurisprudencia cambiante y no siempre uniforme, etcétera⁵⁰. Todo ello, se dice, acrecienta la complejidad del ordenamiento y sería este aumento de la dificultad para manejarse en el ordenamiento lo que aumentaría la percepción del riesgo.

Personalmente, no me resulta una explicación muy convincente. La idea de que el ordenamiento jurídico es cada vez más complejo me parece un miembro destacado de la sospechosa familia de ideas «cualquier tiempo pasado fue mejor», a la que pertenecen otros ilustres miembros como «los alumnos llegan cada vez peor preparados a la Universidad» o «ya no hay programas de televisión como los de antes». No tengo noticia de ningún jurista que haya considerado nunca que el Derecho fuera más sencillo en su época que en épocas pasadas, pero sí que conozco muchos ejemplos de lo contrario. Por ejemplo, la identificación de la «legislación motorizada» y la propia creación de este concepto, que tantas y tan amargas quejas genera, se remontan, como mínimo, a un trabajo de Carl SCHMITT de 1950⁵¹. Hace setenta y cinco años, por tanto, los juristas ya nos quejábamos de lo ingobernable de los ordenamientos contemporáneos. Y eso ocurría en un momento que hoy consideramos de apogeo del Estado nación y del monopolio estatal del Derecho, propio de una «Europa de las naciones» en la que aún ni siquiera se habían firmado el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni el Tratado de París, por el que se creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

Sospecho, además, que ese sentimiento compartido por los juristas a lo largo del tiempo no se debe tanto a que los ordenamientos sean cada vez más complejos, sino a que los juristas, en su carrera profesional, van siendo progresivamente conscientes de la amplitud, la vastedad y la inconmensurable complejidad de un ordenamiento del que, en rigor, apenas sabían nada cuando acabaron sus estudios de Derecho⁵².

pp.311-314; Luisa TORCHIA (2020), «La responsabilità amministrativa», *op. cit.*, p. 764; Alessandra BATAGLIA, Stefano BATTINI *et al.* (2021), «“Burocrazia difensiva”: cause, indicatori e rimedi», *op. cit.*, pp. 1298-1299; Valerio BONTEMPI (2021), «Il caso dei contratti derivati del MEF: come incentivare una amministrazione difensiva», *op. cit.*, p. 506; Livia LORENZONI (2023), «Defensive bureaucracy in Italy: an Introduction», *op. cit.*, p. 10; Maria Cristina CAVALLARO (2024), «Gli spazi e il ruolo dell'amministrazione pubblica: il problema dell'amministrazione difensiva», *op. cit.*, p. 1.

⁵⁰ En rigor, y como acertadamente señalan Alessandra BATAGLIA, Stefano BATTINI *et al.* (2021), «“Burocrazia difensiva”: cause, indicatori e rimedi», *op. cit.*, p. 1299, tan perturbadora como la *nomorrea* o superproducción normativa puede resultar la *anomia* o ausencia de normas necesarias para resolver asuntos concretos que demandan soluciones específicas.

⁵¹ Carl SCHMITT (1950), *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübinga, 1950; reimpresso en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlín, Duncker & Humblot, 1958, pp. 404 y ss.; *apud* Luis LEGAZ LACAMBRA (1958), «Legalidad y legitimidad», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 101, 1958, p. 13.

⁵² Pocos autores más conscientes de esta realidad vital que Alejandro Nieto, quien ha contado su propia evolución en primera persona a lo largo de varias décadas. Naturalmente, Alejandro NIETO (2017), *Testimonios de un jurista (1930-2017)*, *op. cit.*, p. 238, consideraba que vivimos en el peor de los mundos posibles: «El Derecho es hoy más incierto que nunca, las leyes no son fiables y menos aún los jueces, impávidos creadores de una jurisprudencia contradictoria; mientras que la doctrina ya no tiene energía para ordenar este caos y ni siquiera ánimos para intentarlo». Pero

Si estoy en lo cierto y los juristas siempre hemos tenido la sensación de que el ordenamiento es cada vez más complicado, estaríamos ante una constante, lo que difícilmente puede justificar la aparición de un fenómeno que sí parece nuevo.

Argumento levemente distinto, y que creo más correcto, es el de la incertidumbre del empleado público respecto a las posibles consecuencias de sus actos. Como hemos indicado, lo que determina la adopción de prácticas típicas de la «burocracia defensiva» es el «riesgo percibido» por el empleado de que podrán derivarse consecuencias negativas del ejercicio de sus funciones. La incertidumbre respecto a tales consecuencias puede hacer que el «riesgo percibido» sea mayor. Pero el problema, conviene insistir, no es tanto la complejidad del ordenamiento, lo que acaba siendo un cliché, como el no saber cómo será evaluada la conducta y qué consecuencias podrá desencadenar. Es decir, un sector ordinamental plagado de normas nacionales e internacionales, cambiantes y altamente técnicas, no tiene por qué dar lugar a incertidumbre en el empleado público encargado de aplicarlas (que, no se olvide, es justamente un especialista en su sector) si las pautas interpretativas están claras y son respetadas por todos los operadores jurídicos, incluidos muy especialmente los jueces. A un empleado público diligente le es exigible que sea capaz de entender adecuadamente el ordenamiento. Lo que no le es exigible es que pueda prever cambios interpretativos o interpretaciones extravagantes e inesperadas de la norma. Hacen mucho más daño en la confianza del empleado público los vaivenes y titubeos judiciales que la acumulación inacabable de normas. Un empleado público (en rigor, cualquier jurista) tiene instrumentos para encontrar una interpretación conforme de dos o más normas aparentemente contradictorias entre sí, pero está inerme, desarmado ante dos sentencias que, ante un caso idéntico, dan soluciones distintas.

Como una modalidad especial de esta incertidumbre, podrían señalarse las dudas que en ocasiones existen respecto a cuáles son las competencias de un órgano o de una Administración. Por ejemplo, parece que puede afirmarse que el comportamiento desgraciadamente errático y titubeante de buena parte de la Administración sanitaria en España durante la gestión de la pandemia de covid-19 se debió a que la Administración no sabía lo que podía y lo que no podía hacer. O, mejor dicho, no sabía cómo debía hacer lo que sabía que tenía que hacer y sus miembros temían incurrir en graves responsabilidades por las decisiones que adoptaran. Como ha denunciado, entre otros, Manuel Izquierdo, durante la pandemia asistimos a la confirmación de los peores temores que una parte (lamentablemente minoritaria) de la doctrina española llevaba expresando desde hacía décadas frente a la frivolidad con la que se venían tratando los poderes de policía de la Administración en España. La Administración, a la que se ha repetido (erróneamente) hasta la saciedad que no puede actuar salvo cuando cuente no solo con habilitación legal,

lo cierto es que él mismo aportó una de las críticas más demoledoras al mito del «monopolio estatal del Derecho»: sencillamente, no es cierto que el Estado controlara nunca el Derecho ni que tuviera el monopolio sobre él; a lo sumo, fue una aspiración nunca alcanzada. El Derecho nunca fue sencillo, porque los elementos que conforman el ordenamiento jurídico nunca se han reducido a la ley escrita. Y solo un necio confunde Ley y Derecho. Alejandro NIETO (2017), *Testimonios de un jurista (1930-2017)*, op. cit., pp. 228-231.

sino con normas que describan con todo detalle cómo intervenir, se acobardó y no supo actuar. Su solución fue atroz en un momento en el que se exigía rapidez y decisión: obligar a que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa actuaran como un mecanismo de control *ex ante*, participando en la configuración de la decisión, en lugar de como un mecanismo de control *ex post*, supervisando su legalidad⁵³.

4.2. La hipersensibilidad hacia la corrupción

En las últimas décadas, y en su mayor parte para bien, se ha producido un notable desarrollo de las políticas anticorrupción en el ordenamiento español. Estas políticas se han desarrollado en el ámbito normativo, con un papel protagónico de normas punitivas, esencialmente penales, pero también procesales (fiscalía anticorrupción) y administrativas. Se trata de un fenómeno también acontecido en Italia, en especial a partir de 2012 y en muchos otros ordenamientos de nuestro entorno⁵⁴.

Estos cambios normativos han generado una nueva cultura política, radicalmente intolerante con la corrupción, que tiene el saludable efecto de fortalecer las instituciones públicas. No obstante, de manera un tanto frívola, esta nueva cultura política ha exaltado con frecuencia la sospecha y la desconfianza hacia la Administración, lo que ha generado una cierta paranoia en algunos empleados públicos⁵⁵. Entre los últimos ejemplos de dicha cultura política seguramente deba destacarse la «Directiva *whistleblowing*», que convierte a todos los empleados públicos en controladores y eventuales denunciantes (o denunciados) de (o por) cualquiera de sus compañeros, subordinados y superiores⁵⁶.

Al extenderse el convencimiento entre la población de que todos los empleados y cargos públicos son corruptos o están en vías o en riesgo grave de serlo, algunos de ellos reaccionan adoptando posturas hiperlegalistas que pueden conducir a la parálisis de la Administración. En efecto, no hay alcalde, presidenta de Diputación o pleno que se atreva a adoptar acuerdos que hayan recibido informes negativos por parte de sus órganos locales de control, por disparatados que puedan ser tales informes y aunque no resulten vinculantes. Levantar tales reparos, por ajustado a Derecho y conveniente al interés general que pueda resultar, acaba siendo tarea de locos o titanes, pues quienes lo hacen se exponen a la inmediata denuncia de la oposición ante los medios de comunicación y ante los órganos judiciales penales, a posibles

⁵³ Manuel IZQUIERDO CARRASCO (2022), «El Derecho Administrativo permanece: COVID-19 y la teoría de la policía administrativa», *op. cit.*, pp. 33-36.

⁵⁴ Alessandra BATAGLIA, Stefano BATTINI *et al.* (2021), «“Burocrazia difensiva”: cause, indicatori e rimedi», *op. cit.*, p. 1301.

⁵⁵ Luisa TORCHIA (2020), «La responsabilità amministrativa», *op. cit.*, p. 764.

⁵⁶ Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Sobre la complicada justificación ética de esta opción legislativa y la necesidad de vincularla al «utilitarismo de la regla», Manuel VILLORIA MENDIETA (2021), «Un análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 desde la ética pública y los retos de la implementación», *Revista Española de Transparencia*, núm. 12, pp. 20-23.

linchamientos mediáticos por corrupciones imaginadas o, como mínimo, no probadas y, en el mejor de los casos, al deterioro irremediable de su imagen pública y buen nombre, pues el «denuncia, que algo queda» tiene un injusto poso de verdad.

Todo ello se acompaña de un antipático sensacionalismo periodístico que alimenta esta cultura de la sospecha, necesariamente demagógica. Por ejemplo, a lo largo de tres años, el diario *El País*, el más leído de España, dedicó 169 portadas a acusar de corrupto a Francisco Camps, presidente de la Generalidad de Valencia, quien tras 16 años de procesos judiciales resultó absuelto, en 2024, de todas las acusaciones de las que había sido objeto⁵⁷. Son igualmente innumerables las páginas que la prensa dedicó al «caso Mercasevilla» (origen del aún más mediático «caso de los ERE», ya referido más arriba), presentado como epítome de todas las corrupciones que en el mundo han sido, pero en el que finalmente quedaron absueltos trece de los catorce acusados y en el que el único condenado lo fue por haber concedido una beca a la hija del presidente de la Asociación de Mayoristas de Pescados para que realizara sus estudios en Londres.

No parece exagerado hablar de «hipersensibilidad» por cuanto los estudios sociológicos señalan de manera constante que «la corrupción percibida es bastante mayor que aquella que los datos sustentan»⁵⁸. En efecto, parece que «la exposición mediática masiva del asunto en cabeceras de programas de televisión, portadas de periódicos y de cualquier otra fuente de información, altera sustancialmente la percepción ciudadana del problema»⁵⁹. Se trata, además, de un problema global, pues la mayoría de los ciudadanos perciben que el principal problema del mundo es, justamente, la corrupción⁶⁰.

Cuanto más se acentúa esta tendencia social, mayor es el riesgo percibido por el empleado público de que el menor de sus errores pueda dar lugar a consecuencias extremadamente graves y desproporcionadas, lo que hará más atractiva la opción de acudir a técnicas propias de la «burocracia defensiva» que le permitan no ejercer sus funciones.

4.3. La necesidad social de culpables

De manera similar a la hipersensibilidad hacia la corrupción desarrollada en nuestras modernas sociedades, existe también una decidida evolución social que ha llevado a desarrollar una ceguera cada vez mayor frente a lo fatal,

⁵⁷ El periodista Arcadi ESPADA (2008) dedicó un acabado análisis a este tratamiento a un acusado por parte de uno de los periódicos de referencia en España en su ensayo *Un buen tío. Cómo el populismo y la posverdad liquidan a los hombres*, Barcelona, Ariel.

⁵⁸ Manuel VILLORIA MENDIETA y Fernando JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2012), «La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos», *REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 138, p. 128).

⁵⁹ Laura ROMÁN MASEDO (2016), «Burocracia, política y corrupción en España», *Estado, Gobierno y Gestión pública*, núm. 27, p. 135.

⁶⁰ Leslie HOLMES (2015), *Corruption. A very short introduction*, Oxford University Press, Oxford, p. XII, *apud* Laura ROMÁN MASEDO (2016), «Burocracia, política y corrupción en España», *op. cit.*, p. 133.

frente a lo inevitable. Evolución que también se cuenta entre los factores que llevaron a la aparición de la «medicina defensiva».

Las sociedades modernas, ampliamente urbanizadas, desconectadas del campo y la vida rural, han olvidado la brutalidad de la naturaleza y el carácter esencialmente injusto de la vida. Las sociedades modernas no aceptan la enfermedad ni la muerte como algo natural. Al revés, la visión del mundo se ha invertido hasta el punto de considerar que lo excepcional (que es sobrevivir) es lo normal, lo que se da por descontado, lo que no necesita explicación. Y, a la inversa, que lo normal (que es sucumbir) es lo excepcional, lo que necesita explicación. Paradigmáticos, a este respecto, resultaron los comentarios de muchos medios de comunicación, un tanto decepcionados cuando se hizo público que el certificado de defunción de la reina Isabel II de Inglaterra, fallecida a los 96 años, señalaba como única causa de la muerte, sencillamente: «Old age».

En el ámbito médico, esta evolución social ha ido derivando, como no podía ser de otra forma, hacia una búsqueda de responsables, de culpables, cada vez que se produce una muerte: si ha habido un fallecimiento —que es algo anormal, se piensa—, es porque alguien lo ha provocado o, como mínimo, porque no lo ha impedido. Y algo similar se ha producido también en relación con la Administración, a quien se le exige un papel de garante absoluto de la seguridad total de la sociedad. No se acepta el azar, lo imprevisible, lo inesperado. Se rechazan como imposibles metafísicos las catástrofes naturales, la fuerza mayor, el riesgo inherente a toda actividad humana. Cualquier catástrofe se debe a que alguien la ha provocado, a que no la ha evitado o, como mínimo, a que no ha minimizado sus efectos hasta hacerlos prácticamente desaparecer. Y ese alguien es la Administración.

La situación, obviamente, no es exclusiva de España. En relación con Francia, Froment advertía hace ya veinte años, coincidiendo con el cambio de siglo, cómo los administrados sienten un deseo exacerbado de seguridad y cómo, cuando esta no se les garantiza, aumenta su voluntad de ver a los responsables castigados por el juez penal: «paradójicamente, en una sociedad organizada y compleja en la que el número de calamidades ha disminuido, cualquier disfunción, cualquier accidente y cualquier fatalidad se consideran insoportables y constituyen así un verdadero problema social»⁶¹.

Pero no basta, ni siquiera, con que la Administración responda patrimonialmente. No es una mezquina cuestión de dinero, pues, en la conocida expresión de Rudolf von Jhering, en *La lucha por el Derecho*, «no se va al proceso, no se litiga por el valor —mezquino, quizá—, del objeto, sino por una razón ideal, por la defensa de la persona y de su sentimiento jurídico»⁶². La sociedad exige algo más que un responsable, exige un culpable. Y esa culpabilidad, dado que el ordenamiento jurídico español niega la responsabilidad penal de las personas jurídicas públicas, tiene que recaer en alguna de las

⁶¹ Jean-Charles FROMENT (2001), «Remarques sur les enjeux et la portée d'une "criminalisation" du droit administratif», *Revue du Droit Public* núm. 2/2001, pp. 586-589.

⁶² Rudolf VON JHERING (2018), *La lucha por el Derecho*, Madrid, Dykinson, p. 63 [Edición, estudio preliminar y edición de Luis LLOREDA ALIX, sobre la traducción de Adolfo POSADA de 1881].

personas físicas que se encuentran dentro de ellas: sus dirigentes o, más frecuentemente, sus empleados.

En consecuencia, cuanto más se acentúe esta tendencia social, mayor será el riesgo percibido por el empleado de que el ejercicio de sus funciones puede acarrearle consecuencias negativas bajo forma de insaciables exigencias de responsabilidad punitiva.

4.4. La proliferación de controles

Si España es un país de corruptos solo puede deberse a que es un país de genios del mal y a que su Administración pública es un ente a la altura de *Spectra*, la organización terrorista secreta que Ian Fleming inventó para sus novelas de *James Bond*. No puede ser de otra forma atendiendo a la tupida red de procedimientos y órganos de control, vigilancia, inspección, fiscalización, supervisión, certificación y verificación, tanto públicos como privados, tanto nacionales (incluyendo regionales y locales) como internacionales, tanto judiciales como administrativos (internos y externos), parlamentarios o independientes que existen. A ellos se suman normativas cada vez más detalladas en las que se establecen los principios que deben inspirar y los límites que deben marcar la actuación de los empleados públicos y de cuantas personas trabajan en la Administración.

La ética pública es un ámbito con una densidad normativa pasmosa. Solo en el ámbito estatal, el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre) recoge doce fundamentos de actuación (art. 1.3), doce principios éticos (art. 53) y once principios de conducta (art. 54); la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, establece siete principios generales de buen gobierno y otros nueve principios de actuación (art. 26); mientras que la Ley 3/2015, reguladora del ejercicio del alto cargo, añade otros cinco principios más (art. 3). Cada una de estas leyes contiene, naturalmente, un vasto régimen sancionador para reaccionar frente al incumplimiento de sus mandatos y prevé la creación de algunos órganos (como la Oficina de Conflicto de Intereses) o procedimientos (como el Sistema de alerta para la detección temprana de conflictos de intereses), todo ello para garantizar la ejemplaridad de cuantos servidores públicos se integran en la Administración General de Estado y sus aledaños, todos ellos también sometidos a códigos de buenas prácticas, códigos deontológicos, cartas de servicio, etcétera.

