

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.

