

CAPÍTULO II

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.1. Huir de asuntos y administrados problemáticos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.4. Aplicar técnicas dilatorias para no actuar

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.6. Ocultar la acción o su autoría

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

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

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

1.7. El caso especial de la comisión por omisión

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