Seguramente son pasos necesarios para la implantación de una cultura del control y una ética pública fuerte, lo que resulta a su vez imprescindible para alcanzar una democracia sólida y duradera, pues pocas cosas hacen tanto daño a una democracia como la corrupción. Ahora bien, no es descartable que esta hiperabundancia de normas, órganos y procedimientos de control pueda percibirse como excesiva e inútil por quienes están sometidos a ella. Y disuasorias de toda actividad. Así ocurriría, por ejemplo, en aquellos casos en que las políticas de evaluación y control de la actividad pública acaban convertidas en un fin en sí mismas, olvidando que solo son un medio para la mejora de la Administración, de modo que acaban detrayéndose del propio

servicio público tiempo y recursos escasos y valiosos que se invierten en meras formalidades sin incidencia en la mejora del servicio. En este sentido, se ha detectado que, en ocasiones, el evitar las quejas, incluso cuando estas son infundadas, acaba convirtiéndose en el objetivo institucional primordial de algunas Administraciones, lo que ha sido calificado, justamente, como una forma de «administración defensiva»⁶³. Peor aún son los casos en los que las actuaciones de evaluación y control sobre algunos empleados por parte de sus superiores son el resultado de motivos espurios, que pueden incluir persecuciones políticas, ideológicas o de otro tipo.

Todo ello puede hacer, razonablemente, que los empleados públicos se sientan intranquilos y que consideren prudente adoptar ciertas medidas de defensa. Por ello, no es descartable que todo esto acabe siendo contraproducente: un modelo excesivamente normativizado de actuación administrativa y opresivamente controlado, lejos de ser bueno para conseguir una Administración pública fuerte y saludable, podría acabar sofocándola y esclerotizándola⁶⁴. Pero adelantemos, para evitar equívocos, que la alternativa a esta situación no es la completa supresión de todos estos controles. El exceso no se combate con más radicalismo, solo que de signo contrario, sino con la templanza y la mesura.

4.5. El aumento de la transparencia

No ya el aumento de los controles, sino la creciente transparencia exigida a la Administración en su actividad puede generar situaciones incómodas para sus empleados que, objetivamente, incidan en el desempeño de sus funciones.

El empleado público trabaja más a gusto cuando es anónimo. De hecho, no es descartable que, en algunos casos, sirva mejor al interés general actuando de manera anónima: así se acepta con habitualidad, por ejemplo, en el ámbito científico, donde los artículos y *papers* son sometidos a evaluaciones que llevan a cabo pares ciegos y anónimos como paso previo a la publicación en revistas. El anonimato de los evaluadores se considera, con total normalidad, un requisito esencial para garantizar su independencia, pues se estima que solo así se sentirán los evaluadores plenamente libres de expresar el juicio que de verdad les merezca el trabajo evaluado, sin miedo a presiones ni a posibles represalias por parte de sus autores.

Sin embargo, una comprensión errónea de la exigencia de transparencia y del llamado gobierno abierto ha dado lugar a posturas maximalistas, con-

⁶³ Txetxu AUSÍN Díez (2012), «Ética de las Administraciones», *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 1/2012, p. 146; y (2015), «Ética pública para generar confianza», *Revista vasca de gestión de personas y organizaciones públicas*, núm. 9, p. 36.

⁶⁴ Especialmente crítico con el excesivo protagonismo que han adquirido en Italia el juez administrativo, el juez penal, la *Corte dei Conti* y la *Autorità nazionale anticorruzione* (ANAC) en el control de la Administración pública, Sabino CASSESE, *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, *op. cit.*, pp. 70-72 y 113. En sentido similar, Rocco CIFARELLI (2023), «Fiscal Liability and Defensive Bureaucracy Between Perception, Causes and Remedies: Food for Thought», *op. cit.*, p. 11.

forme a las cuales absolutamente toda la actividad administrativa debe estar sometida a escrutinio en tiempo real. Como con casi todo, la absolutización del principio de transparencia puede ser perjudicial, en ciertos casos, para el interés general.

Seguramente se puede convenir en que un principio de transparencia total paralizaría la actividad política de los países, puesto que ciertas negociaciones requieren discreción para evitar presiones externas que podrían malograr el resultado final⁶⁵. Pues bien, del mismo modo, no debe extrañar que algunas actuaciones administrativas requieran un cierto grado de discreción para poder alcanzar un suficiente nivel de eficacia. Nada de esto obsta al pleno control a posteriori de la resolución o la actuación final. Se trataría, más bien, de matizar o excepcionar, cuando así esté justificado, el deber de informar en tiempo real.

También frente a algunos de estos excesos, los empleados públicos pueden considerar desproporcionadamente elevado el riesgo de que se deriven consecuencias negativas para ellos y optar, en consecuencia, por establecer mecanismos de defensa propios de una «burocracia defensiva».

4.6. La cercanía, tanto territorial como personal, al ciudadano

El principio de subsidiariedad, que goza de gran fama en el ámbito del Derecho público y que, en el caso del Derecho de la Unión Europea, tiene rango de principio general del Derecho de naturaleza constitucional (art. 5.3 Tratado de la Unión Europea), establece que las decisiones deben adoptarse en el nivel más próximo posible al ciudadano. Así se ha intentado en muchos casos, potenciando procesos de descentralización territorial o de apoyo a la autonomía local. Sin embargo, la cercanía al ciudadano en el ejercicio de potestades públicas tiene un precio: resulta mucho más desagradable ejercer potestades que tengan como resultado una decisión distinta a la deseada por su destinatario, porque en las Administraciones más próximas al ciudadano se establecen relaciones personales directas entre el empleado público y el ciudadano.

Esto es especialmente cierto en Administraciones muy pequeñas, como algunos municipios o como las Universidades públicas, en las que la cercanía es física. No son extraños los casos de municipios o de Universidades en los que el alcalde o el rector no quieren ejercer sus potestades sancionadoras por no enemistarse con los vecinos o con los miembros de la comunidad universitaria, por considerarlo un coste excesivo, por ejemplo, a efectos de su reelección para un nuevo mandato. Pero en otros niveles inferiores de la Administración, no políticos, sino meramente burocráticos, la cercanía también puede convertirse en una circunstancia que inhiba a los empleados públicos del ejercicio de sus funciones por el coste personal que supone el deterioro de relaciones con personas con las que hasta ese momento se mantenía una relación correcta o incluso cordial. De este modo, es posible que un policía

⁶⁵ Daniel INNERARITY (2013), «De dominio público», *El País*, 23/04/2013.

municipal de un pueblo de 300 habitantes, en el que todos los vecinos se conocen personalmente, no ejerza sus funciones con la misma libertad que un policía local de una ciudad de 300 000 habitantes. Y ello aun cuando ambos estén sometidos exactamente al mismo marco normativo.

Una cercanía personal especialmente intensa se da también en los procesos de autorregulación o en la atribución del ejercicio de potestades públicas a grupos de individuos determinados. Por ejemplo, los abogados o los arquitectos o los farmacéuticos de un Colegio profesional, especialmente en los de menor tamaño, se conocerán personalmente entre sí. Y, sin llegar a tanto y por retomar un ejemplo ya utilizado, el profesorado universitario quizá no se siente cómodo evaluando a sus compañeros para la concesión de sexenios, justamente porque su proximidad facilitará que se puedan producir algunos perjuicios que preferiría evitar.

4.7. La banalización del contencioso-administrativo y el uso abusivo del proceso penal

Hace décadas que se viene advirtiendo de que en muchos países de nuestro entorno, quizá con especial intensidad en los países de *régime administratif*, se acude con una frecuencia creciente al juez penal para que se ocupe de cuestiones que, en principio, deberían corresponder al juez administrativo. Es «la moda de los procesos penales»⁶⁶.

Este fenómeno, que ha permitido hablar de una «banalización de la acción administrativa», se presenta, en ocasiones, como algo positivo, como el triunfo del Estado de derecho y del sometimiento pleno a la Ley de una Administración y unas actividades administrativas que gozaban de una inaceptable impunidad. De hecho, uno de los agentes más activamente implicados en este proceso ha sido la propia justicia penal, cuyos tribunales han elaborado líneas jurisprudenciales que han ido mucho más lejos de las cautas previsiones del legislador⁶⁷. De algún modo, estos razonamientos vendrían a constatar el fracaso del contencioso-administrativo como vía útil para dar satisfacción plena a la demanda de justicia por parte de los ciudadanos⁶⁸. España no es una excepción en esta tendencia.

⁶⁶ Santiago MUÑOZ MACHADO «De los delitos y las penas: ayer y hoy» en Santiago MUÑOZ MACHADO (ed.), *Los grandes procesos de la historia de España*, Madrid, Iustel, 2.ª ed., pp. 687-688, lamenta que «no hay alcalde o concejal que no sufra al año querellas de toda clase por otorgar, por ejemplo, licencias cuya validez puede resolverse en vía administrativa o contencioso-administrativa, y que no presentan relevancia penal».

⁶⁷ Una amplia exposición de esta tendencia en Italia, en relación con diversos delitos, en Vico VALENTINI (2020), «Burocrazia difensiva e *restyling* del'abuso d'ufficio», *op. cit.*, pp. 504-506, quien destaca expresamente el impacto que ello ha podido tener en el desarrollo de una «burocracia defensiva».

⁶⁸ Jean-Charles FROMENT (2001), «Remarques sur les enjeux et la portée d'une 'criminalisation' du droit administratif», *op. cit.*, pp. 556-559 y 584, considera que, en el caso de Francia, el control de la Administración por parte del juez penal, esto es, el sometimiento al control del juez judicial, ha conllevado también un replanteamiento de las relaciones entre Estado y sociedad civil, es decir, entre Derecho Administrativo (público) y Derecho común (privado), puesto que en Francia el Derecho penal no tiene la consideración de Derecho público, sino privado.

El Derecho penal debería utilizarse solo en casos de especial gravedad, evitando usos banales y frívolos. Pero el contencioso-administrativo es demasiado débil e indulgente con una Administración pública que ya no le tiene miedo y que le ha perdido todo el respeto. Los ciudadanos han descubierto que lo que verdaderamente aterroriza a la Administración es la responsabilidad penal y, una vez que han comprobado que funciona, ya no pueden parar de usarla.

¿Qué hace tan atractivo al proceso penal como vía de control de la Administración? Hay varios elementos. Por un lado, los tribunales penales no limitan su actuación a la imposición de eventuales castigos a las autoridades y funcionarios contra los que se inician actuaciones penales, sino que también declaran la nulidad de actos y contratos administrativos, lo que justifican argumentando que se trataría de una manifestación de la responsabilidad civil derivada del delito⁶⁹. Es francamente discutible que tales declaraciones de nulidad deban incluirse dentro de la responsabilidad civil derivada del delito y, probablemente, exigirían una previsión normativa expresa en lugar de reposar sobre simples construcciones judiciales, como ocurre en la actualidad⁷⁰. En todo caso, lo que sí entra claramente dentro de la responsabilidad civil derivada del delito es el restablecimiento de la realidad física alterada y, sobre todo, la indemnización patrimonial que pueda corresponder. Es decir, la vía penal ejercida contra los empleados públicos permite conseguir lo mismo que la vía contencioso-administrativa.

Por otro lado, la acción penal, configurada en el ordenamiento español como una acción popular (arts. 101 y 270 Ley de Enjuiciamiento Criminal), es más fácilmente ejercitable que la acción contencioso-administrativa, que exige demostrar la existencia, al menos, de un interés legítimo en el asunto (salvo, precisamente, aquellos sectores en los que, por excepción, se reconoce también la acción popular en el contencioso-administrativo, como el

⁶⁹ En España se han ocupado ampliamente de ello Felio José BAUZÁ MARTORELL (2017a), «La injerencia penal en la invalidez administrativa», en Fernando LÓPEZ RAMÓN y Francisco VILLAR ROJAS (dirs.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, AEPDA/INAP, pp. 117-126; (2017b), «Anulación de licencias urbanísticas por sentencias penales», en Felio José BAUZÁ MARTORELL (dir.), *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*, Hospitalet, Bosch, pp. 99-103; (2017c), «El contrato administrativo: entre la validez y el delito», en Felio José BAUZÁ MARTORELL (dir.), *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*, Hospitalet, Bosch, pp. 175-203; y Carlos AYMERICH CANO (2015), *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, Cizur Menor, Aranzadi; (2017), «Sentencia penal y contrato administrativo: entre la validez y la eficacia», en Felio José BAUZÁ MARTORELL (dir.), *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*, Hospitalet, Bosch, pp. 137-174; (2019), «Corrupción, nulidad y decomiso de contratos. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Segunda), de 8 de junio de 2018 (caso Noos) y de 11 de noviembre de 2018», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 113, pp. 365-383.

⁷⁰ En el caso de Francia, por ejemplo, el art. 111-5 del *Code Pénal* establece que la jurisdicción penal es competente «para interpretar los actos administrativos, tanto reglamentarios como individuales, y para apreciar su legalidad cuando de ello dependa la solución al proceso penal que esté tramitando» [«Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis»]. Lo cierto, sin embargo, es que esta previsión normativa, en vigor desde 1994, simplemente vino a consagrar la posición que desde 1951 venía sosteniendo el Tribunal de Conflictos, o sea que también en Francia el control de legalidad de los actos administrativos por parte del juez penal fue primeramente reconocido por la jurisprudencia y solo tiempo después consagrado por el legislador.

urbanístico). Esto permite que cualquier persona pueda acusar y poner en marcha un proceso penal contra autoridades y funcionarios, lo que genera «posibilidades y tentaciones enormes»⁷¹. Además, la vía penal no solo permite superar posibles problemas de legitimación que podrían aparecer en la vía contencioso-administrativa, sino que junto a ello devienen también irrelevantes otros obstáculos procesales que pueden aparecer en esta última, como la posible firmeza del acto o el no agotamiento previo de la vía administrativa⁷².

Finalmente, aunque sea un elemento de naturaleza extrajurídica, resulta también determinante que la vía penal sea mucho más intimidante que el proceso contencioso-administrativo. Su carácter presencial obliga al acusado a entrar en contacto real, directo, físico con la Justicia, a comparecer ante el juez o tribunal, a enfrentarse al fiscal, a sentarse en el banquillo de los acusados. Todo lo cual puede ser contemplado (y transmitido por los medios de comunicación) como un espectáculo que es parte y adelanto de un castigo que, quizá, no llegará nunca⁷³.

Se objetará, y es cierto, que precisamente el proceso penal reúne el mayor nivel de garantías para los ciudadanos de todos los procesos judiciales de nuestro ordenamiento. En consecuencia, puestos a estar sometidos a escrutinio judicial, puede afirmarse que los empleados públicos están mucho más seguros en el marco de un proceso penal que en el marco de un contencioso-administrativo y no digamos ya en el de un mero procedimiento administrativo. Por este motivo, de hecho, creo que aciertan los autores que sostienen, en un recto entendimiento del principio de *ultima ratio*, que el *ius puniendi* del Estado debe ejercerse primera y principalmente a través de los órganos del Poder Judicial, acudiendo solo excepcionalmente y cuando concurran circunstancias de interés público que así lo aconsejen, a los mecanismos del Derecho administrativo sancionador. Y ello, precisamente, porque este último, a pesar de todas las garantías con las que se ha ido rodeando paulatinamente, sigue siendo mucho menos garantista, por su propia naturaleza, que el Derecho penal aplicado por el Poder judicial⁷⁴.

⁷¹ Manuel REBOLLO PUIG (2019), «El control de la Administración por la jurisdicción penal», *op. cit.*, p. 156.

⁷² Sobre todo ello, Manuel REBOLLO PUIG (2019), «El control de la Administración por la jurisdicción penal», *op. cit.*, p. 177, quien añade, en relación con la exigencia de responsabilidad civil, que la vía penal permite también esquivar el plazo de prescripción de un año que existe para ejercer la acción en el ámbito administrativo (art. 67.1 Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas) y la obligación de tramitar procedimiento previo ante la Administración como requisito procesal previo al inicio de la vía contencioso-administrativa.

⁷³ Ampliamente sobre esta concepción del proceso penal como espectáculo, Antonio JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ (2011), «El juez penal y el control de la Administración: notas sobre la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009, asunto *Andratx*», en Francisco LÓPEZ MENUDO (coord.) *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, pp. 710-713.

⁷⁴ Sobre todo ello, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR (2014), «Los confines de las sanciones. En busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, núm. 195, pp. 135-167, y Manuel REBOLLO PUIG (2019a), «La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana», en Manuel IZQUIERDO CARRASCO y Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR (dirs.), *Estudios sobre la ley orgánica de seguridad ciudadana*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 146-149; y (2020) «Derecho Administrativo sancionador y Derecho Penal: conciliación y conflicto», en Fe-

Lo que ocurre es que todas esas garantías propias del proceso penal no comienzan a desplegarse hasta la fase de juicio oral. Hasta ese momento, durante la fase de instrucción, el juez goza de amplísimos poderes que puede ejercer con una discrecionalidad igualmente amplia, pudiendo adoptar toda clase de medidas provisionales respecto al acusado. Y todo ello en un momento en el que, lógicamente, solo existen «indicios»⁷⁵. Además, los costes reputacionales y emocionales, que comienzan ya en esta primera fase, que continúan a lo largo de todo el proceso y que son íntegramente asumidos por el acusado, en primera persona, y no por la Administración de la que forma parte, no se ven reducidos lo más mínimo por las amplias garantías propias del proceso penal, cuyo contenido es únicamente jurídico.

Cuanto más se acentúa esta perniciosa tendencia a hacer del control de la Administración un control sobre todo penal, mayores son los riesgos percibidos por los empleados públicos en relación con el ejercicio de sus funciones.

4.8. El manejo de grandes cantidades de dinero o, en general, la gestión de bienes jurídicos de especial importancia

En el ámbito italiano, donde está muy extendida la opinión de que la exigencia de responsabilidad contable es una de las principales causas de que se adopten prácticas típicas de la «burocracia defensiva», se ha insistido en que los empleados percibirán que incurren en un riesgo especialmente elevado de sufrir consecuencias desfavorables por ejercer sus funciones cuando esto implique el manejo de sumas de dinero muy elevadas. En efecto, cuanto mayores son las cantidades de dinero que maneja un empleado público en el ejercicio de sus funciones, mayor será la posible responsabilidad contable en que se puede incurrir y, en consecuencia, mayor será su miedo a equivocarse y mayor la tentación de dejarse vencer por la inercia y no actuar. Por este motivo, dos de los ámbitos de actividad en los que se cree que los empleados públicos tienden en mayor medida a asumir comportamientos defensivos son los contratos públicos y las obras públicas⁷⁶.

