

RESPONSABILIDAD PERSONAL Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Alejandro Nieto García*

1. PLANTEAMIENTO

Por lo que a las responsabilidades públicas se refiere, estamos viviendo en España en una situación contradictoria: por un lado, la responsabilidad del Estado está inequívocamente reconocida, de tal manera que son innumerables las reclamaciones que se presentan ante las Administraciones Públicas exigiendo una indemnización por las lesiones producidas a los particulares en el curso de la ejecución de los servicios públicos y las condenas que pronuncian los tribunales son cada día más numerosas y con montantes más elevados. Pero, por otro lado, nadie parece preocuparse de los autores materiales y directos de tales daños —las autoridades y el personal a su servicio— que quedan de hecho impunes cualquiera que haya sido la negligencia, e incluso dolo, con que hayan actuado. Las consecuencias de esta impunidad real son graves porque, aparte de suponer una infracción de las disposiciones legales que establecen expresamente su responsabilidad, fomentan la indicada negligencia puesto que carecen de la amenaza del castigo; y en todo caso es fácil comprender que si fuera efectiva esta variante de responsabilidad, los daños disminuirían de forma notable.

Vistas así las cosas, me parece que el análisis de esta cuestión es muy propio de una Real Academia, centrada cabalmente en las “ciencias morales y políticas”, entre cuyos miembros se encuentran ilustres juristas, hacendistas, economistas y políticos y siendo todos singularmente sensibles a los grandes problemas de la sociedad española actual.

* Sesión del día 22 de abril de 2008.

Pero nadie tema, no obstante, que mi exposición sea rigurosamente técnica, dedicada a especialistas de ninguna clase. Y adelanto también que va a carecer en absoluto de adornos eruditos y, más todavía, de disquisiciones éticas y filosóficas en cuyo desarrollo no me considero competente. Se tratará en suma de la modesta reflexión personal de un académico avalada únicamente por el estudio y la experiencia. Reflexión, que al ir acompañada de una propuesta de reforma legislativa concreta, enlaza —o quiere enlazar— con las mejores tradiciones de esta Corporación.

El *objeto de mi intervención* —y en última instancia la clave de cuanto va a decirse— es *la posible concurrencia de dos responsabilidades: la institucional del Estado y la personal de sus autoridades y funcionarios*.

2. OBJETO

La cuestión de la responsabilidad derivada de la ejecución de los servicios públicos tiene conocidamente dos puntos de referencia: de un lado la responsabilidad personal del autor material del daño condicionada legalmente por la presencia de dolo o culpa grave y realmente por su eventual insolvencia; y de otro, la responsabilidad institucional del Estado, único responsable de solvencia ilimitada que puede aparecer de manera directa o subsidiaria. El secreto de cualquier sistema legal implica una acertada articulación de estos dos sujetos: porque si sólo se atiende a la responsabilidad personal del autor material, peligra la realización efectiva de la indemnización en caso de insolvencia patrimonial (y de aquí la necesidad de que intervenga el Estado como última garantía); y si sólo se atiende a la responsabilidad institucional del Estado, se fomenta la negligencia de las autoridades y funcionarios ("autoridades y personal a su servicio" en la terminología moderna); y de aquí la necesidad de una articulación adecuada para cubrir los dos frentes indicados.

La responsabilidad institucional del Estado (o, si se quiere, de las Administraciones Públicas) es pieza fundamental del mecanismo indemnizatorio puesto que en la sociedad moderna los daños patrimoniales producidos suelen alcanzar un montante tan elevado que desborda las posibilidades económicas resarcitorias de un funcionario o autoridad: de aquí que sea irrenunciable si se pretende garantizar la indemnización de la víctima, que es uno de los objetivos mínimos de un Estado de Derecho: una garantía resarcitoria a posteriori, por tanto. Ahora bien, *la responsabilidad personal del autor del daño cumple una función preventiva, profiláctica*, no menos importantes y que, por ende, no es lícito abandonar. Porque si el servidor público es impune, no se esmerará en la evitación de los perjuicios habida cuenta de que, por así decirlo, no le duele el pago. En cambio, si se siente personalmente responsable se esforzará en evitar el daño y con tal profilaxis disminuirán presumiblemente los daños a los particulares y los correlativos perjuicios

indemnizatorios del Tesoro Público. En consecuencia, el objetivo de un acertado régimen legal se encuentra en la adecuada articulación de los dos tipos de responsabilidad, complementando sus efectos para, por un lado, evitar ex-ante la producción del daño y, por otro, asegurar ex-post su resarcimiento.

