

PRÓLOGO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Stefano BATTINI

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