El razonamiento parece sólido y, de hecho, posiblemente deba extenderse más allá de lo meramente dinerario para incluir todos los casos en que los empleados públicos tengan que ocuparse de la gestión de bienes jurídicos de especial importancia, dado que la lesión a estos bienes habitualmente conllevará consecuencias negativas más graves. Aún más, estas ideas tal vez permiten conectar la evolución de la Administración pública y el momento histórico en que pueden comenzar a aparecer fenómenos asociados a la «burocracia defensiva», pues cuantos más y más amplios son los ámbitos de intervención

derico CASTILLO BLANCO (dir.), *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Madrid, Iustel, pp. 52-54.

⁷⁵ Santiago MUÑOZ MACHADO (2010), «De los delitos y las penas: ayer y hoy», *op. cit.*, pp. 677-679.

⁷⁶ Gabriele BOTTINO (2020), «La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici», *op. cit.*, p. 119, quien sigue en este punto, como en otros, a Stefano BATTINI y Francesco DECAROLIS (2019), «L'Amministrazione si difende», *op. cit.*

de la Administración, mayores serán los perjuicios que con su actividad pueda generar y mayores serán las responsabilidades que se querrán exigir a sus empleados.

4.9. La mayor politización de la Administración

Cuanto más aumenta la politización de la Administración, más se extiende también la exigencia de responsabilidad. Los empleados públicos pueden temer las consecuencias de sus decisiones, pero es posible que teman aún más las consecuencias de las decisiones de sus superiores. En especial, si son políticos⁷⁷. Su posición de subordinación, imprescindible para el correcto funcionamiento de la Administración, viene expresamente consagrada por el ordenamiento al imponerles la obligación de obedecer las órdenes de los superiores «salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico», como ya vimos⁷⁸. Esta última previsión pretende actuar como cláusula de salvaguardia de los empleados públicos, precisamente como vía para salvar su responsabilidad personal. El problema, como ya señalamos, es que no resulta nada sencillo determinar cuándo nos encontramos ante una «infracción manifiesta del ordenamiento jurídico».

Nuestro ordenamiento articula esta solución asumiendo la idea weberiana-wilsoniana de separación tajante entre poder político y poder administrativo. En la formulación clásica de Wilson, «la administración cae fuera de la esfera propiamente política. Los asuntos administrativos no son asuntos políticos. Aunque los políticos marcan las tareas de la Administración no debe aceptarse que manipulen a sus empleados»⁷⁹. Pero esta idea, por atractiva que pueda resultar, no siempre responde a la realidad. Los puestos políticos van descendiendo a niveles de pura gestión y acaban mezclados con los empleados públicos en sentido estricto. Y viceversa. La proliferación de puestos de libre designación en la estructura de la Administración puede teñir de excesivo color político a ciertos puestos ocupados por funcionarios de carrera que, en principio, no deberían tener significación política alguna.

⁷⁷ PABLO (Pablo SAN JOSÉ) (1972), *La burocracia tenebrosa*, op. cit., p. 188.

⁷⁸ Así lo consagra, según apuntamos más arriba, el art. 54.3 Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado público, respaldado por la falta muy grave tipificada en el art. 95.2.i) del mismo texto («La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos»), configurando de este modo, por cierto, una de las raras excepciones al principio de ejecutividad de los actos administrativos. Atendiendo a su gravedad, la conducta puede llegar a ser constitutiva del delito tipificado en el art. 410.1 Código Penal («Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años»).

⁷⁹ Thomas Woodrow WILSON (1887), «The study of Administration», *Political Science Quarterly*, vol. 2, núm. 2, p. 210. Sobre la separación entre Gobierno y Administración desde una perspectiva histórica y sus implicaciones para el Derecho administrativo, Elisenda MALARET I GARCIA (2017), «Bon govern, transparència i rendició de comptes. Reforçant i completant la legitimitat democràtica dels poders públics», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55, pp. 34-37.

Esta politización de un mayor número de niveles de la Administración trae como consecuencia que también ellos caigan dentro del legítimo control político y democrático que ejercen las cámaras legislativas o los medios de comunicación. Y ese control, dada la naturaleza materialmente técnica de tales puestos, acaba siendo un control técnico, jurídico. No solo un control de resultados. Como consecuencia, esta capilarización de lo político en la organización administrativa tiene consecuencias nefastas para los empleados públicos. Analicemos dos ejemplos de ello.

4.9.1. *La corrupción*

Los problemas de corrupción (los realmente graves, al menos) no suelen originarse en la actuación de los empleados públicos en sentido estricto, sino en la conducta de los políticos integrados en la Administración. Los datos parecen permitir afirmar que «la corrupción política es la norma frente a la corrupción administrativa, que suele ser la excepción»⁸⁰. De hecho, existen evidencias de correlación entre el nivel de corrupción de un país y el grado de politización de su Administración, en el sentido de que «a menor profesionalización de las burocracias públicas, mayores niveles de politización y por ende de corrupción»⁸¹. O, dicho a la inversa, aquellos países que presentan más altos niveles de control de la corrupción son aquellos en los que existen burocracias profesionales, es decir, burocracias en las que los nombramientos no tienen conexión política, sino que están basados en el mérito y la capacidad.

Cabe aclarar que el concepto de burocracia profesional no es exactamente coincidente con el concepto de burocracia cerrada. De hecho, el elemento determinante para alcanzar un elevado control de la corrupción no es la existencia de cuerpos de funcionarios basados en un sistema rígido de ingreso, sino la existencia de mecanismos de provisión de puestos basados en el mérito y la capacidad y desconectados de la política. Lo anterior implica que modelos de burocracia cerrada, como el español, en los que sin embargo existen figuras como los puestos de libre designación (art. 80 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado público), pueden ser menos eficaces en el control de la corrupción que modelos de burocracia abierta (Nueva Zelanda, Suecia) en los que se garantiza una mayor desvinculación política en la provisión de puestos⁸².

Pero, aunque la corrupción no proceda tanto de los empleados públicos como de los políticos, lo cierto es que, una vez que se descubre un caso de corrupción, este tiende potencialmente a afectar no solo a los políticos que pueden haberlo ideado, sino también a los empleados públicos que o bien

⁸⁰ Laura ROMÁN MASEDO (2016), «Burocracia, política y corrupción en España», *op.cit.*, p. 139.

⁸¹ *Ibid.*, p. 138.

⁸² Así se acredita, entre otros estudios del mismo equipo de investigación, en Carl DAHLSTRÖM, Víctor LAPUENTE y Jan TEORELL (2012), «The merit of meritocratization: politics, bureaucracy, and the institutional deterrents of corruption», *Political Research Quarterly*, vol. 65, núm. 3, pp. 656-668.

participaron, o bien no lo evitaron, o bien no lo detectaron. De hecho, cabe pensar que una línea de defensa habitual de los niveles políticos será la de atribuir la responsabilidad a los niveles administrativos inferiores, que serían los que ejecutaron materialmente las acciones o quienes, debiendo evitarlas, no lo hicieron. Chaves y Del Valle señalan en tono de humor, refiriéndose a esta tendencia, que «la culpabilidad también sigue la ley de gravitación universal, desde arriba para abajo, donde acaban estancados todos los males»⁸³, pero este tipo de conductas, lejos de ser graciosas, ocultan algo perverso. Nuestros modelos wilsonianos/weberianos de Administración profesionalizada se basan en la ficción de que existe una separación entre niveles políticos y niveles administrativos, que a los primeros corresponde marcar los objetivos políticos y que a los segundos corresponde su ejecución, cada uno de ellos operando con autonomía y cada uno de ellos, en consecuencia, debiendo afrontar un tipo de responsabilidad distinta, política en el primer caso y jurídica en el segundo. Pero lo cierto es que esa separación de niveles no es tal y que la autonomía de los niveles administrativos está muy minorada por los niveles políticos. Estos últimos cuentan con numerosos mecanismos para dirigir la actividad de los niveles administrativos (sobre todo cuando pueden decidir sobre su salario o sobre su continuidad en cargos de dirección), de modo que se produce lo que se ha llamado el «crimen perfecto»: los niveles políticos deciden, pero sin asumir las responsabilidades jurídicas⁸⁴.

El argumento más frecuente será que los niveles superiores de la Administración, ocupados por políticos, no pueden leer y contrastar todos los documentos que se le presentan a la firma, por lo que confían las tareas de filtrado en sus subordinados, que son, en consecuencia, los verdaderos responsables. Hay ejemplos en la historia de la Administración española que así lo atestiguan, al menos, desde el siglo XIX y hay también ejemplos mucho más recientes.

Alejandro Nieto describe y analiza el uso que se hizo del llamado «argumento de la sorpresa» en la causa tramitada nada menos que en 1859 contra el ministro de Fomento de Isabel II, Agustín Esteban Collantes, quien negaba toda responsabilidad por la firma de ciertos documentos, alegando que la firma fue «arrancada por sorpresa, abuso tanto más fácil cuanto que era imposible que leyerá y examinara uno por uno cuantos documentos se le ponían diariamente a la firma»⁸⁵. Y algo similar parece que ocurrió también en el llamado «caso de los ERE» andaluz respecto a cuatro cargos que pudieran considerarse de perfil más técnico que político: dos secretarios generales técnicos acabaron condenados y se llevó a juicio al Interventor General de la

⁸³ José Ramón CHAVES y Juan Manuel DEL VALLE (2016), *Los diez pecados capitales de los empleados públicos*, op. cit., p. 33.

⁸⁴ Especialmente crítico con esta tendencia de nuestros modelos administrativos, Francesco FOLLIERI (2021), «Politica, burocrazia e buon andamento», *Persona e Amministrazione*, op. cit., pp. 91 y 93. También Sabino CASSESE (2024), *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, op. cit., p. 68, registra el fenómeno y lo vincula a la progresiva implantación, bajo diversas formas, de modelos de *spoils systems* en nuestras Administraciones.

⁸⁵ Alejandro NIETO (2010), «Causa del Sr. Collantes: ¿drama o farsa?», en Santiago MUÑOZ MACHADO (ed.), *Los grandes procesos de la historia de España*, Madrid, Iustel, 2.ª ed., pp. 494-495.

Junta de Andalucía y al Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, ambos finalmente absueltos después de un larguísimo y penoso proceso⁸⁶.

Previsiblemente, los empleados públicos percibirán un mayor riesgo a verse involucrados en casos de corrupción en aquellas Administraciones donde la politización sea mayor. Y, en lógica consecuencia, será en estas Administraciones con mayores niveles de politización donde más frecuentemente se producirán los fenómenos de autoprotección que se traducen en el desarrollo de una «burocracia defensiva». Es decir, será en estos ámbitos donde más frecuentemente se producirá el primero de los mecanismos de «burocracia defensiva» que identificamos más arriba: huir de asuntos, administrados y puestos problemáticos.

Huida, por cierto, que puede ser fomentada activamente por los propios políticos. Al analizar a Pantoja, el personaje de la novela *Miau*, de Pérez Galdós, al que ya nos referimos más atrás y que se caracterizaba por ser un funcionario probo y honrado que abominaba del intrusismo político en la Administración, Jiménez Asensio señala amargamente: «ya se sabe, cuando la mala política penetra con sus sucias manos hasta los entresijos de la Administración, esos buenos funcionarios técnicos desaparecen de un plumazo, pues son seres molestos»⁸⁷.

Mi hipótesis, por tanto, es que, a mayor nivel de politización (y, en consecuencia, de riesgo de corrupción) en una Administración, mayores son las posibilidades de que se desarrollen fenómenos de «burocracia defensiva». De revelarse cierta, sus consecuencias serían de cierto interés, porque la corrupción no se encuentra repartida de manera equitativa entre todas las Administraciones en España, sino que tiende a concentrarse en los niveles regionales y locales. Esto es, en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de los entes que integran la Administración local⁸⁸. En consecuencia, es esperable que los comportamientos propios de la «burocracia defensiva» se produzcan, sobre todo, en estas Administraciones.

4.9.2. *El proceso independentista en Cataluña*

La desobediencia abierta y desafiante a la ley, el Estatuto de Autonomía, la Constitución, las decisiones judiciales y las sentencias del Tribunal Constitucional por parte de muchas Administraciones públicas catalanas en el pro-

⁸⁶ Los empleados públicos condenados fueron Juan F. Sánchez, funcionario desde 1985 y Secretario General Técnico de la Consejería de Empleo entre 2000 y 2004 (condenado a nueve años de inhabilitación especial por prevaricación y absuelto del delito de malversación) y Lourdes Medina, Secretaria General Técnica de la Consejería de Empleo entre 2008 y 2012 (ocho años y seis meses de inhabilitación especial por prevaricación y absuelta del delito de malversación). Como se indicó más atrás, esta llamada «macrocausa» llegó a tener quinientos investigados.

⁸⁷ Rafael JIMÉNEZ ASENSIO (2023), *El legado de Galdós*, op. cit., p. 255.

⁸⁸ Así lo acreditan los datos en el caso de España para el periodo 2004-2010, periodo álgido de percepción de la corrupción, durante el cual la preocupación por la corrupción llegó a ser compartida por el 59,9 por 100 de la población, muy por encima del porcentaje de preocupados por el paro, según el barómetro del CIS de julio 2008 Manuel VILLORIA MENDIETA y Fernando JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2012), «La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos», op. cit., p. 129.

ceso independentista desarrollado desde 2012 son ejemplos paradigmáticos de la vulneración de los dos principios básicos del Estado de derecho en su proyección sobre la Administración: su sometimiento a la ley y al Derecho (art. 103 Constitución Española) y su pleno control por parte de los Tribunales (art. 106 Constitución Española). Esto es, la subordinación del Poder ejecutivo al Poder legislativo y al Poder judicial.

Algunas de las actuaciones de estas Administraciones fueron jurídicamente tan aberrantes que sigue costando trabajo creer que realmente pudieran suceder. Lo que interesa señalar ahora es que, en su conducta delictiva, los líderes políticos del proceso independentista catalán acabaron arrastrando a muchos empleados públicos catalanes que no ostentaban cargos propiamente políticos y que, sin embargo, acabaron siendo acusados y sometidos a procesos penales. Bien puede ser que algunos de estos empleados participaran de buen grado y con gusto en los hechos. Pero hubo también justos que acabaron pagando por pecadores. Tal pudo ser el caso, por ejemplo, de la cúpula de la policía autonómica, los *mossos d'esquadra*, finalmente absuelta pero sometida a un largo y muy mediático proceso penal. Y tal pudo ser el caso de los cientos de directores y directoras de colegios e institutos públicos a los que el Gobierno autonómico de Cataluña pidió abrir las dependencias escolares para que se celebrara el referéndum ilegal del 1 de octubre de 2017, mientras que desde la Fiscalía se les advertía de que con dicha conducta podrían incurrir en delito⁸⁹. El análisis de las sentencias que están siendo dictadas en aplicación de la ominosa Ley de Amnistía permitirá cuantificar cuántos empleados públicos se vieron envueltos en procesos de exigencia de responsabilidad disciplinaria, penal o civil como consecuencia del proceso independentista.

Cabe pensar, razonablemente, que los empleados públicos de una Administración cuyos dirigentes políticos incurran abierta y deliberadamente en conductas ilegales percibirán que, al ejercer sus funciones, están incurriendo en un nivel de riesgo de sufrir consecuencias negativas muy elevado. Ello podría dar lugar a la adopción de algunas de las prácticas propias de la «burocracia defensiva» que analizamos más arriba.

5. LA AUSENCIA DE CONSECUENCIAS NEGATIVAS PARA EL EMPLEADO POR ADOPTAR MEDIDAS DE DEFENSA TÍPICAS DE UNA «BUROCRACIA DEFENSIVA»

Nos hemos centrado hasta ahora en señalar algunas circunstancias que pueden dar lugar a que el riesgo percibido por ejercer sus funciones por parte del empleado público aumente. Sin embargo, como hemos señalado, lo

⁸⁹ La tensión a la que se sometió a estos empleados públicos llegó a ser insoportable. Como declaró cinco años después de los hechos Beatriz Rosal Montadas-Prim, a la sazón directora del colegio público Josep Maria Jujol, «Llegó un momento en que la Fiscalía, que había avisado que si abríamos incurríamos en delito, y la Generalitat, que pedía que abriéramos, me daban igual», Rafael J. ÁLVAREZ, «Los directores de colegios que se plantaron: “No entregué las llaves para evitar que la política entrara en el colegio”», *El Mundo*, 26/09/2022.

determinante para que el empleado público adopte medidas propias de una «burocracia defensiva» no es que el riesgo percibido por ejercer sus funciones sea muy elevado en términos absolutos, sino que sea más elevado que el riesgo percibido por no ejercer sus funciones. Lo anterior implica que las causas que pueden favorecer la aparición de fenómenos asociados a la «burocracia defensiva» pueden operar en dos lugares distintos: o bien aumentando el riesgo que conlleva ejercer sus funciones o bien disminuyendo los riesgos que conlleva no ejercerlas.

En consecuencia, un sistema en el que el no ejercicio de sus funciones por parte de un empleado o, más ampliamente, su ejercicio deliberadamente lento o defensivo, no le genere consecuencias desfavorables, será un sistema en el que el empleado optará más fácilmente por adoptar prácticas de «burocracia defensiva». Y lo cierto es que esa es la situación actual del ordenamiento jurídico español: la aplicación de técnicas propias de «burocracia defensiva», a pesar del grave perjuicio que puede generar para el interés general, no le genera ningún perjuicio al empleado público que las utiliza. La situación no es exclusiva de España. También en Italia se ha señalado la escasa eficacia de las medidas disciplinarias para sancionar a los empleados públicos ineficientes como una de las posibles causas de la expansión de la «burocracia defensiva»⁹⁰.

Planteado nuevamente en términos propios del análisis económico del Derecho, cabría decir que los empleados públicos confrontan un coste interno (los posibles perjuicios que su actuación les puede causar y que deben asumir) y un coste externo (los posibles perjuicios que su inactividad o ineficacia puede generar al interés general y que ellos no asumen), en el que el primero siempre será mayor que el segundo.

Sin entrar en otras consideraciones, seguramente cabe concluir que un empleado contemplado como decisor racional se sentirá inclinado a adoptar medidas propias de una «burocracia defensiva», en la medida en que tiene poco que perder y mucho que ganar.

Debe retenerse esta situación porque permite justificar una de las posibles medidas que cabe proponer para combatir la «burocracia defensiva»: exigir responsabilidades al empleado público que adopta medidas de defensa, de modo que se le obligue a internalizar el coste de su inactividad. Sobre esto volveremos en el próximo capítulo.

⁹⁰ Livia LORENZONI (2023), «Defensive bureaucracy in Italy: an Introduction», *op. cit.*, p. 10.

CAPÍTULO IV

POSIBLES SOLUCIONES PARA UN PROBLEMA POSIBLE

1. ¿REALMENTE ES UN PROBLEMA QUE NECESITE SOLUCIÓN?