Los medios públicos nos informan a diario de condenas, algunas durísimas, impuestas a los entes públicos: condenas que hemos de pagar entre todos los contribuyentes, sin que la autoridad o funcionario que ha producido material y directamente el daño se vea afectado por ella. El Estado paga, pero el ingeniero que ha proyectado mal la obra que luego se derrumba o el inspector que no ha controlado debidamente la composición de un producto que ha ocasionado luego contaminaciones masivas, sigue impune. Si la realidad es así, el ciudadano puede entender que el Estado se haga cargo de la responsabilidad puesto que no hay patrimonio particular que pueda hacer frente a deudas de tal cuantía; mas no puede entender la irresponsabilidad del autor material del daño ya que si las autoridades y funcionarios fueran conscientes de lo que su negligencia puede costarles, actuarían con más cuidado y los daños evitables disminuirían de forma perceptible.

¿A qué se debe entonces una situación tan paradójica? Las causas —y también sus posibles remedios— van a ser, como se ha anunciado, el objeto de la presente disertación.

Porque sucede —y estos datos agravan la paradoja— que *hoy contamos con una regulación legal expresa de la responsabilidad institucional del Estado que se traduce en una práctica de reclamaciones numerosas aunque también en una producción de daños que crecen vertiginosamente. Y por otra parte contamos con una regulación prolija de la responsabilidad personal que se traduce, no obstante, en una exigencia de ella prácticamente nula.* Con la consecuencia, en fin, de que las autoridades y funcionarios —a los que, por así decirlo, no duelen los pagos del Estado por este concepto y ellos mismos no se sienten amenazados— carecen del menor estímulo para evitar daños. Esta es la cruda realidad. Los juristas no pueden permanecer indiferentes ante esta situación. Porque si bien es cierto que la abundancia de daños y de reclamaciones judiciales es viento en la popa de los despachos profesionales, desde una actitud ciudadana lo importante no es sólo que se indemnicen los daños producidos sino más todavía que no se produzcan. Y tal es cabalmente el sentido de mi intervención.

3. MODALIDADES Y MODELOS

La responsabilidad que aquí se llama personal de autoridades y funcionarios se manifiesta, como es sabido, en tres modalidades: la penal, la disciplinaria y

la patrimonial (que por tradición también suele denominarse “civil”), aunque lo que de veras nos preocupa no es el análisis individualizado de cada una de ellas sino la articulación entre tal responsabilidad y la institucional del Estado o, más precisamente, de la Administración pública, puesto que deliberadamente —y para no distraer la atención con unos objetivos demasiado ambiciosos— se dejan a un lado la responsabilidad del Estado legislador y la del Estado juez.

A la hora de articular estos dos tipos de responsabilidades nos encontramos con varios modelos que a lo largo del tiempo y del espacio han estado recogidos de alguna manera por los Derechos nacionales.

A) Modelos excluyente: la aceptación de una responsabilidad excluye a la otra. Si se admite la responsabilidad directa del funcionario se excluye la del Estado (como sucedía con una primera interpretación del código civil español de 1888) y, si se admite la responsabilidad directa del Estado se excluye la de las autoridades y funcionarios (como sucede de hecho en la actualidad).

B) Modelo alternativo: el perjudicado puede dirigirse libremente o bien contra el funcionario responsable o bien contra la Administración pública. Ni que decir tiene que en estos supuestos la acción se dirige habitualmente contra el Estado habida cuenta de su mayor solvencia financiera: y si se obtiene la indemnización, resulta ya indiferente al particular si la Administración interpone, o no, una acción de regreso contra el funcionario y en qué condiciones.

