

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 telediarlo», 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 ARMJO (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 pregunten, 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*, Tubinga, 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 incurriamos 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.