Antes de hablar de posibles soluciones frente a la «burocracia defensiva» conviene recordar, una vez más, que no conocemos a ciencia cierta la magnitud del problema al que nos enfrentamos. Ni siquiera sabemos si hay un problema. Como aclaramos en el capítulo primero, la base de este ensayo es una mera intuición: es posible que los empleados públicos españoles estén usando algunas técnicas para evitar ejercer sus funciones, que lo estén haciendo por temor a las consecuencias que dicho ejercicio les puede acarrear y que, al actuar así, puedan estar afectando negativamente al interés general.

Igualmente, antes de abordar las posibles soluciones hay que retomar una idea que expresamos más atrás: tal vez la «burocracia defensiva» o, al menos, algunos de los elementos que la integran, lejos de ser un problema sean incluso algo deseable. Del mismo modo que, como ya dijimos, se habla de una «medicina defensiva buena» y de una «medicina defensiva mala» tal vez deba distinguirse entre una «burocracia defensiva buena» y una «burocracia defensiva mala». Y la diferencia entre unas y otras tal vez no resulte tan sencilla como pudiera parecer, pues un mismo comportamiento podría considerarse deseable o indeseable según la intencionalidad con que se adopte.

Por ejemplo, informar adecuadamente al paciente y pedirle su consentimiento antes de una intervención que entraña riesgos es algo, en principio, positivo, puesto que así se satisface el principio de autonomía del paciente. Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente médico, puede considerarse preferible omitir o suavizar ciertas informaciones sobre el estado de salud del paciente, con el fin de proteger su situación psico-física global.

En este caso, la ocultación de información, que lo que persigue es cuidar al paciente, no podría considerarse «medicina defensiva mala», pues a quien pretende defender es al paciente, no al médico¹. Del mismo modo, que los empleados públicos extremen el celo para no incurrir en ningún tipo de responsabilidad (por ejemplo, respetando trámites que no son imprescindibles) podría ser, según los casos, un comportamiento deseable. Aunque diera como resultado una merma en la eficacia de la actuación administrativa.

Porque, aunque la medida se adopte con una buena intención, la afectación al interés general, incluso sin ser desproporcionada, existe. Es decir, en todo caso, a pesar de que puedan tener algún efecto positivo atendiendo al contexto en que se produzcan, la adopción de técnicas propias de la «burocracia defensiva» genera perjuicios. Ello resulta en buena medida inevitable, dado que algunas de las consecuencias negativas que genera la «burocracia defensiva» son comunes a todos los retrasos o inactividades en la actividad administrativa, sea cual sea su causa y estén o no vinculados a fenómenos de «burocracia defensiva».

En efecto, ciertos perjuicios se generan cada vez que se produce una inactividad o unas dilaciones indebidas, cada vez que encontramos actividades, tanto jurídicas como materiales, que no llegan a realizarse o que se realizan tarde, a pesar de ser necesarias para la satisfacción del interés general o para permitir que los particulares puedan satisfacer intereses privados. En este sentido resulta muy útil y detallado, aunque incompleto para los fines de nuestro objeto de estudio, el planteamiento de Feliziani, que distingue tres tipos de consecuencias negativas derivadas de la inactividad administrativa: consecuencias institucionales, consecuencias sobre el modo de actuar de la Administración y consecuencias puramente económicas².

En primer lugar, las consecuencias institucionales se vincularían, por un lado, al desplazamiento que sufre la Administración respecto al poder judicial o, incluso, al poder legislativo, que se ven obligados con frecuencia a intervenir para resolver las situaciones generadas por la inactividad; y, por otro lado, a los costes reputacionales que estas conductas tienen para la Administración, lo que se traduce en un deterioro de su imagen institucional.

En segundo lugar, las consecuencias sobre el modo de actuar de la Administración se producirían porque el no actuar a tiempo sobre problemas que requieren una solución no hace que los problemas desaparezcan, sino que se agraven. Ello obliga a que la Administración acabe actuando a destiempo y con mucha más contundencia de la que habría sido originariamente necesari-

¹ Y, a la inversa, el mismo médico podría optar por revelar toda esa información al mismo paciente, a despecho de que le afectará negativamente y acaso con el fin de protegerse frente a hipotéticas demandas futuras del propio paciente o de sus herederos. En este caso, ese cumplimiento extremo de sus deberes podría calificarse de «medicina defensiva mala». Así ocurre cuando las prácticas médicas se convierten en un fin en sí mismas o, tal vez peor, cuando se orientan a proteger al médico incluso a costa de la salud o el bienestar del paciente. Andrea PERIN (2020), «El fenómeno de la medicina defensiva como cuestión político-criminal: ¿Cómo conjugar autonomía y responsabilidad?», en Carlos María ROMEO CASABONA y Andrea PERIN (eds.), *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal*, Granada, Comares, pp. 4-5.

² Chiara FELIZIANI (2019), «Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione», *op. cit.*, pp. 177-188.

ria, afectando a la libertad de los ciudadanos en mayor grado de lo que era preciso.

Finalmente, todo ello tendría costes económicos, por el uso ineficiente de los escasos recursos públicos, tanto materiales como personales, y por el coste de oportunidad de las actividades de los particulares que se ven indebidamente paralizadas.

Pero, junto a estas consecuencias derivadas de cualquier retraso, el hecho de que la inactividad o la dilación indebida de la actividad administrativa se deban, precisamente, a una finalidad defensiva no es un rasgo inocuo. Por eso, en segundo lugar, cabe señalar algunas consecuencias negativas que se derivan de la intencionalidad defensiva con que se adoptan estas medidas:

En primer lugar, las medidas defensivas pervierten el ordenamiento, impidiendo que la aplicación de la norma se realice como debe hacerse: tomándola como parte de un conjunto que es donde alcanza su sentido. En estos casos, el empleado público no aplica la norma para servir al interés general, sino para defenderse preventivamente frente a eventuales formas de responsabilidad, lo que de ningún modo es el verdadero fin de la norma y lo que supone, además, un coste para la comunidad de los administrados³. No se trata solo de la posibilidad de que los empleados incurran en desviación de poder, cuestión sobre la que volveremos más adelante. También las huelgas de celo o de reglamento son dañinas precisamente por esto, porque aplican descontextualizadamente ciertas normas menores a las que se permite prevalecer sobre otras más importantes para el ordenamiento. No es cierto que el ordenamiento jurídico obligue al empleado público a elegir entre la ilegalidad y la eficacia, como en ocasiones criticó Alejandro Nieto. A lo que le obliga es a que aplique las normas con sentido ordinamental, es decir, orientándolas al fin que el ordenamiento quiere alcanzar con ellas.

En segundo lugar, la adopción de medidas propias de una «burocracia defensiva» también pervierte al empleado, que pasa a actuar «según la ley» y no «por respeto a la ley», esto es, por imperativo legal y no por imperativo moral. El empleado público deja de ser un útil servidor del interés general para convertirse en un inútil servidor de la ley. Alguien apegado a un formalismo vacuo, al mero cumplimiento de la norma, que no tiene ningún sentido si no se orienta al fin que el ordenamiento espera alcanzar con ella.

Finalmente, adoptar el marco mental propio de la «burocracia defensiva» acaba desgastando al empleado, que pasa a una posición defensiva permanente frente a un asedio que percibe continuo y a contemplar al ciudadano como un enemigo en potencia frente al que hay que estar preparado y defenderse, en lugar de como al partícipe de los intereses generales cuya satisfacción justifica la existencia de la Administración. Y la del propio empleado.

En definitiva, al adoptar técnicas propias de la «burocracia defensiva», los empleados públicos hacen y se hacen mal. Lo que justifica que se deban pensar y, en su caso, implantar soluciones.

³ Maria Cristina CAVALLARO (2024), «Gli spazi e il ruolo dell'amministrazione pubblica: il problema dell'amministrazione difensiva», *op. cit.*, p. 2.

2. «PENSAMOS, PUES, QUE HA DE HABER ALGO» O POR QUÉ TODOS LOS SUPERHÉROES LLEVAN MÁSCARA

Hay que insistir en que la «burocracia defensiva» no es un problema generado por esos malos empleados cuyos vicios se describen en nuestra tradición literaria. La «burocracia defensiva» es, más bien, la respuesta que los empleados se ven obligados a adoptar frente a una situación que perciben como injusta. Es decir, la «burocracia defensiva» puede ser un problema, pero es la respuesta a otro problema previo. Es cierto que, con su actuación, los empleados públicos que adoptan medidas defensivas pueden afectar negativamente al interés general. Pero, a pesar de ello y de algún modo, los burócratas son aquí las víctimas, no los victimarios.

Los empleados públicos deben estar sometidos a mecanismos de control y, probablemente, es muy saludable que esos mecanismos de control sean tanto jurídicos como de otros tipos, por retomar la clasificación que usamos en el capítulo tercero. Pero esos mecanismos de control deben tener límites y los empleados públicos deben estar protegidos frente a sus posibles excesos. De hecho, es justamente la falta de límites de tales mecanismos lo que lleva a que los empleados comiencen a hacer un balance de su situación y a que, llegado el caso, acaben adoptando prácticas propias de una «burocracia defensiva». Permítaseme la obviedad: si existe una «burocracia defensiva» es porque existe algo de lo que defenderse. Un sistema racional de responsabilidad de los empleados públicos debe tener en cuenta, en consecuencia, la necesidad de protegerlos de posibles daños que resulten desproporcionados.

No se trata, además, de un problema reciente. Justo al contrario, uno de los primeros problemas que se plantearon los revolucionarios liberales al diseñar el sistema de controles y contrapesos propio del Estado de derecho fue determinar el alcance de la potestad del Poder judicial para exigir responsabilidades personales a los empleados que se integraban en el Poder Ejecutivo.

Por cuanto afecta a España, avanzado el periodo de la Restauración, en 1898, la situación había experimentado suficientes bandazos para que, de forma exquisitamente ponderada, Santamaría de Paredes expusiera el dilema del siguiente modo:

Preciso es proteger a la Administración y a las personas que dignamente la sirven, contra un pleito o causa que entorpezcan el servicio público o produzca vejaciones injustificadas al empleado, sin otro fundamento que el espíritu de rencor o venganza que anime al particular contra quien supone autor de una resolución perjudicial de sus intereses.

Pensamos, pues, que ha de haber algo, cuando se proceda judicialmente contra los órganos administrativos, que evite la continuación del procedimiento contra el funcionario que obró en virtud de obediencia debida, y que proteja a todos los órganos administrativos y a la Administración misma contra los efectos de frívolas demandas o acusaciones. La *forma* de satisfacer esta necesidad depende de las circunstancias históricas de cada pueblo según su estado social, político y administrativo, debiendo huirse siempre de que pueda convertirse en

medio de eludir la responsabilidad de la Administración, sin la cual esta degenera en arbitraria y despótica (cursiva en el original)⁴.

Distinguiendo así entre el «fondo» y la «forma» del problema, Santamaría de Paredes asume que tienen que existir mecanismos de control y exigencia de responsabilidad, absolutamente indispensables en un Estado de derecho, pues de lo contrario la Administración «degenera en arbitraria y despótica». Pero, al mismo tiempo, reconoce que es necesario proteger a los empleados públicos (y a la propia Administración) no solo de la exigencia de responsabilidades excesivas, sino del mero sometimiento a procesos iniciados por «frívolas demandas o acusaciones».

Reconozco no tener un criterio mejor que el de Santamaría de Paredes: «pensamos, pues, que ha de haber algo». Es preciso encontrar un justo equilibrio que permita hacer efectivo el principio de responsabilidad de autoridades y empleados y que, al mismo tiempo, les blinde frente a abusos, especialmente cuando estos puedan proceder de cualquiera que se sienta agraviado o que pretenda vengarse, sacar alguna ventaja o extender la lucha partidista a ámbitos en los que debe estar vedada, como advierte también Manuel Rebollo Puig⁵. Los empleados públicos deben asumir la responsabilidad de sus actos como empleados, pero no más que eso.

Nuevamente, encontramos una interesante reflexión sobre ello en la literatura de superhéroes y, en concreto, en la metáfora de la máscara, que no llevan por casualidad. La mayoría de los superhéroes llevan máscara y algunos hacen del ocultamiento de su personalidad cuestión central de su desarrollo como personajes. Los superhéroes aceptan que pueden acabar gravemente heridos e incluso resultar muertos en sus actuaciones superheroicas. Pero en ninguna circunstancia están dispuestos a aceptar que tales riesgos puedan alcanzar a su vida privada y, menos aún, a las personas inocentes con quienes las comparten. Paradigmático resulta, nuevamente, el caso de Peter Parker, obsesionado con ocultar su identidad bajo la máscara de *Spiderman* por el temor a que lo contrario pueda acarrear catastróficas consecuencias a sus familiares, como la tía May, y allegados, como Mary Jane Watson o Gwen Stacey, quien, justamente, muere a manos de uno de los principales enemigos de *Spiderman* en lo que supuso la llegada a la madurez y la pérdida de la inocencia del cómic de superhéroes⁶.

Los empleados públicos tienen derecho a ser protegidos de las consecuencias perjudiciales que puedan derivarse para ellos del ejercicio de sus funciones. Y, correlativamente, la Administración pública tiene el deber de protegerlos. Un deber que ni siquiera tiene por qué estar expresamente previsto

⁴ Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES (1898), *Curso de Derecho Administrativo. Según sus principios generales y la legislación actual de España*, op. cit., pp. 106-107.

⁵ Manuel REBOLLO PUIG (2019b), «El control de la Administración por la jurisdicción penal», op. cit., p. 182.

⁶ En *The Amazing Spider-Man* #121 (junio de 1973), con la muerte de Gwen Stacey, se produjo un hecho crucial en la historia de Marvel que impactó a los lectores y que marcó el fin de la llamada Edad de Plata. Su muerte «sirvió como evidencia de que Spiderman vivía en un mundo en que los buenos no siempre ganaban, y en el que la tragedia era real». Con esta muerte, que no fue anulada nunca, «el final feliz dejó de estar garantizado. Los cómics de superhéroes habían perdido la inocencia», AA.VV. (2013), *Marvel. Crónica Visual Definitiva*, Londres, DK, pp. 158-159.

en nuestras Constituciones escritas o en las leyes, aunque ello sea lo más deseable, porque es un principio general del Derecho⁷.

3. POSIBLES SOLUCIONES PARA LAS CAUSAS DE LA ENFERMEDAD, NO PARA SUS SÍNTOMAS

Las soluciones que a continuación se esbozan tienen en común que se dirigen hacia las causas de la «burocracia defensiva», no hacia los síntomas. Es decir, las medidas propuestas servirían, en su caso, para evitar que los empleados públicos adopten determinadas medidas, no para paliar los efectos adversos que tales medidas podrían tener.

Este segundo objetivo se reconduciría a las medidas que cabe adoptar frente a los perjuicios que generan la inactividad o la duración indebida de los procedimientos y nuestros ordenamientos cuentan ya con un nutrido arsenal de ellas. Medidas, por cierto, que son independientes de la «burocracia defensiva». Al ciudadano seguramente le importan bastante poco los motivos por los que el empleado público no resuelve su solicitud o el expediente en el que está interesado. Probablemente le resulta indiferente que no resuelva por miedo, por desidia, por falta de recursos, por animadversión hacia él, porque se ha perdido el expediente... lo que quiere es que resuelva cuanto antes (y, en la medida lo posible, que lo haga en sentido favorable a sus intereses).

De acuerdo con nuestra propuesta teórica, la adopción de prácticas propias de una «burocracia defensiva» se produce cuando el empleado público percibe que el riesgo de sufrir consecuencias negativas es mayor por ejercer sus funciones que por no ejercerlas. En consecuencia, y centrando nuestra atención en el «riesgo percibido», hemos situado las causas de la «burocracia defensiva» en dos factores distintos: por un lado, los tipos y la gravedad de los daños que puede sufrir un empleado público por ejercer sus funciones (capítulo III.3); por otro lado, las circunstancias que hacen que esos daños puedan hacerse efectivos o, al menos, más probables, y que acaben realmente cayendo sobre el empleado (capítulo III.4). Siguiendo nuevamente este esquema, esbozaremos a continuación algunas posibles medidas que podrían ayudar a neutralizar estos dos factores: por un lado, medidas que reducirían o limitarían los daños que puede sufrir el empleado; por otro lado, medidas que reducirían o limitarían las circunstancias que pueden facilitar que los daños se hagan efectivos.

Sin embargo, hemos de advertir que, dado que hablamos de «riesgo percibido», existe teóricamente otra opción: actuar directamente sobre la percepción de los empleados. De acuerdo, al parecer, con la máxima «ojos que no ven, corazón que no siente» y asumiendo, quizá, una postura que encajaría

⁷ Así lo afirmó en Francia el Consejo de Estado en la década de 1960 (CE, Section, 26 de abril de 1963, *Centre hospitalier de Besançon*, núm. 42 783, p. 242), según relata Jean-Charles FROMENT (2001), «Remarques sur les enjeux et la portée d'une 'criminalisation' du droit administratif», *op. cit.*, p. 604, y así lo sigue manteniendo hoy día, sin perjuicio de que se trate de un deber consagrado legislativamente desde su adopción en el art. 11 de la ley núm. 83-634 de 13 de julio de 1983, del Estatuto General de la Función Pública, y actualmente desarrollado en los arts. 134-1 a L134-12 *Code général de la fonction publique*.

en la idea de que «el bien no hace ruido y el ruido no hace bien», existe constatación empírica de que, en ocasiones, algunos superiores no informan a sus inferiores sobre sentencias declaratorias de responsabilidad porque, de saberlo, estos podrían adoptar medidas defensivas. Por ejemplo, en un estudio sobre el impacto de la sentencia *Caparo v. Dickman*, relativa a la responsabilidad civil derivada de actuaciones llevadas a cabo por cuerpos de bomberos en Inglaterra, se constató que algunos superiores no habían informado a sus subordinados por miedo a que estos desarrollasen «una lucha contra el fuego excesivamente defensiva» (defensiva para los bomberos, claro, no para las personas y bienes que estos debían proteger)⁸.

Podría considerarse que esta forma de actuar por parte de los superiores es un tanto cínica, pero, tal vez, solo tal vez, y según los casos, podría considerarse que se trata de una forma de equilibrar la sobreexcitación que algunos medios de comunicación pueden generar en los empleados públicos al sobre-dimensionar las posibilidades reales de que puedan incurrir en responsabilidad; como el médico que oculta ciertos datos al paciente para evitarle preocupaciones innecesarias que afecten negativamente a su situación psico-física global. De hecho, como ya hemos señalado, la corrupción percibida parece ser mucho mayor que la que permiten verificar los datos. En consecuencia, no es descabellado pensar, por ejemplo, que puede haber grupos de empleados públicos que alberguen un miedo exagerado a verse implicados en casos de corrupción por las actuaciones del personal político con el que (y bajo el que) trabajan, que de ninguna forma se ajuste a la realidad.