C) Modelo sucesivo: es el que sigue la legislación actualmente vigente en España puesto que en todo caso ha de dirigirse directamente el perjudicado contra la Administración y luego ésta “debe” dirigirse contra la autoridad o funcionario que ha producido el daño mediando dolo o culpa grave.

Valga con lo dicho, de momento, aunque luego hemos de irnos encontrando con otras modalidades imaginadas o reales. Pero conviene empezar con el análisis de una curiosa variante de articulación de las dos responsabilidades —en este caso de la personal penal legalmente bien regulada pero que en la práctica funciona de una manera aberrante.

4. RESPONSABILIDAD PENAL DEL FUNCIONARIO Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Tratándose de la responsabilidad personal penal, nos encontramos con un dilema jurisdiccional ya que el perjudicado puede o bien dirigirse directamente a una juez penal solicitando la condena personal del autor del daño y la indem-

nización patrimonial subsidiaria a cargo del Estado (si el condenado es insolvente); o bien dirigirse al juez contencioso-administrativo solicitando directamente la indemnización patrimonial sin preocuparse de las consecuencias personales del autor. Veamos, pues, qué sucede cuando la responsabilidad personal es exigida ante la jurisdicción penal.

Imaginemos, en efecto, que una autoridad produce un daño a un particular a través de la comisión de un delito (como resultado de una prevaricación, por ejemplo, no se le otorga una autorización para la instalación de una industria; hay víctimas inocentes en una intervención policial ilegal). El perjudicado se querrela contra el empleado público y, en cuanto a la reclamación de una indemnización reparadora, puede hacer dos cosas: o bien, se dirige también al juez penal o bien separadamente al juez administrativo, es decir, con independencia de la acción penal. Ambas posibilidades están previstas en el Derecho español. En la primera variante si hay condena penal que arrastra la responsabilidad “civil” del funcionario y éste no es solvente, aparece la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración. O sea, que es el juez penal —y no el contencioso administrativo— el que declara la responsabilidad y la ejecuta.

Este es el camino más seguido en la práctica por dos razones: de un lado, por la eventual insolvencia del funcionario y de otro, por la presumible tolerancia judicial y, en su caso, por su ignorancia en materias administrativas.

De ordinario, en efecto, lo que el perjudicado quiere es una indemnización económica y es claro que, tratándose de cuantías elevadas (cada vez más frecuentes en la política intervencionista del Estado moderno), el patrimonio de un funcionario no puede hacerlas frente y, en cambio, la Administración pública es solvente. De aquí la predilección por esta vía.

Pero todavía hay algo de no menos peso, a saber, la experiencia enseña que el juez penal es singularmente tolerante en este tipo de procesos, en el sentido de que, al igual que la inmensa mayoría de los ciudadanos, considera que el Estado está en condiciones de pagar siempre de tal manera que no se le produce perjuicio alguno con la condena, a diferencia de lo que sucede cuando el responsable es un particular, aunque sea un delincuente. A lo que hay que añadir el dato de su ignorancia: en el sistema español los jueces están muy especializados técnicamente, con la consecuencia de que los penales no dominan el Derecho Administrativo de la responsabilidad del Estado y terminan resolviendo con las cuatro (y relativamente sencillas) reglas del Derecho penal.

Basta examinar la jurisprudencia para comprobar lo que estoy diciendo; y como los abogados lo saben bien tienden a canalizar sus reclamaciones en el sentido indicado y con un índice de buenos resultados incomparablemente más

alto que el que se obtiene en los tribunales contencioso administrativos, cuyos magistrados están más solidarizados con la Administración y calculan bien lo que las indemnizaciones judiciales significan para la Hacienda Pública.

El inconveniente que tiene esta vía procesal es que la condena penal presupone la existencia de un delincuente que, si es declarado insolvente, abra el portillo para indemnizaciones millonarias a cargo subsidiariamente del Estado. Y es el caso que no siempre aparece un funcionario delincuente; y si no aparece, no puede haber indemnización, que es lo que en último extremo importa a los perjudicados. En la práctica, sin embargo, no son en este punto demasiado escrupulosos los jueces y, pensando en las víctimas, no les tiembla el pulso a la hora de condenar a alguien (a cualquiera), aunque eso sí, imponiendo las penas mínimas, casi simbólicas y con toda clase de pronunciamientos que eviten en lo posible el reproche social, pero que aseguren la indemnización de las víctimas.

