

ANTONIO BUENO ARMIJO

LA BUROCRACIA DEFENSIVA

**UN ENSAYO DE DERECHO
SUPERHEROICO**

Prólogo de
Stefano Battini

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2025

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

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

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

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

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

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

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

ÍNDICE

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

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

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

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

AGRADECIMIENTOS

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

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

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

PRÓLOGO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Stefano BATTINI

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

INTRODUCCIÓN

I

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III

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

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

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

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

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

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

IV

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

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

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

V

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

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

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

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

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

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

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

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

VI

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

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

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

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