De todas formas, hay que convenir que políticas de este tipo no impedirán, propiamente, los fenómenos de «burocracia defensiva». Como mucho, y en el mejor de los casos, evitarían su recrudecimiento.

3.1. Límites cuantitativos a la responsabilidad, el uso de seguros civiles y la responsabilidad penal de las personas jurídicas públicas

La primera de las vías que podría ayudar a evitar las prácticas defensivas podría ser la reducción de la responsabilidad a la que puedan enfrentarse, eventualmente, los empleados públicos. Esto es, la reducción de los posibles perjuicios que puedan sufrir.

En relación, específicamente, con la responsabilidad civil, cabría plantear dos medidas: por un lado, establecer un techo máximo por encima del cual los empleados públicos no estarían obligados a pagar indemnizaciones; por otro, facilitar la contratación de seguros de responsabilidad civil personales.

Respecto de los límites máximos a las indemnizaciones, se trata de una técnica introducida, al parecer con éxito, como forma de mitigar las prácticas típicas de la «medicina defensiva». Entre los ordenamientos que la han adoptado se encuentran California y, más recientemente, Italia. En este último

⁸ John HARTSHORNE, Nicholas SMITH y Rosemarie EVERTON (2000), «Caparo under Fire: A Study into the Effects upon the Fire Service of Liability in Negligence», *The Modern Law Review*, vol. 63, núm. 4, p. 515.

Estado, el importe de la condena por responsabilidad patrimonial a un sanitario público (y, en su caso, el importe que cabrá reclamarle en vía de regreso cuando concorra culpa grave) será del tanto al triple de su salario bruto en el año en que se inició la conducta causante del daño⁹.

Respecto de los seguros civiles, no se trata aquí tanto de proponer una práctica nueva como de extender una práctica que el ordenamiento español ya ha establecido para los empleados de algunos sectores, como los miembros de la Guardia Civil o de la Policía Nacional.

En concreto, el legislador ha impuesto a la Administración la obligación de concertar seguros de responsabilidad civil u otra garantía financiera «para cubrir las indemnizaciones, fianzas y demás cuantías derivadas de la exigencia de responsabilidad de cualquier naturaleza a los Guardias Civiles, con motivo de las actuaciones llevadas a cabo por parte de los mismos en el desempeño de sus funciones o con ocasión de las mismas, en los términos que reglamentariamente se establezcan» (art. 30.2 Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil; el art. 13.2 Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional, contiene una redacción idéntica)¹⁰.

El acierto de esta política puede ser discutible, en tanto que supone, en la práctica, descargar de toda responsabilidad patrimonial a los empleados (salvo en el caso de dolo). De hecho, en Italia está expresamente prohibida en algunos casos, declarándose nulos de pleno derecho los contratos de seguro mediante los que un ente público asegure a sus propios empleados por la posible responsabilidad contable en la que puedan incurrir en el manejo de fondos y caudales públicos¹¹.

En el caso de España, como uno más de los esperpentos jurídicos y de los ataques al Estado de derecho que rodearon al proceso independentista desarrollado en Cataluña desde 2012, cabe mencionar el Decreto-ley 15/2021, de 6 de julio, de creación del fondo complementario de riesgos de la Gene-

⁹ Así lo establece el art. 9, apartado 5, de la ley núm. 24/2017 (conocida como *legge Gelli-Bianco*), por la que se aprueban disposiciones en materia de seguridad de los cuidados y de los pacientes, así como en materia de responsabilidad profesional de quienes ejercen profesiones sanitarias. Algunos años antes y también con el objetivo de combatir la «medicina defensiva» ya había sido adoptado el decreto ley núm. 158/2012 (convertido en ley núm. 189/2012 y conocido como *decreto Balduzzi*). Al respecto, Stefano BATTINI y Francesco DECAROLIS (2019), «L'Amministrazione si difende», *op. cit.*, pp. 314-315; Flaminia APERIO BELLA (2023), «Defensive Medicine and Defensive Bureaucracy», pp. 6-7.

¹⁰ Controlando el cumplimiento de este mandato, la STS núm. 291/2022, de 8 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:885), condenó a la Administración para que, dentro de los plazos generales previstos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, iniciase el desarrollo reglamentario previsto en el art. 30.2 de la Ley Orgánica 11/2007. No obstante, dejó en el aire si el «reforzamiento» al que hace referencia la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2015, por la que se introdujo este precepto, sigue siendo necesaria tras la aprobación de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector público. Los argumentos de la demanda que recoge la sentencia hacen pensar que sí que sería posible y necesario ese refuerzo.

¹¹ Es más, el art. 3, apartado 59, de la Ley de 24 de diciembre de 2007, núm. 244, no solo declara dicha nulidad, sino que declara la responsabilidad contable de quien la haya contratado, imponiéndole la obligación de pagar una cantidad que sea diez veces el importe de la prima del seguro contratado. Las pólizas por responsabilidad civil frente a terceros, sin embargo, sí pueden ser contratadas por la Administración por los daños causados por sus empleados.

ralidad de Cataluña. Su objetivo era permitir que la Administración pública catalana pudiera avalar el pago de los 5 422 411,10 euros exigidos en concepto de liquidación provisional por el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de su jurisdicción contable, a varios funcionarios, altos cargos y miembros del Gobierno de la Generalidad de Cataluña a propósito de la acción exterior que estos llevaron a cabo de promoción del referéndum ilegal de 1 de octubre de 2017. Debe subrayarse que ese daño patrimonial causado por los miembros del Gobierno de Cataluña, altos cargos y empleados públicos catalanes había afectado a la hacienda de la misma Administración pública catalana que ahora pretendía avalarlos. Es decir, la Administración pública catalana se garantizaba a sí misma el resarcimiento de dichos perjuicios económicos y, en el supuesto de que el proceso penal o contable concluyeran declarando la responsabilidad de los avalados, la misma Administración catalana debía autoejecutarse el aval para indemnizarse a sí misma. La Sentencia del Tribunal Constitucional 121/2024, de 9 de octubre (ECLI:ES:TC:2024:121), dictada por el pleno y por unanimidad de sus miembros, declaró inconstitucional este disparate, si bien por cuestiones de tipo procedimental y sin necesidad de entrar al fondo¹².

En todo caso, aunque deba rechazarse que sea la Administración quien se haga cargo del pago de las primas, la existencia de estos seguros reduce, indudablemente, el riesgo percibido por los empleados públicos por el ejercicio de sus funciones, por lo que debe considerarse un mecanismo útil para evitar la adopción de prácticas típicas de la «burocracia defensiva». En esta tesitura, lo que tal vez sí podría hacer un «legislador racional» sería fomentar la contratación privada de estos seguros por parte de sus empleados, por ejemplo, legislando sobre un límite máximo al coste de las primas o autorizando a la Administración para que pueda negociar con las entidades aseguradoras condiciones más favorables para sus empleados¹³.

En relación con la responsabilidad penal, una forma de limitar o excluir la responsabilidad de los empleados públicos y, quizá, de saciar la pulsión de encontrar culpables que parece sentir la sociedad, podría ser prever la responsabilidad penal de las personas jurídicas públicas. Es decir, admitir la posibilidad de que las propias Administraciones públicas, no sus empleados, puedan ser condenados penalmente. Soy consciente de que esta posibilidad puede parecer extraña y, muy posiblemente, equivocada e incompatible con

¹² Todo este esquema, naturalmente, se orientaba a garantizar la impunidad de quienes hicieron posible el proceso independentista catalán y a proteger su patrimonio frente a la legítima exigencia de que indemnizaran a la hacienda pública catalana por los gastos ilegales en que incurrieron, gastos que de ningún modo debían ser soportados por los contribuyentes (aunque finalmente sea así por mor de la Ley de Amnistía). Con esa finalidad, la regulación se completaba estableciendo unas insólitas exigencias procesales para que la Administración pública catalana pudiera exigir la devolución de las cantidades a los condenados. En concreto, el agotamiento de «todas las vías de impugnación judiciales y jurisdiccionales [!], estatales e internacionales [!]». Todo ello suponía, en la práctica, condicionar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal de Cuentas y atribuir a la Administración potestades de ejecución de sentencias que corresponden en exclusiva al Poder judicial, como se explica con especial acierto en el voto particular concurrente formulado por los magistrados formulan los magistrados Ricardo Enríquez Sancho y César Tolosa Tribiño.

¹³ Stefano BATTINI y Francesco DECAROLIS (2019), «L'Amministrazione si difende», *op. cit.*, pp. 316-317.

los presupuestos del ordenamiento jurídico español. Y bien puede serlo. Sin embargo, apuntaré tres elementos de juicio para una valoración más completa:

— Lo más obvio, en primer lugar, es que nuestro Código Penal ya prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas. Esta previsión incluye algunas personas jurídicas privadas con una fuerte cualificación pública, como son los partidos políticos. Pero, al margen de estos últimos, interesa señalar que nada obsta a que algunas de las personas jurídicas privadas que pueden ser declaradas penalmente responsables sean propiedad de una Administración pública o se integren en el sector público como uno más de sus entes.

— En segundo lugar, nuestro Derecho administrativo sancionador admite desde hace décadas la posibilidad de sancionar a personas jurídicas públicas, lo que se produce con absoluta normalidad. Por ejemplo, se cuentan por decenas las sanciones que las Confederaciones hidrográficas imponen a los Ayuntamientos por infracciones en materia de aguas¹⁴.

— Finalmente, existen ejemplos de responsabilidad penal de personas jurídicas públicas en países de nuestro entorno. Tal es el caso, si bien con alcance limitado, de Francia (art. 121-2 *Code Pénal*), donde se reconoce la responsabilidad penal de las entidades locales en el ejercicio de actividades que no impliquen poder público¹⁵. El Estado, en cambio, está excluido de toda responsabilidad penal.

3.2. Las consultas (incluso vinculantes) a órganos especializados en materia disciplinaria

Como ya apuntamos, la incertidumbre respecto a la forma correcta de interpretar algunos sectores del ordenamiento puede incrementar la percepción de riesgo en el empleado público, pues no podrá saber con certeza cuáles de sus conductas podrían dar lugar a que se derivasen consecuencias desfavorables para él. Por ello, una de las formas en la que se podría reducir la percepción del riesgo sería aumentando la certeza del empleado sobre las con-

¹⁴ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 339/2017, de 6 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TSJCLM:2017:2865), se ocupó, por ejemplo, de una sanción de multa de 10000,00 euros impuesta por la Confederación Hidrográfica del Guadiana al Ayuntamiento de Quero (Toledo) por vertido al arroyo de la sangría de aguas residuales procedentes de su núcleo urbano. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1083/2010, de 10 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:TSJM:2010:18369), por su parte, enjuició una sanción de multa de 6010,13 euros impuesta por la Confederación Hidrográfica del Tago al Ayuntamiento de Noblejas (Toledo) por el alumbramiento de aguas subterráneas de un pozo sin contar con autorización administrativa de aquella.

¹⁵ El Código Penal francés no se expresa exactamente en esos términos, pero esa sería la interpretación más coherente con el sistema de Derecho administrativo francés, según razona Jean-Charles FROMENT (2001), «Remarques sur les enjeux et la portée d'une 'criminalisation' du droit administratif», *op. cit.*, pp. 568-569. La literalidad del precepto es la siguiente: «las entidades locales y sus agrupaciones solo serán penalmente responsables de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades que pudieran ser objeto de convenios de delegación de servicios públicos» [*«les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public»*].

secuencias del ejercicio de sus funciones. A tal efecto, y por paradójico que pueda parecer, podría utilizarse una de las técnicas típicas de la «burocracia defensiva»: la solicitud de informes a otros órganos como forma de reforzar la confianza del empleado en el ejercicio de sus funciones, lo que podría resultar especialmente factible en relación con la responsabilidad disciplinaria.

En la tradición burocrática española, los órganos de gestión ejercen también las funciones de control disciplinario sobre sus subordinados. En otros sistemas, sin embargo, se ha optado por crear órganos especializados y dotados de autonomía para ejercer estas funciones de control (aparte de otras, como las funciones de selección, negociación colectiva, evaluación, etcétera). Tales órganos especializados han asumido, en ocasiones, no solo funciones correctoras, sino también formativas y, por cuanto ahora más interesa, funciones consultivas respecto a las dudas que puedan formularles los empleados públicos respecto a la conformidad de una posible decisión o conducta con el conjunto de sus obligaciones, tanto funcionales como deontológicas. Es decir, en caso de dudas sobre el modo en que deben ejercer sus funciones, sus empleados públicos pueden dirigirse directamente al mismo órgano que podría sancionarles disciplinariamente por incumplirlas y solicitarle instrucciones sobre la forma más adecuada de actuar.

La simple existencia de esta posibilidad de formular consultas y conseguir que se resuelvan sus dudas ya puede constituir una importante fuente de sosiego para los empleados públicos. Pero ese sosiego es aún mayor cuando tales consultas tienen efectos de exoneración de la responsabilidad. Tal sería el caso, como ha destacado Fuentetaja Pastor, de las informaciones que puedan suministrar los «referentes deontológicos» que deben existir obligatoriamente en cada agencia y departamento del *Federal Service* norteamericano¹⁶.

De conformidad con el título 5, capítulo xvi, subcapítulo b, Parte 2635, § 2635.107 «Ethics advice», letra b) del *Code of Federal Regulations* (Código de Regulaciones Federales), los empleados que tengan dudas sobre cómo aplicar la normativa en una situación determinada sin vulnerar sus deberes éticos pueden recabar el consejo de estos «referentes deontológicos». Aquellos empleados que hayan confiado de buena fe en estas indicaciones y hayan ajustado su conducta a ellas, siempre que hubieran aportado toda la información relevante al realizar la consulta, quedan libres de responsabilidad disciplinaria. Respecto a su posible responsabilidad penal no quedan automáticamente exonerados, pero el hecho de haber confiado de buena fe en las indicaciones del «referente deontológico» se configura como un factor que puede ser tenido en cuenta por la fiscalía (el Departamento de Justicia, de quien dependen las Fiscalías federales) para la selección de los casos objeto de persecución¹⁷.

¹⁶ Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR (2021), «Función pública española y función pública comparada: referentes externos para retos internos», en Josefa CANTERO MARTÍNEZ (coord.), *Continuidad versus transformación: ¿qué función pública necesita España?*, Madrid, INAP, p. 83.

¹⁷ El tenor literal del precepto es el siguiente: «Employees who have questions about the application of this part or any supplemental agency regulations to particular situations should seek advice from an agency ethics official. Disciplinary action for violating this part or any supplemental agency regulations will not be taken against an employee who has engaged in conduct in good faith reliance upon the advice of an agency ethics official, provided that the employee, in seeking

La forma concreta que podrían adoptar este tipo de mecanismos puede ser muy variada, pudiendo admitir tanto consultas individuales de cada empleado como consultas colectivas presentadas por órganos encargados de su coordinación y representación, cuando ello resulte posible. Por ejemplo, cabría reconocer a los Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local la posibilidad de elevar consultas al órgano que se estableciese, de manera análoga a la posibilidad con que cuenta el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de elevar consultas a la Dirección General de los Registros y del Notariado (ahora llamada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), consultas estas últimas, por cierto, que tienen el carácter de vinculante (art. 103 Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).

Soy consciente de que esta propuesta parece agravar el problema que se supone que se pretende solucionar, pues lo que generaría sería justamente mecanismos de consulta que, según hemos visto, son una de las manifestaciones en las que puede concretarse la «burocracia defensiva». Es decir, más burocracia. Pero, siendo esto cierto, creo que este tipo de sistemas ofrecen, al menos, dos ventajas: por una parte, se ordenan y regulan unas actuaciones que, de otra forma, se desarrollan de manera caótica, indicando claramente el proceso que hay que seguir, los órganos que deben participar y las consecuencias de la consulta; por otra parte, permiten crear un cuerpo doctrinal estable al que resulta posible dirigirse en caso de dudas y que aporta la seguridad jurídica que, en ocasiones, se echa en falta por quienes acaban adoptando medidas defensivas dentro de la Administración.

De algún modo, se trataría de una respuesta al fenómeno de la «burocracia defensiva» que no se enfrenta a ella como algo intrínsecamente malo, sino que intenta encauzarla y aprovechar lo que pueda tener de bueno.

3.3. El cambio en la cultura del control: más autonomía, menos responsabilidad, más rendición de cuentas

El llevar a un peligroso maximalismo la (sana) obsesión con el control y la transparencia, junto con un cierto sensacionalismo y una insoportable frivolidad, han acabado tejiendo una cultura de la sospecha y la desconfianza sobre la Administración que termina por paralizarla, puesto que sus empleados prácticamente no pueden dar un paso sin incurrir en el riesgo de que les exija algún tipo de responsabilidad jurídica. Al mismo tiempo, y paradójicamente, es muy posible que el sistema de responsabilidad jurídica de nuestro orde-

such advice, has made full disclosure of all relevant circumstances. Where the employee's conduct violates a criminal statute, reliance on the advice of an agency ethics official cannot ensure that the employee will not be prosecuted under that statute. However, good faith reliance on the advice of an agency ethics official is a factor that may be taken into account by the Department of Justice in the selection of cases for prosecution. Disclosures made by an employee to an agency ethics official are not protected by an attorney-client privilege. An agency ethics official is required by 28 U. S. C. 535 to report any information he receives relating to a violation of the criminal code, title 18 of the United States Code».

namiento, a pesar de su crecimiento hipertrófico, se haya quedado completamente obsoleto por negarse a incorporar una distinción que resulta capital y a la que ya hicimos mención: la distinción entre *liability* y *accountability*, entre responsabilidad en sentido estricto y rendición de cuentas. Es imperiosa la necesidad de redistribuir cuanto antes la atención del ordenamiento jurídico español en detrimento de la primera y a favor de la segunda.

No se trata de no exigir o de exigir menos responsabilidades a los empleados públicos, sino de exigir un tipo de responsabilidades distintas¹⁸. Unas responsabilidades que, si no todos, al menos algunos empleados públicos estarían plenamente dispuestos a arrostrar: aquellos llamados a ejercer funciones directivas o gerenciales. Centrarse en la exigencia de responsabilidades en lugar de en la rendición de cuentas obliga a mantener una perspectiva nomocéntrica. La responsabilidad en sentido estricto, por definición, solo surge como consecuencia del incumplimiento de un deber. Deber que tiene que estar positivizado. En consecuencia, son las normas que establecen estos deberes, cuyo incumplimiento da lugar a la responsabilidad, las que se acaban convirtiendo en el eje del sistema. El resultado es una cultura administrativa extremadamente formalista, en la que todo el fenómeno administrativo se analiza en términos de legalidad y en el que se presta poca o ninguna atención a los resultados realmente alcanzados¹⁹.