A la vista salta que estamos ante una práctica perversa, ante una auténtica desviación procesal; pero que en España es el pan nuestro de cada día y un jurista consciente no puede cerrar los ojos ante esta realidad sangrante. Porque al abogado y a las víctimas lo que les importa es cobrar y saben de sobra que si se dirigen a los jueces contencioso-administrativos —además de ser éstos más rigurosos en la declaración de responsabilidad y más cicateros en la evaluación del daño— los procesos tardan en las dos instancias (es decir, sin contar con el tribunal constitucional) no menos de cuatro años y quizás más de diez; mientras que los jueces y los tribunales penales, sin ser rápidos ni mucho menos, los despachan antes y son también más influenciables a la presión de los medios de comunicación social, que de ordinario se ceban en esta clase de asuntos.

En cualquier caso, la solución más sencilla de tales irregularidades parece obvia: si los tribunales contencioso-administrativos no fueran tan lentos, a ellos acudirían los abogados de las víctimas sin necesidad de acudir a un fraude procesal. Pero este funcionamiento anormal —o, al menos, no escandalosamente lento— es sencillamente inimaginable entre nosotros y tenemos que seguir padeciendo esta pesadilla forense que, por lo demás, suele ser bien acogida por los jueces penales habida cuenta de la popularidad que representa el imponer condenas a la Administración en beneficio de particulares. Sin que nadie se acuerde de la “víctima propiciatoria”, es decir, de ese funcionario al que ha sido preciso condenar criminalmente para así hacer posible la entrada del Estado como deudor subsidiario. Todos saben que se trata de un mero requisito procesal; pero la condena le marca personalmente a él.

5. RECUPERACIÓN DE LA FIGURA HISTÓRICA DE LA AUTORIZACIÓN PARA PROCESAR

Las reflexiones anteriores nos ha alertado ya sobre las dificultades de llevar a cabo una tarea que a primera vista parece tan elemental como necesaria, a saber: la articulación de las acciones complementarias de la exigencia de responsabilidad personal criminal y responsabilidad patrimonial institucional. Porque, tal como acaba de verse, el Ordenamiento Jurídico español se las ha arreglado para embarullar las dos jurisdicciones accesibles hasta tal punto que el ejercicio de la acción penal contra el funcionario se ha desviado por simples razones pragmáticas y se utiliza de ordinario como un pretexto para lograr cómoda y rápidamente la responsabilidad patrimonial subsidiaria de la Administración Pública, que puede defenderse, claro está, pero de manera insuficiente.

Las dificultades legales no acaban aquí, sin embargo, puesto que, como inmediatamente vamos a ver, el legislador (español) histórico impuso un nuevo obstáculo —la llamada exigencia de autorización para procesar— que bloqueó de hecho (no de derecho) las posibilidades de obtener una indemnización patrimonial. Mecanismo del que la doctrina ha abominado siempre —y con su característico apasionamiento, José Ramón Parada— y que yo sin embargo he defendido, defendiendo y siento que haya sido eliminado: una curiosidad histórica, de la que el lector apresurado puede prescindir por completo sin perder por ello el hilo del discurso.

Con ello me refiero a lo siguiente: cuando un juez o un fiscal percibían indicios racionales de que un funcionario había cometido un delito, no podían dirigirse directamente contra él sino que antes habían de consultar al funcionario superior (gobernador o ministro) si les autorizaba a proceder. Lo cual constituía, según los críticos, una limitación inadmisibles de las facultades judiciales y una consagración de la arbitrariedad administrativa. Y sin embargo, no era así, antes al contrario, pues se trataba de una medida muy sabia.

Porque la experiencia enseña que de ordinario el funcionario, en el ejercicio de su función, no delinque por voluntad propia sino siguiendo instrucciones de su superior, que, por así decirlo, tira la piedra y esconde la mano. ¿En qué cabeza cabe que un agente de policía allane por su cuenta el domicilio de un político de la oposición o un jefe de personal informe a favor del peor de los concursantes? La idea y la orden (aunque sea secreta) parte casi siempre de arriba y el funcionario se limita a ejecutarla por la cuenta que le tiene.

En este contexto se entiende ya la figura que estoy comentando. Porque lo que el juez hacía era preguntar lisa y llanamente al gobernador provincial o al ministro si el presunto funcionario delincuente había obrado por cuenta propia o por órdenes superiores. Con lo cual se planteaba un dilema delicadísimo: porque

si el ministro reconocía que el funcionario había actuado siguiendo instrucciones suyas, tenía que denegar la autorización para procesarle; pero entonces era él quien había de afrontar directamente el proceso evitando así la injusticia de imputar criminalmente a un subordinado por actos que había realizado en obediencia debida y —por así decirlo con palabras más crudas— desaparecían los “chivos expiatorios” que cubrían al superior. Pero siempre en el bien entendido de que si se denegaba la autorización por que se consideraba que el funcionario se había limitado a ejecutar una orden superior, ello no suponía inmunidad alguna sino algo mucho más importante, a saber; que así se identificaba al verdadero autor moral y se procedía contra él directamente, dejando a un lado al mero ejecutor. La trascendencia de este mecanismo salta, pues, a la vista: el ministro se veía obligado a asumir su responsabilidad sin poderse esconder detrás del mero ejecutor. Tal era el mecanismo legal; justo y sabio sobre el papel, pero que desgraciadamente no llegó a funcionar nunca dado que en la práctica sólo se otorgaba autorización para procesar a funcionarios de categoría ínfima y totalmente insolventes mientras que se denegaba cuando intervenían funcionarios superiores o autoridades políticas. Pero entonces el juez, que carecía de independencia real, no se atrevía a procesar y la exigencia de responsabilidad se frustraba antes de haberse iniciado siquiera el proceso. Ahora bien, como se ve, este fracaso no era debido al mecanismo en sí sino a la perversión institucional de unos jueces no independientes.

Pues bien ¿qué es lo que sucede actualmente entre nosotros? Cuando se descubre una irregularidad administrativa, se empieza procediendo contra los agentes inferiores, que han puesto su firma en los trámites del expediente. Y luego, desde allí, si el juez insiste se va subiendo de escalón en escalón para identificar al verdadero responsable. Pero siempre hay un punto final antes de llegar a la cabeza. Los jueces españoles no son independientes y de haber condena, siempre la paga el mero ejecutor. Y más todavía: que no haya condena personal y la responsabilidad se liquida, cuando es posible, en términos económicos que garantizan la impunidad del ministro y la satisfacción del dañado al que “se ha tapado la boca con una cuenta corriente”. Y mientras tanto las prácticas perversas siguen.

Cabe preguntar ahora qué pasaría si —por un milagro del cielo— se recuperase la abominada figura histórica de la autorización para procesar. Con ella se pondría en un brete, desde luego, a los ministros puesto que estarían obligados a reconocer que son ellos los responsables o a entregar al responsable inferior que obró por su cuenta. Esto sería muy higiénico ciertamente, se conseguiría una mayor transparencia de la actividad pública: más no nos engañemos porque los efectos reales serían nulos. Hoy en España se pueden contar con los dedos de una mano los jueces que son capaces de hacer frente a un ministro y el Poder Judicial duerme en el mismo lecho que el Poder Ejecutivo. Así lo hemos denunciado algunos — ciertamente no muchos— por escrito, pero nada absolutamente ha cambiado.

Dejando ya la responsabilidad penal, permítaseme que recupere seguidamente una figura completamente olvidada, aunque me va a servir de apoyo para fundamentar la propuesta que más adelante va a formalizarse.

6. LA RESPONSABILIDAD PERSONAL HISTÓRICA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS ESPAÑOLES

A principios del siglo XX experimentó España una sacudida política en un momento en el que parecía que se había tocado fondo. Los acontecimientos de 1898 despertaron como un resorte eléctrico la conciencia ciudadana y pusieron en marcha un programa regeneracionista que afectó a la moralidad de la Administración y al descuaje del caciquismo, que han sido y son los peores males de la vida pública española. Pues bien, en este movimiento se insertó una reforma de gran calado que afectaba a la responsabilidad de las autoridades y de los empleados públicos en todas sus categorías.