Esta situación, necesariamente indeseable, facilita que se asuma una premisa equivocada: que el simple cumplimiento de la norma permite satisfacer el interés general, lo cual, sencillamente, es falso. Incluso peligroso, tal y como se ha denunciado en relación con la «medicina defensiva»: cumplir las normas y los criterios técnicos puede evitar la responsabilidad, pero de ninguna forma puede identificarse con la buena práctica clínica²⁰.

Este planteamiento debe sustituirse (o, más bien, completarse), como muchas y autorizadas voces han propuesto, por un modelo en el que se preste una atención creciente a los resultados obtenidos por el empleado y en el que desaparezca la obsesión actual con la aprobación de normas de conducta y el control de su cumplimiento. Velasco Caballero se ha referido en este sentido a la «desprogramación normativa de la actuación administrativa»²¹. El cumplimiento de la norma debe marcar la conducta mínima exigible y por eso puede expresarse en términos negativos: quien vulnere los deberes que marcan el perímetro de su actividad, responderá de ello. Pero la actuación de los empleados no puede medirse únicamente con este criterio. Los controles de legalidad deben mantenerse, naturalmente, pero es imprescindible que se completen con controles de eficacia y de eficiencia. La cuestión no puede ser, únicamente, «¿qué ha hecho mal un empleado?», sino «¿qué y cuánto de bueno ha hecho este empleado?». La *liability* o responsabilidad en sentido estricto no es suficiente (al contrario: llevada al extremo es contraproducente),

¹⁸ Gabriella CREPALDI (2021), «L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa prima e dopo il Decreto semplificazioni», *op. cit.*, p. 29.

¹⁹ Luisa TORCHIA, Luisa (2020), «La responsabilità amministrativa», *op. cit.*, p. 764.

²⁰ Ana Belén CRUZ-VALIÑO (2021b), «Medicina defensiva y derechos fundamentales», *op. cit.*, p. 162.

²¹ Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y derechos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, p. 181.

es necesario avanzar hacia la *accountability* o rendición de cuentas. De lo contrario, es decir, de mantener un modelo de *liability* o responsabilidad en sentido estricto como forma de controlar la eficiencia, se producen desequilibrios que pueden conducir a la adopción de prácticas propias de «burocracia defensiva», como ha denunciado en repetidas ocasiones Battini²².

No se trata de un cambio fácil. En Italia, de hecho, se ha constatado el absoluto fracaso del nuevo modelo o, más propiamente, su perversión²³. Y algunos pronunciamientos relativamente recientes y polémicos no han hecho sino ahondar en su fracaso. Tal ha sido el caso, destacado por la doctrina, de la sentencia del Tribunal de Casación, Secciones Unidas, de 1 de febrero de 2021, núm. 2157. En ella, se debatía la competencia del Tribunal de Cuentas para enjuiciar la posible responsabilidad contable de los encargados del Departamento del Tesoro del Ministerio de Economía y Hacienda por haber contratado productos financieros derivados como parte de su gestión de la deuda pública italiana. Estos contratos derivados acabaron produciendo un daño patrimonial de algo menos de cuatro mil millones de euros, que era el que se pretendía que el Tribunal de Cuentas exigiera a los responsables del Tesoro. Frente a la postura de la primera instancia y del propio Tribunal de Cuentas, que entendieron que las decisiones que acabaron dando lugar a ese perjuicio patrimonial caían fuera de su control por su carácter discrecional, el Tribunal de Casación afirmó la plena competencia de la jurisdicción contable al entender que tales decisiones discrecionales deben respetar los principios de economicidad, eficacia y razonabilidad, lo que sería plenamente controlable por el Tribunal de Cuentas como parte de su control de legalidad y no de oportunidad. Como recuerda Bontempi, en realidad, los contratos derivados son un instrumento habitual y recomendado por los principales organismos internacionales para que los Estados gestionen sus deudas públicas, si bien entrañan ciertos riesgos, como no puede ser de otra forma tratándose de productos financieros. Ello hacía que, en este caso concreto, el Tribunal de Cuentas difícilmente pudiera declarar la responsabilidad de los gestores públicos. La cuestión que subyace, sin embargo, es si el control de legalidad es la forma más idónea de controlar la actividad de estos gestores²⁴.

Debe acometerse, por tanto, un cambio de modelo de control sobre el empleado público (acaso sea solo una evolución del modelo existente), aun con todas las cautelas y una extrema prudencia, dado que sus beneficios podrían ser enormes.

²² Por todas, y entre las más recientes, Stefano BATTINI (2023), «Il riformismo e la burocrazia: eredità del passato e prospettive per il futuro», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 2/2023, p. 772.

²³ Stefano BATTINI (2015), «Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* núm. 1/2015, sintetiza magistralmente los objetivos que perseguía la reforma, el modo en que se llevó a cabo y los errores en su aplicación que dieron lugar al estrepitoso desastre final. Se recogen de nuevo algunas de estas ideas en Stefano BATTINI y Francesco DECAROLIS (2019), «L'Amministrazione si difende», *op. cit.*, pp. 317-319. Muy crítico también Francesco FOLLIERI (2021), «Politica, burocrazia e buon andamento», *op. cit.*, pp. 99-100.

²⁴ Valerio BONTEMPI (2021), «Il caso dei contratti derivati del MEF: come incentivare una amministrazione difensiva», *op. cit.*, p. 503.

En primer lugar, y con carácter general, porque este planteamiento respondería a una construcción dogmáticamente sólida y coherente que permitiría superar la errónea perspectiva nomocéntrica actual: ni el cumplimiento de las normas asegura la eficiencia (ni la eficacia), ni la ineficiencia (ni la ineficacia) se debe, necesariamente, a una vulneración de las normas.

En segundo lugar, y por cuanto a nosotros más interesa, porque este planteamiento permitiría reequilibrar el juicio de costes que realiza el empleado cuando está decidiendo si debe o no debe actuar, si debe o no ejercer sus funciones. Recordemos una vez más: de acuerdo con nuestra propuesta teórica, un empleado público adoptará comportamientos típicos de una «burocracia defensiva» cuando el riesgo percibido derivado de cumplir sus funciones sea superior al riesgo percibido derivado de su incumplimiento. Es decir, cuando cumplir sus funciones sea más perjudicial que incumplirlas. Pues bien, en un modelo en el que la eficacia y la eficiencia de la actividad del empleado no se tienen en cuenta para exigirle responsabilidades, es decir, en un modelo en el que no hay *accountability* o rendición de cuentas, sino simple *liability* o responsabilidad en sentido estricto, los costes de la inactividad del empleado no los asume él, sino la colectividad²⁵. Ahora bien, si al empleado se le advierte de que pueden derivarse consecuencias negativas para él de la falta de eficacia o eficiencia en su actividad, es decir, si se establece un modelo de rendición de cuentas o *accountability*, su inactividad o actividad deficiente (o sea, las prácticas propias de una «burocracia defensiva») comenzarán a generarle un coste o riesgo de coste. Es decir, se internalizarán. Eso dará como resultado que optar por incumplir sus funciones, es decir, optar por la «burocracia defensiva», deje de ser una opción tan atractiva.

Paralelamente, la exigencia de rendición de cuentas permitiría reducir los controles de responsabilidad en sentido estricto. Es decir, permitiría reducir el riesgo de sufrir consecuencias punitivas o patrimoniales por adoptar decisiones que no son legales o ilegales, sino acertadas o erróneas. Por lo demás, no hay nada rompedor ni revolucionario en esta propuesta que, una vez más, tiene una antigüedad sonrojante. WILSON, defensor en Estados Unidos de la idea weberiana de separación radical entre esfera política y esfera administrativa, consideraba, justamente, que la rendición de cuentas por parte de los empleados exigía que estos gozaran de muy amplios poderes y una discrecionalidad desembarazada de obstáculos. Ello permitiría identificar claramente al responsable de la buena y la mala Administración. Lo que debe corresponder al control democrático, según Wilson, es la rendición de cuentas, pero no el control de las pequeñas actuaciones diarias, pues ello sería como «un rústico manejando maquinaria sensible»²⁶. A pesar de todo esto, sigue habiendo reticencias en parte de la doctrina a afrontar el cambio de modelo que aquí se propone²⁷.

²⁵ Stefano BATTINI, Stefano, y Francesco DECAROLIS (2019), «L'Amministrazione si difende», *op. cit.*, p. 317; Alessandra BATAGLIA, Stefano BATTINI *et al.* (2021), «“Burocrazia difensiva”: cause, indicatori e rimedi», *op. cit.*, p. 1301.

²⁶ Thomas Woodrow WILSON (1887), «The study of Administration», *op. cit.*, p. 215.

²⁷ Entre los más recientes, Ricardo RIVERO ORTEGA (2020), *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, *op. cit.*, p. 252, aun reconociendo que la *accountability* puede considerarse una valiosa aportación procedente de otras ciencias sociales, se muestra escéptico

Es posible que el verdadero problema de la «burocracia defensiva» esté en los altos funcionarios. Es a estos altos funcionarios a los que cabe exigir *accountability*. Y, lo más interesante, sabemos cómo hacerlo. Es más, ya lo hacemos, solo que no extraemos todas las consecuencias que deberíamos. Los Órganos de Control Externo autonómicos (OCEX), equivalentes al Tribunal de Cuentas, llevan años realizando en toda España auditorías no solo de legalidad, sino de eficacia y eficiencia, con sus necesarias adaptaciones al ámbito público²⁸. Cumplen con el requisito de ser una instancia diferente y separada de la instancia que adopta una política o toma (o evita) la decisión, evitando el posible conflicto de intereses que podría producirse si se tratara de un órgano dependiente²⁹. Son expertos en detectar malos gestores. Pero sus informes, cuando se usan por las cámaras legislativas autonómicas, solo dan lugar a controles al Ejecutivo. Es paradójico, pero se trata de un uso increíblemente ineficiente de la actividad de unos órganos que, justamente, se encargan de medir la ineficiencia. La información generada por los OCEX seguramente permitiría ya tomar decisiones sobre personas concretas. Decisiones que no consistirían en la exigencia ni de responsabilidad civil ni punitiva, porque no tendrían por causa el incumplimiento de un deber legal, sino el ejercicio imperfecto de ciertas funciones, el no haber alcanzado ciertos objetivos, el haber gestionado mal, no el ser un delincuente.

3.4. Reconducir la jurisdicción penal a sus justos términos

Como hemos indicado, la jurisdicción penal está ocupando espacios de control de la Administración que, posiblemente, no le corresponden. Se trata de una tendencia social profunda y compartida con los países de nuestro entorno, por lo que seguramente no podrá erradicarse por completo. Sin embargo, sí resultaría posible adoptar algunas medidas que ayudaran, al menos, a mitigarla, como las propuestas por Rebollo Puig, quien indica, entre otras, las siguientes³⁰:

— Por un lado, redefinir algunos tipos penales o incluso suprimir otros, a fin de describir con más precisión las conductas merecedoras de reproche penal³¹;

acerca de su capacidad para prevenir comportamientos arbitrarios, «salvo que identifiquemos sus perfiles difusos con los de la responsabilidad», es decir, con la *liability*. Esta identificación fue, de hecho, la que se produjo en Italia y la que dio al traste con la reforma de su sistema de responsabilidad gerencial.

²⁸ La especial naturaleza de la Administración pública y su carácter vicarial, orientado a satisfacer los intereses generales y no sus intereses propios, hacen que las auditorías de eficacia o eficiencia (que pueden ser muy útiles para las entidades privadas, movidas por el ánimo de lucro), no sean suficientes para ella. De ahí que sea necesario conjugarlas con auditorías de legalidad y evitar planteamientos excesivamente economicistas de su evaluación, como recuerda Francesco FOLLIERI (2021), «Politica, burocrazia e buon andamento», *op. cit.*, pp. 98-99.

²⁹ Elisenda MALARET I GARCIA (2017), «Bon govern, transparència i rendició de comptes. Reforçant i completant la legitimitat democràtica dels poders públics», *op. cit.*, p. 46.

³⁰ Manuel REBOLLO PUIG (2019), «El control de la Administración por la jurisdicción penal», *op. cit.*, pp. 182-187.

³¹ Se remite, a este respecto, a los ejemplos que brinda José María BAÑO LEÓN (2015), «Crimen y ladrillo: la tortuosa relación entre Derecho Penal y Derecho Urbanístico», en *Práctica*

— Por otro lado, establecer mecanismos que, manteniendo la acción penal popular, permitan moderar sus efectos. Por ejemplo, asegurando que las querellas no se admitan con automatismos o a la ligera; exigiendo un uso proporcionado de los amplísimos (y necesarios) poderes de los que gozan los jueces de instrucción; permitiendo que el proceso pueda terminar con sobreseimiento libre tan pronto como haya datos que permitan hacerlo; imponiendo multas a los querellantes temerarios o de mala fe, que se sumarían a las condenas en costas ya previstas en el art.240.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal; o aplicando rigurosamente el delito de denuncia falsa (art.456 Código Penal) y la exigencia de fianza al denunciante que ya se prevé en el art.280 Ley de Enjuiciamiento Criminal;

— Finalmente, regular adecuadamente la posibilidad de que la sentencia penal pueda anular actos y contratos administrativos.

3.5. Insistir en la despolitización

Ni es una propuesta nueva ni está libre de ingenuidad. Aun así, debe insistirse en la despolitización de la Administración como objetivo, como punto en el horizonte al que dirigirse. También este objetivo es casi tan viejo como la propia burocracia. Fue, de hecho, uno de los temas favoritos de los regeneracionistas, a quienes preocupaba, sobre todo, por su incidencia en el acceso al empleo público y en sus funestas consecuencias sobre el aparato burocrático³².

En nuestro caso, su posible utilidad derivaría de uno de los elementos fenomenológicos antes indicados: una de las principales fuentes de riesgo para los empleados públicos parece encontrarse en los casos de corrupción, pero la corrupción, habitualmente, procede de elementos políticos, no administrativos. Es decir, es la proximidad a los políticos donde radica el riesgo para los empleados públicos. De aceptarse lo anterior, parece poder concluirse que, a menor presencia de políticos o, si se prefiere, de personal no profesional, en la Administración, menores riesgos para los empleados públicos y, consecuentemente, menores incentivos para que estos desarrollen mecanismos de protección que puedan identificarse como fenómenos de «burocracia defensiva».

3.6. La concesión de premios, reconocimientos y recompensas

Una de las poquísimas singularidades que presenta la dogmática del Derecho administrativo español, cuando se la compara con las de los países de

Urbanística, núm.134, p.6, en relación con ciertos tipos penales cuya redacción obliga a una interpretación casuística y difícilmente previsible.

³² Por ejemplo, Alejandro NIETO (1976), *La burocracia. I. El pensamiento burocrático*, op. cit., pp.237-239, resume las inquietudes que generaba a Lorenzo Domínguez la politización de la Administración plasmada en el *spoils system*, que daba lugar a que desapareciera el celo en el servicio (porque el acceso y el mantenimiento no dependían del desempeño), a que se deteriorase la jerarquía (dado que el puesto se debía al favor de un superior aún más alto), a la parcialidad y la falta de neutralidad (pues debía pagarse el favor del superior a quien se debía el cargo), al maltrato al ciudadano y a la proliferación de cargos.

nuestro entorno, es la identificación de uno de los modos de actividad de la Administración pública con la llamada «actividad administrativa de fomento». Este modo de actividad, que habitualmente acompaña a las llamadas «actividad administrativa de limitación» y «actividad administrativa de servicio público», es una rareza de la doctrina española, desconocida en los países de nuestro entorno europeo y únicamente presente en algunos ordenamientos americanos debido a una influencia española directa. Como he desarrollado ampliamente en otros sitios, la actividad administrativa de fomento es la traducción jurídica del deseo de la Administración de convencer a un sujeto para que actúe en un determinado sentido, que se considera beneficioso para el interés general, pero sin imponérselo ni obligarle a hacerlo. Para ello, la Administración se vale de la concesión (o de la promesa de concesión) de todo tipo de ventajas o actos favorables para convencer, persuadir, arrastrar al ciudadano, como pueden ser subvenciones y otras entregas dinerarias a título no devolutivo, créditos, ayudas en especie, privilegios jurídicos, reconocimientos honoríficos, entrega de premios, etcétera³³. Pues bien, la concesión (o la promesa de concesión) de este tipo de ventajas podría resultar un mecanismo útil para disuadir a los empleados públicos de que adopten prácticas propias de la «burocracia defensiva».

Tal vez puede resultar chocante que se proponga conceder ventajas a quienes ya son unos privilegiados y que ello se haga con el único fin de que ejerzan unas funciones que ya están obligados a ejercer y por las que ya se les paga. Sin embargo, no se trata de una propuesta en absoluta novedosa. La actividad administrativa de fomento tiene una extraordinaria presencia en todos los ámbitos de la realidad administrativa y se aplica a todo tipo de actividades económicas, sociales, culturales, educativas, medioambientales... y laborales. No otra cosa que medidas de fomento son muchos de los complementos de productividad que perciben los empleados públicos. Por ejemplo, el profesorado universitario puede solicitar el abono de «sexenios de investigación» como complemento retributivo de productividad cuando acredita haber realizado, al menos, cinco aportaciones científicas de calidad en un periodo de seis años. En rigor, la actividad investigadora del profesorado universitario forma parte de sus funciones ordinarias y está incluida en su salario. Sin embargo, se ha considerado útil, como forma de espolear aún más el desarrollo de sus actividades investigadoras, que puedan ser premiados con este complemento. Del mismo modo, el personal militar o el personal de los cuerpos y fuerzas de seguridad o de protección civil ya tienen incluido en el sueldo mostrar valor en su labor diaria y enfrentarse a peligros, en ocasiones extremos, a los que poca gente se enfrentaría, pero ello no impide que se les puedan conceder medallas y distinciones (algunas incluso con efectos retributivos) que reconocen su valor heroico o algunas acciones excepcionales o extraordinarias.