Según es sabido, antes como ahora, el gran pecado de la Administración española (y no sólo de ella) no es que haga mal las cosas sino que no las hace y, además que, conforme se está explicando, no hay remedio para ello debido a la irresponsabilidad de los causantes, a los que, por otra parte, nada importa que en el peor de los casos tenga que pagar la Hacienda pública, puesto que de sus bolsillos no sale. En estas circunstancias, y visto que a la sazón no funcionaba el mecanismo tradicional de la exigencia de responsabilidad personal penal de los autores de los daños, se acudió a una nueva fórmula también centrada en la responsabilidad personal, pero ahora de carácter patrimonial y no penal.

La sorprendente ley de 5 de abril de 1904 prometió cambiar totalmente la situación a través de un artículo tan sencillo como radical: art.1.- “Los funcionarios civiles del orden gubernativo, cualquiera que sea su clase y categoría, desde Ministro de la Corona hasta agente de la autoridad, que en el ejercicio de sus cargos infrinjan con actos y omisiones algún precepto cuya observancia les haya sido reclamada por escrito, quedarán obligados a resarcir al reclamante agraviado de los daños y perjuicios causados por tal infracción legal”. Y por si esto no quedara claro, añadía el artículo segundo que “del resarcimiento de dichos daños y perjuicios responderán, personal y principalmente, los culpables de la infracción lesiva y sus herederos. El superior jerárquico que apruebe expresamente el acto o la omisión ocasional de los daños y perjuicios, asumirá la responsabilidad exonerando a los inferiores”.

Con estos preceptos se pretendía obviamente acabar con la impunidad de los funcionarios y bien claro quedaba que la responsabilidad alcanzaba a los supe-

riores, hasta a los ministros de la Corona. Y para atar todavía mejor las cosas (aunque ciertamente aún quedaban algunos cabos sueltos) se implicaba también a la Administración para evitar que el reclamante quedara defraudado si los funcionarios no eran solventes. A tal efecto, la Real Orden de 4.12.1882 había dispuesto ya que “cuando un funcionario público es demandado judicialmente por consecuencia de los actos que ejecute en cumplimiento del servicio que se le encomiende, y siempre que se ajuste a las prescripciones reglamentarias, hay motivos para considerar demandada a la Administración”.

¿Qué pasó —podrá preguntarse ahora— con esta ley maravillosa? ¿Se arreglaron de la noche a la mañana los males centenarios de la Administración pública? La respuesta se la imaginarán todos: no pasó nada, absolutamente nada y las cosas siguieron como estaban. El texto se conservó momificado en los archivos, pero a nadie se le ocurrió acudir a él. Cincuenta años después, cuando yo ya recorría los pasillos de las Universidades y de las Audiencias, nadie —ni profesores, ni jueces, ni abogados— supo decirme siquiera si la ley —que todos conocían de oídas— estaba vigente o no.

Verdad es que antes de desaparecer en el olvido, algún pequeño funcionario cayó al principio en esta red legal; pero muy pocos y de categoría inferior: nunca llegó a aplicarse contra los superiores y menos contra los políticos. Y siempre por lo mismo: porque cuando el Poder Judicial no es independiente, sólo se atreven algunos talibanes suicidas a lanzarse contra el Poder a sabiendas de que en esta aventura no van a perder la vida, pero sí la carrera.

En estas condiciones tan favorables a la impunidad, cuando la Administración actúa con honradez y eficacia y cuando los jueces controlan los abusos del Poder, entonces podemos decir que son accidentes extraordinarios, heroicidades individuales, excepciones en suma de un sistema hipócrita y corrupto. La realidad, en cualquier caso, es que en España no ha funcionado nunca la exigencia de responsabilidad: ni en el siglo XIX con el sistema de responsabilidad penal personal, ni en el siglo XX con el sistema de responsabilidad personal patrimonial. Aunque por lo que se refiere a esto último debo hacer una matización importante: en mi larga experiencia de abogado, funcionario y profesor he podido comprobar que el anuncio de que iba a exigir la responsabilidad personal del funcionario producía a veces consecuencias prácticas fulminantes cuando el autor del daño se sentía amenazado y no estaba dispuesto a correr riesgo personal alguno: porque cuando la indemnización puede afectar al bolsillo propio, no se juega (por así decirlo). Un “detalle” psicológico del que se pueden deducir consecuencias importantes, como va a comprobarse inmediatamente.

7. LAS MODERNAS LEYES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La desoladora situación que acaba de ser descrita cambió bruscamente durante la Dictadura. Porque es el caso que la legislación franquista abordó y reguló la cuestión de la responsabilidad del Estado de una forma doblemente sorprendente: sorprendente por el lugar de abordarlo (dentro de una ley de expropiación forzosa) y sorprendente, además, por la generosidad de su regulación —con la que, dicho sea de paso, he estado siempre en radical desacuerdo— ya que introdujo la llamada responsabilidad objetiva que comprendía el funcionamiento incluso normal de los servicios públicos. Pero ya he anunciado antes que no voy a entrar aquí en su análisis.

En lo que aquí interesa, el hecho es que en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 tenemos que, por un lado, en el art. 43 se dejó a elección de los particulares el dirigir su reclamación a las autoridades y funcionarios con tal que el daño hubiese sido irrogado con culpa o negligencia graves; o bien directamente a la Administración quien en tal supuesto, según el art. 42, “podrá exigir de sus autoridades, funcionarios y agentes la responsabilidad en que hubieren incurrido por culpa o negligencia graves”. Una mera responsabilidad, pues, que en la práctica llegó a ser efectiva en casos muy reducidos, reconociéndose así a los responsables inmediatos la impunidad más absoluta.

En cualquier caso, tal fue el régimen franquista; pero con el advenimiento de la democracia se quiso ofrecer una nueva versión —ahora deliberadamente democrática del mecanismo y a tal fin en 1999 se dio una nueva redacción al art. 145 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en el que se introducía una reforma sustancial en la articulación anterior, *puesto que, por un lado, se eliminó la posibilidad de los particulares de dirigirse indistintamente a la Administración o a los funcionarios y, por otro, la mera facultad de ejercicio de la acción de regreso se convirtió en obligación legal*. Dice así el artículo en cuestión: “1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio. 2. La Administración correspondiente, cuando hubiese indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio a sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubiesen incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves”.

Las consecuencias reales del nuevo régimen han sido catastróficas al establecer —no sabemos si de forma deliberada o indeliberada— un mayor blindaje, si cabe, de los funcionarios dado que, como se ha visto, los perjudicados no pueden dirigirse directamente contra ellos. Claro que, en contrapartida, la Administración está obligada a dirigir contra ellos la acción de regreso. Pero de hecho, esta obliga-

ción no se cumple (en lo que yo sé, no se ha cumplido nunca) y en consecuencia, aunque las leyes han cambiado, seguimos como antes.

Así las cosas cabe preguntarse por las razones de esta pasividad de la Administración a la hora de poner en marcha la vía de regreso: pasividad a primera vista incomprensible ya que por culpa de ella se pierde la oportunidad de recuperar una parte de lo satisfecho a las víctimas. Fenómeno que, a mi juicio, tiene dos tipos de explicaciones. En unos casos la pereza, ya que a la Administración no le gusta iniciar expedientes que no sean absolutamente imprescindibles habida cuenta de que todo significa trabajo. Y, además, aquí opera el sentido burocrático de la solidaridad: los funcionarios no quieren exigir responsabilidad a sus compañeros debido a que saben que algún día les puede tocar a ellos y, unos por otros, todos se van cubriendo. Aunque el factor más importante es, desde luego, la prudencia política. Los altos funcionarios, y más todavía los políticos, están muy interesados en que los asuntos no se revuelvan jamás, puesto que saben de sobra que el funcionario acosado puede en su defensa “tirar de la manta” y descubrir que los verdaderos autores son otros y están más arriba: lo que hay que evitar a todo trance. Con el resultado final de que entre unas y otras causas, lo mejor es dejar las cosas como están, ya que cuando paga la Administración nadie siente amenazado su propio bolsillo.