Los empleados públicos son conscientes de que recibirán el mismo salario a final de mes, con independencia de que asuman o no asuman riesgos. Es

³³ Entre los más recientes y por su ubicación en una obra de Derecho comparado, creo de especial utilidad el análisis contenido en Manuel REBOLLO PUIG y Antonio BUENO ARMIJO (2024), «La actividad administrativa de fomento en España», en Giuseppe Franco FERRARI (coord.), *Las actividades administrativas de fomento*, Bogotá, Temis, pp. 125-170.

decir, quien se beneficiará de que asuman riesgos será, en su caso, la colectividad, pero no ellos. De este modo, los empleados públicos pueden considerar que la decisión racional más sensata es la de no asumir tales costes, de los que no obtendrán nada³⁴. Sin embargo, la concesión de ventajas (o la promesa de su concesión) permitiría incluir un nuevo elemento en la valoración de la situación que hará el empleado público: los costes que supone la asunción de riesgos podrían venir compensados por la expectativa de obtener una ventaja (un ascenso, un complemento retributivo, un reconocimiento honorífico...). O, dicho en otros términos, aparecería un coste de oportunidad de no actuar que convertiría a la inactividad en una opción menos atractiva.

Por lo demás, la posibilidad de conceder ventajas a los empleados públicos que ejerzan plenamente sus funciones pensando en el interés general, y no en protegerse de los eventuales riesgos en los que pudieran incurrir, ya ha sido contemplada expresamente por el legislador italiano en su Código de Contratos Públicos (*Codice dei contratti pubblici*, D. lgs. 31 marzo 2023, núm. 36), en cuyo art. 1.4.b) se prevé que «El principio del resultado constituye un criterio [...] para: [...] b) asignar incentivos según los métodos establecidos por la negociación colectiva».

3.7. Una última posibilidad: tres tazas para el inapetente de caldo y el recurso (tal vez no del todo inútil) a la desviación de poder

En último término, aunque tal vez deberíamos haber comenzado con esto, hay que señalar la posibilidad de exigir responsabilidad frente a ciertas conductas catalogables como «burocracia defensiva». La construcción puede ser paradójica, pero podría tener sentido. Es más, hasta cierto punto, es una respuesta tradicional en nuestro ordenamiento y expresamente prevista para algunos casos: la inacción y la ineficacia voluntarias y antijurídicas pueden generar responsabilidad para quien las cause.

El punto de partida es evidente: adoptar medidas propias de una «burocracia defensiva», aun cuando vengan protegidas por una apariencia de legalidad formal, está prohibido, va en contra del ordenamiento. La prohibición respecto a algunas de las modalidades de burocracia defensiva es expresa. Por ejemplo, el art. 1.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas, establece que «Solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley». De manera similar, el art. 1.2 de la ley italiana 241 de 1990, por la que se aprueban nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos, dispone que «La Administración pública solo podrá agravar el procedimiento por necesidades extraordinarias y motivadas que vengan impuestas por el desarrollo de la instrucción» [*«La pubblica amministrazione non puo' aggravare il procedimento se non per straordinaria*

³⁴ Francesco FOLLIERI (2021), «Politica, burocrazia e buon andamento», *op. cit.*, pp. 101-103.

rie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria»]. Adoptarlas supone el incumplimiento de un deber y, en consecuencia, puede dar lugar a la exigencia de responsabilidades al autor de dicho incumplimiento.

Esta responsabilidad puede exigirse tanto a la Administración como a sus empleados. En el caso de la Administración, será fundamentalmente, una responsabilidad patrimonial. En el caso del empleado público podrá adoptar cualquiera de las formas que ya conocemos: penal, disciplinaria o patrimonial. De hecho, nuestras leyes se refieren expresamente a la eventual responsabilidad (disciplinaria) en la que incurre el empleado público que no actúa en plazo, por ejemplo, al emitir un informe (art.80 Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas), aunque sería exagerado hablar de «burocracia defensiva» simplemente porque se produzca esta situación³⁵.

De esta forma, una Administración o un empleado que se inhiben de actuar por miedo a la responsabilidad (o, más ampliamente, a los perjuicios) que su conducta podría acarrearles serían finalmente declarados responsables por los daños causados por su inhibición. Es decir, se declararía la responsabilidad de quien no actuó por miedo a la responsabilidad: a quien no quiere caldo, tres tazas. Expresado en términos de elección racional: se incrementarían los costes del no actuar, por lo que se convertiría en una opción menos atractiva³⁶. Sin embargo, no es seguro que el establecimiento de ciertas formas de responsabilidad, como las sanciones, tengan el efecto disuasorio deseado. De hecho, la introducción de sanciones administrativas para combatir el fenómeno de la «medicina defensiva» en Italia se ha demostrado ineficaz³⁷.

Además, es una solución complicada pues, como indicamos más atrás, una de las características de las prácticas típicas de la «burocracia defensiva» es que vienen revestidas de una apariencia de legalidad formal. El empleado intenta no infringir la norma, sino aprovechar las posibilidades que le ofrece, retorciéndola cuanto sea necesario, para evitar o retrasar el cumplimiento de sus deberes.

³⁵ En el caso de Italia, el art.2.9.1.º de la misma ley 241 de 1990, antes citada, establece que «La falta de resolución o resolución tardía constituye un elemento de evaluación tanto del desempeño individual, como de la responsabilidad disciplinaria y administrativa-contable del directivo y del funcionario incumplidor» [*«La mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente»*]. Esta previsión se ha visto reforzada con la introducción de una nueva modalidad de responsabilidad contable por resolución tardía de los procedimientos de concesión simplificados creados por el D.L. de 16 de julio de 2020, núm.76, al que nos referimos más atrás. Un análisis bastante crítico de esta nueva modalidad de responsabilidad contable y de su cuestionable acierto en Riccardo PATUMI (2021), «Procedure di affidamento semplificate introdotte dal decreto semplificazioni e responsabilità dei funzionari pubblici», *op. cit.*, p.718.

³⁶ Jef DE MOT y Michael FAURE (2014), «Public authority liability and the chilling effect», *op. cit.*, p.128.

³⁷ El decreto ley núm.78/2015 (convertido en ley núm.125/2015) introdujo sanciones específicas para combatir la «medicina defensiva», en concreto, para reducir las prestaciones innecesarias acordadas por los médicos italianos. Su fracaso vino demostrado por la necesidad de una nueva intervención legislativa solo dos años después, según concluye Flaminia APERIO BELLA, «Defensive Medicine and Defensive Bureaucracy», *op. cit.*, p.9.

Y esto obliga, finalmente, a mencionar lo más obvio: la desviación de poder. Cuando un empleado solicita informes que no son realmente necesarios, añade trámites que sabe que no aportarán nada, extiende y agota todos los plazos posibles o de manera similar dilata o evita la adopción de una decisión final, está ejerciendo, ciertamente, potestades que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, pero lo está haciendo para alcanzar un fin distinto a aquel que justifica la atribución. Esto es, está incurriendo en desviación de poder. Es prudente y oportuno que el ordenamiento permita al instructor de un procedimiento solicitar informes a otros órganos para resolver correctamente. Pero el ordenamiento no ampara el uso de esta potestad con el fin dilatorio o elusivo típico de la «burocracia defensiva».

El problema de la desviación de poder, de todos conocido, es el de su prueba. Resulta extremadamente complicado poder probar la existencia de este vicio clásico, tal y como se desprende de una jurisprudencia bastante constante, que lo rechaza casi sistemáticamente³⁸. Junto a eso, encontramos también el problema de determinar las consecuencias de su declaración. En efecto, parece que la principal consecuencia de afirmar que se ha producido una desviación de poder será que la decisión adoptada se entenderá incurso en una causa de anulabilidad (art. 48.1 Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común), lo que permitiría declarar su invalidez a través de los cauces oportunos. Sin embargo, en los casos que nosotros estamos analizando, relacionados con la «burocracia defensiva», la desviación de poder se habría utilizado, precisamente, para evitar la adopción de una decisión, de modo que no habría nada que declarar inválido. En consecuencia, no solo sería difícil conseguir su declaración, es que tampoco se sabría para qué se está solicitando que se declare.

Como mucho, y a lo sumo, cabría considerar que la declaración de desviación de poder podría facilitar, en determinadas circunstancias y cuando se reúnan otros elementos, acudir al juez penal para conseguir una condena por prevaricación³⁹. Es decir, podría ayudar a exigir responsabilidades penales a quien intentaba huir del riesgo de que se le exigieran otras responsabilidades distintas. Pero poco más.

³⁸ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (2014), «Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos», *Revista de Administración Pública*, núm. 195, p. 199, cuenta la anécdota de que García de Enterría eliminó de un escrito de demanda que le presentó para su revisión la alegación de desviación de poder. Por un lado, porque su alegación era inútil, dado que nunca se estimaba, y por otro, porque su mención daba mala imagen, como de abogado ingenuo. Es cierto, sin embargo, que la anécdota le sirve, justamente, para ponderar la sorpresa causada por una cierta jurisprudencia que, en el específico ámbito de los planes urbanísticos, comenzó a estimar la alegación de este vicio.

³⁹ Admite expresamente esa posibilidad Mariano LÓPEZ BENÍTEZ (2018), «Desviación de poder y prevaricación administrativa: diferencias y entrecruzamientos», *Documentación Administrativa – Nueva época*, núm. 5, p. 177, que ha analizado pormenorizadamente la relación entre desviación de poder y prevaricación administrativa.

EPÍLOGO

HACER LO CORRECTO

Hasta aquí se ha intentado hacer una presentación del fenómeno de la «burocracia defensiva» exponiendo en qué consiste, cuáles son algunas de sus manifestaciones, sus posibles causas y, acaso, sus posibles remedios. La idea central, tantas veces repetida, es que los empleados públicos adoptarán prácticas típicas de «burocracia defensiva» cuando los riesgos derivados de cumplir sus funciones sean mayores que los riesgos derivados de no hacerlo. Esta hipótesis se ha revelado fructífera y creo que podría servir de marco teórico para realizar estudios empíricos. Tiene la peligrosa seducción de lo convincente. Pero no es suficiente.

Una y otra vez, las reflexiones que se contienen en las historias de superhéroes en las que estos se cuestionan el uso de sus poderes acaban del mismo modo. Aunque sea doloroso, aunque sea demasiado arriesgado, aunque tengan mucho más que perder que de ganar ejerciendo sus poderes, incluso cuando tienen la certeza de que todo acabará mal, aunque sepan que no deben hacerlo porque nadie, en su sano juicio, lo haría, la decisión del superhéroe habitualmente es la misma: actuar.

Las motivaciones de cada personaje para comportarse así varían, pues también aquí la reflexión es rica. Hay posturas cínicas, en las que los superhéroes vuelven a ponerse la máscara porque les gusta, porque echan de menos sentirse poderosos o sentir el riesgo. El retrato que se hace de estos superhéroes es mezquino, egoísta, algo patético y miserable. Tal vez por eso el resultado es una imagen profundamente humana y verosímil, como ocurre con los personajes de esa obra maestra que es el *Watchmen* de Allan Moore. Pero es la excepción. La mayoría de las motivaciones son mucho más amables y edificantes: ayudar al débil que está siendo injustamente atacado (motivo recurrente en las historias de *Lobezno*), compensar el daño que se hizo en el pasado (por acción o, más frecuentemente, por omisión, como la prototípica muerte del tío Ben de Peter Parker/*Spiderman*), evitar el daño que puede producirse en el futuro, defender la nación y la libertad de los ciuda-

danos (y aquí se sitúan tanto un ultranacionalista tipo *Capitán América* como un anarquista furioso tipo *V de Vendetta*). En definitiva, hacer lo correcto.

Salvo en el caso de superhéroes cínicos, en todos estos supuestos los superhéroes adoptan la decisión de actuar, de ejercer sus poderes, en contra de sí mismos. No quieren hacer lo que finalmente hacen. La elección racional no coincide con la elección final. Lo correcto se impone sobre lo conveniente. Naturalmente, esto es lo que hace que un superhéroe sea un superhéroe y no la simple ordinariéz de tener superpoderes o llevar mallas de colores. Pero este componente moral no tiene nada de fantasioso. Aquí radica la importantísima función social de ejemplaridad que cumplen actualmente las historias de superhéroes, como durante siglos las cumplieron las vidas de santos. Y, sobre todo, es aquí donde podemos reconocer que nuestras conductas, las conductas humanas, no solo responden a estímulos de interés, sino a estímulos morales.

Nada más lejos de mi intención que afirmar que los empleados públicos son superhéroes encubiertos. Pero sí debe retenerse que tienen conciencia moral. Y, en particular, un tipo muy especial de valores morales, habitualmente englobados en el nombre de ética del servicio público. Esta ética constituye un dique frente a la adopción de prácticas propias de la «burocracia defensiva» que no puede obviarse al estudiar el fenómeno. Nada muy diferente, seguramente, del dique que constituye frente a la «medicina defensiva» la ética médica, plasmada en el milenario juramento hipocrático.

Los empleados públicos, en infinidad de ocasiones, ejercen sus funciones a despecho de las consecuencias negativas que pueda acarrearles, ya se trate de eventuales responsabilidades civiles, disciplinarias o penales, del coste reputacional o emocional, a pesar de no obtener ningún beneficio personal y, lo que resulta decisivo, a pesar de que podrían elegir la opción de no ejercer sus funciones y que esto, realizado de formas que ellos conocen, no les acarrearía prácticamente coste alguno.

Cualquier estudio futuro sobre la «burocracia defensiva» debería tener presente que a veces los empleados públicos actúan, sencillamente, porque es lo correcto. Como cualquier persona. Como cualquier superhéroe.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2013), *Marvel. Crónica Visual Definitiva*, Londres, DK.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía (2014), «Los confines de las sanciones. En busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, núm. 195, pp. 135-167.
- ALJOXANÍ (2005), *Historia de los Jueces de Córdoba*, texto árabe y traducción española por Julián Ribera, facsímil publicado por la editorial Renacimiento, Sevilla, a partir del original de 1914 publicado por el Centro de Estudios Históricos de la Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas.
- ALMONACID LAMELAS, Víctor (2021), *La divina comedia de la Administración*, Madrid, Wolter Kluwers.
- ÁLVAREZ, Rafael J. (2022), «Los directores de colegios que se plantaron: “No entregué las llaves para evitar que la política entrara en el colegio”», *El Mundo*, 26/09/2022.
- APERIO BELLA, Flaminia (2023), «Defensive Medicine and Defensive Bureaucracy», *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, núm. 3/2023, pp. 1-17.
- ARENILLA SÁEZ, Manuel (1996), *La teoría de la Administración en Javier de Burgos desde sus escritos periodísticos*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública.
- ARTINGER, Florian M., Sabrina ARTINGER y Gerd GIGERENZER (2019), «C.Y.A.: frequency and causes of defensive decisions in public administration», *Business Research*, núm. 12, pp. 9-25.
- AUSÍN DÍEZ, Txetxu (2012), «Ética de las Administraciones», *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 1/2012, pp. 141-147.
- (2015), «Ética pública para generar confianza», *Revista vasca de gestión de personas y organizaciones públicas*, núm. 9, pp. 30-39.
- AYMERICH CANO, Carlos (2015), *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, Cizur Menor, Aranzadi.
- (2017), «Sentencia penal y contrato administrativo: entre la validez y la eficacia», en Felio José BAUZÁ MARTORELL, (dir.), *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*, Hospitalet, Bosch, pp. 137-174.
- (2019), «Corrupción, nulidad y decomiso de contratos. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Segunda), de 8 de junio de 2018 (caso Noos) y de 11 de noviembre de 2018», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 113, pp. 365-383.
- BAÑO LEÓN, José María (2015), «Crimen y ladrillo: la tortuosa relación entre Derecho Penal y Derecho Urbanístico», en *Práctica Urbanística*, núm. 134, pp. 6-12.

- (2021), «La ejecución del Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia: Ley especial coyuntural versus reforma general regulatoria», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, núm. 7, pp. 1-24.
- BAROJA, Pío (2000), *Opiniones y paradojas*, prólogo y selección de Miguel SÁNCHEZ-OSTIZ, Barcelona, Caro Raggio – Tusquets.
- BATAGLIA, Alessandra, Stefano BATTINI *et al.* (2021), «“Burocrazia difensiva”: cause, indicatori e rimedi», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 4., pp. 1295-1316.
- BATTINI, Stefano (2015), «Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* núm. 1/2015, pp. 53-67.
- (2023), «Il reformismo e la burocrazia: eredità del passato e prospettive per il futuro», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 2/2023, pp. 735-785.
- BATTINI, Stefano, y Francesco DECAROLIS (2019), «L'Amministrazione si difende», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1/2019, pp. 293-319.
- (2020), «Indagine sull'amministrazione difensiva», *Rivista italiana di Public Management*, vol. 3, núm. 2, pp. 342-363.
- BAUZÁ MARTORELL, Felio José (2017a), «La injerencia penal en la invalidez administrativa», en Fernando LÓPEZ RAMÓN y Francisco VILLAR ROJAS (dirs.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, AEPDA/INAP, pp. 117-126.
- (2017b), «Anulación de licencias urbanísticas por sentencias penales», en Felio José BAUZÁ MARTORELL, (dir.), *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*, Hospitalet, Bosch, pp. 99-103.
- (2017c), «El contrato administrativo: entre la validez y el delito», en Felio José BAUZÁ MARTORELL, (dir.), *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*, Hospitalet, Bosch, pp. 175-203.
- BLANCO GAZTAÑAGA, Carmen (2021), «Hacia una Administración más profesional», en Josefa CANTERO MARTÍNEZ (coord.), *Continuidad versus transformación: ¿qué función pública necesita España?*, Madrid, INAP, pp. 245-274.
- BONTEMPI, Valerio (2021), «Il caso dei contratti derivati del MEF: come incentivare una amministrazione difensiva», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 4, 1 de julio de 2021, pp. 500-508.
- BOTO ÁLVAREZ, Alejandra (2023), «Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital», *Documentación Administrativa*, núm. 10, pp. 40-58.
- BOTTINO, Gabriele (2017), *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- (2020), «La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici», *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2020, pp. 117-146.
- BROD, Max (1960), *Franz Kafka, a biography*, New York Schocken Books,.
- BUENO ARMIJO, Antonio (2023), «El amargo sabor del maíz griego: subvenciones, principio de equivalencia y protección de los intereses financieros de la Unión en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 230, 2023, pp. 99-130.
- (2025), «The Disciplinary Responsibility of Civil Servants. European Minimum Standards», en Karl-Peter SOMMERMAN, Adam KRZYWON y Cristina FRAENKEL-HAEBERLE (eds.), *The Civil Service in Europe. A Research Companion*, Routledge, Londres, pp. 497-516.
- CAFAGNO, Maurizio (2018), «Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva», *Il diritto dell'economia*, núm. 97, año 64, 3/2018, pp. 625-657.
- (2020), «Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali», *Diritto Amministrativo*, fasc. 1/2020, pp. 35-96.
- CAMGUILHEM, Benoît (2013), «La garantie des fonctionnaires. La séparation des autorités administratives et judiciaires selon Gérard», *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, núm. 33, pp. 467-477.

- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, coord. (2021), *Continuidad versus transformación: ¿qué función pública necesita España?*, Madrid, INAP.
- CAPELLA, Miguel (1928), *De res publica. Memorias de un burócrata*, Madrid, Prensa Nueva.
- CAPÓ BONNAFOUS, Eduardo (2017), *La estrella polar. Memorias de un juez de instrucción. núm. 1934-1939*, Sevilla, Renacimiento.
- CASSESE, Sabino (2024), *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Oscar Saggi núm. 170, Milán, Mondadori.
- CASTAÑO PÉREZ, Ana María (2021), *Desarrollo de un catálogo de competencias para el personal directivo público español*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- CASTILLO RAMOS-BOSSINI, Susana Esther (2024), *El régimen jurídico de la responsabilidad administrativa de los cargos públicos*, Madrid, Tecnos.
- CAVALLARO, Maria Cristina (2024), «Gli spazi e il ruolo dell'amministrazione pubblica: il problema dell'amministrazione difensiva», *Le relazioni di FinPa*, núm. 2/2024, pp. 1-5.
- CHAVES GARCÍA, José Ramón (2019), «Debilidades sustantivas y procesales de los funcionarios en defensa de sus funciones», en Leopoldo TOLÍVAR ALAS y David ORDÓÑEZ SOLÍS (coords.), *Justitia nemini neganda est. Derecho privado y derecho público ante los tribunales de justicia. Liber amicorum en homenaje al magistrado y profesor Rafael Fonseca González*, Madrid, Editorial Reus, pp. 397-427.
- CHAVES, José Ramón, y Juan Manuel DEL VALLE (2016), *Los diez pecados capitales de los empleados públicos*, Madrid, Editorial Amarante.
- CICERÓN (2022), *Catilinarias. Filípicas*, traducción de María José MUÑOZ JIMÉNEZ, Madrid, Gredos.
- CIFARELLI, Rocco (2023), «Fiscal Liability and Defensive Bureaucracy Between Perception, Causes and Remedies: Food for Thought», *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 3/2023, pp. 11-18.
- COLMEIRO, Manuel (1865), *Derecho Administrativo Español. Tomo I*, 3.ª edición, Madrid, Imprenta de José Rodríguez.
- COMITATO DI ESPERTI IN MATERIA ECONOMICA E SOCIALE (2020), *Iniziative per il rilancio «Italia 2020-2022». Rapporto per il Presidente del Consiglio dei Ministri (piano Colao)*, disponible en <https://www.eticapa.it/eticapa/wp-content/uploads/2020/06/RAPPORTO-FINALE-COMITATO-DI-ESPERTI-IN-MATERIA-ECONOMICA-E-SOCIALE.pdf> [última consulta: 23/11/2023]
- CREPALDI, Gabriella (2021), «L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa prima e dopo il Decreto semplificazioni», *Responsabilità civile e previdanza*, núm. 1/2021, pp. 23-36.
- (2023), «Crecimiento económico y simplificación en Italia», *Revista Cubana de Derecho*, vol. 3, núm. 1 (enero-junio), pp. 254-281.
- CRUZ-VALIÑO, Ana Belén (2021a), *La medicina defensiva: aproximación conceptual*, Granada, Comares.
- (2021b), «Medicina defensiva y derechos fundamentales», *Derecho y Salud*, vol. 31 Extraordinario, pp. 159-167.
- DAHLSTRÖM, Carl, Víctor LAPUENTE y Jan TEORELL (2012), «The merit of meritocratization: politics, bureaucracy, and the institutional deterrents of corruption», *Political Research Quarterly*, vol. 65, núm. 3, pp. 656-668.
- DE MOT, Jef, y Michael FAURE (2014), «Public authority liability and the chilling effect», *Tort Law Review*, núm. 22, pp. 120-133.
- DI DONATO, Luca (2023), «Defensive Behaviour and Bad Regulation: Problems and Remedies», *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 3/2023, pp. 1-23.
- DICKENS, Charles (2012), *La pequeña Dorrit*, Barcelona, Alba, [Traducción de Carmen FRANCÍ e Ismael Attrache de *Little Dorrit*, Londres, Bradbury and Evans, 1857].

- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2009), *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Madrid, Thomson-Civitas.
- ECO, Umberto (2021), *Apocalípticos e integrados*, DeBolsillo, Barcelona, 4.^a reimpresión [Traducción de Andrés BOGLAR de *Apocalittici e integrati*, Milán, Bompiani, 1964].
- EGIDO, Aurora (2014), «Cras, cras». “Vuelva usted mañana”: Gracián y Larra», *EPOS*, XXX, pp. 161-172.
- EPP, Charles R. (2009), *Making Rights Real: Activists, Bureaucrats, and the Creation of the Legalistic State*, University of Chicago Press.
- ESPADÁ, Arcadi (2008) *Un buen tío. Cómo el populismo y la posverdad liquidan a los hombres*, Barcelona, Ariel.
- ESTEBAN, José (2021), *La generación del 98 en sus anécdotas*, Sevilla, Renacimiento, 2.^a edición.
- FELIZIANI, Chiara (2019), «Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione», *Il diritto dell'economia*, año 65, núm. 98, 1/2019, pp. 155-192.
- FERNÁNDEZ GIL, María Jesús (2014), «Algo más que cultura de masas: la dimensión (est)ética del cómic», en Miguel Á. RAMIRO VALLÉS (ed.), *Derechos, cine, literatura y cómics. Cómo y por qué*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 87-100.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio (2018), *Los superhéroes y el Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- FOLLIERI, Francesco (2021), «Politica, burocrazia e buon andamento», *Persona e Amministrazione*, vol. 8, fascículo 1, pp. 89-104.
- FRACCHIA, Fabrizio, y Pasquale PANTALONE (2020), «La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato responsabilizzato», *federalismi.it*, núm. 36, pp. 33-70.
- FRANZIN, Dario (2023), «Abuse of Office and the Criminal Control Over Administrative Action After the Reform of 2020», *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 3/2023, pp. 1-11.
- FRATTINI, Franco (2022), «La giustizia amministrativa nel 2022», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 2 de 1 de marzo de 2022, pp. 159 y ss.
- FROMENT, Jean-Charles (2001), «Remarques sur les enjeux et la portée d'une 'criminalisation' du droit administratif», *Revue du Droit Public* núm. 2/2001, pp. 555-606.
- FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel (2021), «Función pública española y función pública comparada: referentes externos para retos internos», en Josefa CANTERO MARTÍNEZ (coord.), *Continuidad versus transformación: ¿qué función pública necesita España?*, Madrid, INAP, pp. 63-87.
- GARBAR, Christian (2016), «De la responsabilité à la responsabilisation des fonctionnaires», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 68, núm. 1/2016, pp. 7-9.
- GARCÍA DE LEÓN Y PIZARRO, José (1953), *Memorias*, Madrid, Revista de Occidente.
- GATTA, Gian Luigi (2023), «L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra 'paura della firma', esigenze di tutela e obblighi internazionale di incriminazione», *Sistema penal*, 5/2023, pp. 165-173.
- GONZÁLEZ-ECHEVARRÍA, Roberto (2011), *Mito y archivo: una teoría de la narrativa latinoamericana*, México DF, Fondo de Cultura Económica.
- GUAMAN POMA DE AYALA, Felipe (1987), *Nueva crónica y buen gobierno*, edición de John V. MURRA, Rolena ADORNO y Jorge L. URIOSTE, Historia 16, Colección «Crónicas de América», núm. 29b, Madrid.
- HARTSHORNE, John, Nicholas SMITH y Rosemarie EVERTON (2000), «Caparo under Fire': A Study into the Effects upon the Fire Service of Liability in Negligence», *The Modern Law Review*, vol. 63, núm. 4, pp. 502-522.

- HOLMES, Leslie (2015), *Corruption. A very short introduction*, Oxford, Oxford University Press.
- HUSTON, Charlie (2022), *Caballero Luna. 2. Sol de medianoche*, Marvel Saga núm. 134, Panini España, Torroella de Montgrí [Moonnight vol. 5, núm. 7-13 USA].
- INNERARITY, Daniel (2013), «De dominio público», *El País*, 23/04/2013.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (2022), «El Derecho Administrativo permanece: COVID-19 y la teoría de la policía administrativa», en Leopoldo TOLÍVAR ALAS, Alejandro HUERGO LORA y Tomás CANO CAMPOS (dirs.), *El patrimonio natural en la era del cambio climático*, Madrid, INAP, pp. 27-53.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (2023), *El legado de Galdós. Los mimbres de la política y su «cuarto oscuro» en España*, Madrid Los libros de la catarata.
- JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio (2011), «El juez penal y el control de la Administración: notas sobre la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009, asunto *Andratx*», en Francisco LÓPEZ MENUDO (coord.) *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, Madrid, Iustel, pp. 689-714.
- LA ROSA, Giuseppe (2021), «La “paura della firma” e la pillola avvelenata nel d.l. Semplificazioni 2020: prime considerazioni sui nuovi confini della responsabilità amministrativa», *Dirittifondamentali.it*, Fascicolo 3/2021 (29 de septiembre de 2021), pp. 171-187.
- LEGAZ LACAMBRA, Luis (1958), «Legalidad y legitimidad», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 101, pp. 5-23.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano (2018), «Desviación de poder y prevaricación administrativa: diferencias y entrecruzamientos», *Documentación Administrativa – Nueva época*, núm. 5, pp. 166-178.
- LORENZONI, Livia (2021), «La responsabilità amministrativa in relazione al fenomeno della cosiddetta burocrazia difensiva», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 4/2021, pp. 761-782.
- (2023), «Defensive bureaucracy in Italy: an Introduction», *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 3/2023, pp. 1-17.
- MAGALDI, Nuria (2024), «La *Embriaguez de la metamorfosis* de Stefan Zweig y el descubrimiento de la Administración burocrática», *Ivs Fvgit*, núm. 26-27, pp. 255-271.
- MALARET I GARCIA, Elisenda (2017), «Bon govern, transparència i rendició de comptes. Reforçant i completant la legitimitat democràtica dels poders públics», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55, pp. 23-47.
- MANNA, Adelmo, y Giandomenico SALCUNI (2020), «Dalla ‘burocrazia difensiva’ alla ‘difesa della burocrazia’? Gli itinerari incontrollati della riforma dell’abuso d’ufficio», *La legislazione penale*, 17/12/2020 [disponible en: <https://www.la legislazione penale.eu/wp-content/uploads/2020/12/Salcuni-Manna-approfondimenti-def.pdf>. Última consulta: 08/12/2024].
- MARIAS, Javier (1992), *Corazón tan blanco*, Barcelona, Anagrama.
- MAURO-SCHRÖDER, Nicole (2018), «Justice Has a Bad Side: Figurations of Law and Justice in 21st-Century Superhero Movies», *European Journal of American studies*, 13-4, pp. 1-23.
- MESA, Sara (2019), *Silencio Administrativo. La pobreza en el laberinto burocrático*, Barcelona, Nuevos Cuadernos Anagrama, núm. 14.
- MESONERO ROMANOS, Ramón de (1986), *Escenas matritenses*, Madrid, Austral-Espasa Calpe núm. 283.
- MOLINA OTERO, María Raquel (2024), «El non bis in idem en los regímenes punitivos a los que se someten los servidores públicos en Colombia: ¿una garantía, en la práctica, inexistente?», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 32, pp. 35-67.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2010), «De los delitos y las penas: ayer y hoy» en Santiago MUÑOZ MACHADO (ed.), *Los grandes procesos de la historia de España*, Madrid, Iustel, 2.ª ed., pp. 647-691.

- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2015), «Prólogo», a Luciano VANDELLI, *Papeles y papeleo. Burocracia y literatura*, Madrid, Iustel – Fundación Alfonso Martín Escudero, pp. 11-16.
- NIETO, Alejandro (1976), *La burocracia. I. El pensamiento burocrático*, Madrid Instituto de Estudios Administrativos.
- (1998), *La «nueva» organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel, 2.^a reimpresión.
- (2010), «Causa del Sr. Collantes: ¿drama o farsa?», en Santiago MUÑOZ MACHADO (ed.), *Los grandes procesos de la historia de España*, Madrid, Iustel, 2.^a ed., pp. 473-505.
- (2017), *Testimonios de un jurista (1930-2017)*, Madrid, INAP-Global Law Press.
- NOHARA, Irene Patricia (2022), «Cambios y nuevas perspectivas del régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración de Brasil», *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo*, BOE, pp. 39-68.
- OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT CONGRESS, US (OTA) (1994), *Defensive medicine and medical malpractice*, Washington D. C., U. S. Government Printing Office, Pub. N.º OTA-602.
- OVIDIO (2022), *Arte de amar. Amores*, traducción y notas de Vicente CRISTÓBAL LÓPEZ, Gredos – RBA, Madrid.
- PABLO (Pablo SAN JOSÉ) (1972), *La burocracia tenebrosa*, Colección La Nariz, núm. 2, Barcelona, Planeta.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón (1960), «Obstáculos a la responsabilidad penal de los funcionarios», *Revista de Administración Pública*, núm. 31, pp. 95-152.
- PATUMI, Riccardo (2021), «Procedure di affidamento semplificate introdotte dal decreto semplificazioni e responsabilità dei funzionari pubblici», *Azienditalia* núm. 4/2021, pp. 717-721.
- PÉREZ GALDÓS, Benito (2005), *Miau*, edición de Francisco Javier Díez de Revenga, Madrid, Cátedra.
- PÉREZ GERARDO, Diana Roselly (2017), «Los vicios y virtudes en las imágenes de la Nueva corónica y buen gobierno», *Memoria y Sociedad*, vol. 21, núm. 43, pp. 104-130.
- PERIN, Andrea (2020), «El fenómeno de la medicina defensiva como cuestión político-criminal: ¿Cómo conjugar autonomía y responsabilidad?», en Carlos María ROMEO CASABONA y Andrea PERIN (eds.), *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal*, Granada, Comares, pp. 1-23.
- POSNER, Richard A. (1982), «Excessive Sanctions for Governmental Misconduct in Criminal Cases», *57 Washington Law Review*, pp. 635-646.
- POYTHRESS, Norman G., y Stanley L. BRODSKY (1992), «In the Wake of a Law Suit Negligent Release. An Investigation of Professional Consequences and Institutional Impact on a State Psychiatric Hospital», *Law and Human Behavior*, vol. 16, núm. 2, pp. 155-173.
- RAS, Aurelio, (1944), *Reflexiones sobre la burocracia*, Madrid, Librería Beltrán.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2019), «La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana» en Manuel IZQUIERDO CARRASCO y Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR (dirs.), *Estudios sobre la ley orgánica de seguridad ciudadana*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 31-170.
- (2019), «El control de la Administración por la jurisdicción penal», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 115, pp. 151-190.
- (2020), «Derecho Administrativo sancionador y Derecho Penal: conciliación y conflicto», en Federico CASTILLO BLANCO (dir.), *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Madrid, Iustel, pp. 19-71.
- REBOLLO PUIG, Manuel, y Antonio BUENO ARMIJO (2024), «La actividad administrativa de fomento en España», en Giuseppe Franco FERRARI (coord.), *Las actividades administrativas de fomento*, Bogotá, Temis, pp. 125-170.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo (2020), *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Madrid, Iustel.

- ROMÁN MASEDO, Laura (2016), «Burocracia, política y corrupción en España», *Estado, Gobierno y Gestión pública*, núm. 27, pp. 117-141.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, y Andrea PERIN (2020), «Prólogo», en Carlos María ROMEO CASABONA y Andrea PERIN (eds.), *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal*, Granada, Comares.
- RIBANS, Geoffrey (1977), «La figura Villamil en *Miau*», *Actas del Primer Congreso Internacional de Estudios Galdosianos*, Madrid, Editora Nacional, pp. 397-413.
- RUIZ CENICEROS, Mauricio, (2022), «La cita previa y el derecho al plazo», *Revista de Administración Pública*, núm. 219, pp. 251-272.
- SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente (1898), *Curso de Derecho Administrativo. Según sus principios generales y la legislación actual de España*, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, 5.ª edición.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2014), «Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos», *Revista de Administración Pública*, núm. 195, pp. 197-215.
- SANTOS, Rodrigo Valgas dos (2022), *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*, 2.ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil.
- SCHMITT, Carl (1958), *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlín, Duncker & Humblot.
- SEVERINO, Paola (2020), «La burocrazia difensiva», *La Repubblica*, 30 de mayo de 2020.
- SISMONDI, Carlo Mochi, y Valentina PIERSANTI (2017), *Burocrazia difensiva. Come ne usciamo?*, Forum PA, <https://www.forumpa.it/riforma-pa/burocrazia-difensiva-come-ne-usciamo-una-ricerca-di-fpa/> [última consulta: 23/11/2023]
- SPIEGELMAN, Art (2007), *Maus*, traducción de Cruz RODRÍGUEZ, Barcelona, Reservoir Books.
- TANCREDI, Lawrence R., y Jeremiah A. BARONDNES, (1978), «The problem of defensive medicine», *Science*, vol. 200, núm. 4344, pp. 879-882.
- TORCHIA, Luisa (2020), «La responsabilità amministrativa», *Giornale di Diritto Amministrativo*, núm. 6, 01/11/2020, pp. 763-768.
- TURNATURI, Gabriella (2003), *Immaginazione sociologica e immaginazione letteraria*, Roma-Bari, Laterza.
- VAIRET, Florent (2021), «Le faux pacs, l'astuce de certains profs pour décrocher une mutation», *Les Échos*, 4 de octubre de 2021.
- VALENTINI, Vico (2020), «Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio», *La giustizia penale*, núm. 125, pp. 502-512.
- VANDELLI, Luciano (2015), *Papeles y papeleo. Burocracia y literatura*, Madrid, Iustel-Fundación Alfonso Martín Escudero [Traducción de Gustavo Manuel Díaz González de la obra *Tra carte e scartoffie. Apologia letteraria del pubblico impiegato*, Bolonia, Il Mulino, 2013].
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2020), *Administraciones públicas y derechos administrativos*, Madrid, Marcial Pons.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel (2021), «Un análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 desde la ética pública y los retos de la implementación», *Revista Española de Transparencia*, núm. 12, pp. 15-24.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel, y Fernando JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2012), «La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos», *REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 138, pp. 109-134.
- VON JHERING, Rudolf (2018), *La lucha por el Derecho*, Madrid. Dykinson. Edición, estudio preliminar y edición de Luis Lloreda Alix, sobre la traducción de Adolfo POSADA de 1881.
- WILSON, Thomas Woodrow (1887), «The study of Administration», *Political Science Quarterly*, vol. 2, núm. 2, pp. 197-222.
- ZWEIG, Stefan (2023), *Novela de ajedrez. Mendel el de los libros*, traducción de Adan Kovacsis, Madrid, Alianza editorial.