Si bien es verdad que todavía queda pendiente de entender la extraña decisión de impedir que las víctimas puedan dirigirse directamente contra los autores personales del daño. Lo cual significa que, sin duda alguna, estamos peor que antes puesto que la impunidad personal real de las autoridades y funcionarios disminuye inevitablemente su celo a la hora de evitar que los servicios públicos lesionen a los particulares.

Esta es mi opinión personal: rotunda ciertamente, pero en cualquier caso subordinada a la del profesor González Pérez, que sería temerario desconocer habida cuenta de su notoria e indiscutible autoridad en estas materias; y sin olvidar tampoco, naturalmente, el peso de la ciencia y de la experiencia ganada en el Consejo de Estado por otros dos ilustres académicos: Herrero de Miñón y Lavilla.

8. VENTAJAS Y DESVENTAJAS: EL IMPACTO POLÍTICO

La eliminación de la posibilidad de dirigirse directamente contra los funcionarios no puede, en efecto, entenderse porque si bien es cierto que a estas alturas es inimaginable demandar a un individuo presumiblemente insolvente teniendo tan a mano una Administración responsable de patrimonio ilimitado, esto no es razón para suprimir tal opción, sobre todo si es facultativa, pues no hay que olvidar sus beneficiosos efectos psicológicos que acaban de ser aludidos. Ahora bien,

en mi opinión las intenciones del Legislador no fueron, desde luego, inocentes ya que no se trata, con toda evidencia, de un mero error técnico sino que hay detrás algunas causas políticas muy sospechosas.

Porque efectivamente no se trata sólo de un blindaje de los funcionarios sino también y en primera línea de un blindaje de los políticos, como es muy fácil comprobar. En la responsabilidad patrimonial administrativa no se discute, según sabemos, la culpa personal: se indemniza o no, pero si hay que pagar, a nadie le duele en su bolsillo, que es el que cuenta. En la acción personal directa, en cambio, forzoso es examinar la culpa y puede suceder que el funcionario acorralado alegue y demuestre que se trata de un mero ejecutor de órdenes superiores y que, por ende, se traslade la responsabilidad a una autoridad política. Y es a éstas a las que importa blindar, máxime si se tiene en cuenta que, tirando de la culpa, puede resultar que la lesión sea consecuencia de un delito y no de una simple negligencia administrativa. Piénsese, entonces, en lo que esto podría significar en un ambiente políticamente tan enrarecido como el español: centenares de jueces investigando la posible responsabilidad de la clase política implicada en miles de pleitos que se tramitan en materia de lesiones producidas por los servicios públicos. En verdad que esta posibilidad produce vértigo y así se explica que la ley cierre el paso a las reclamaciones personales directas y que en la práctica la Administración pague y calle sin regresar nunca contra los autores materiales.

En otro orden de consideraciones, con el nuevo régimen el funcionario se siente seguro e impune ya que sabe que legalmente no le puede atacar el ciudadano y que de hecho no le va a atacar la Administración. La gran ventaja del régimen de 1904 —conforme se ha explicado ya— era que el funcionario sabía que podían ir contra él personalmente y, en consecuencia, cuando se le advertía expresamente, reaccionaba de inmediato y se negaba a obedecer las órdenes superiores irregulares porque, de no hacerlo, terminaba pagando él personalmente los platos rotos. Con el nuevo régimen, por el contrario, ya no corre ningún riesgo al obedecer las órdenes irregulares.

Este último dato es el que, a mi juicio, cierra y explica todo el sistema en cuanto que permite el mandato inmune de órdenes irregulares dado que el funcionario sabe que no va a incurrir en responsabilidad al ejecutarlas habida cuenta de que no va a exigírselas quien ha dictado tales órdenes; y el superior, a su vez, sabe que tampoco va a incurrir en responsabilidad personal puesto que en el expediente de responsabilidad económica no va a analizarse si la existencia de dolo, culpa o imprudencia por su parte. En el supuesto de condena, el condenado será el Estado y los dineros pagados a nadie van a doler.

Nótese que ahora todo encaja. Todo lo real es racional puesto que todo lo que existe tiene una explicación: con la nueva regulación legal y con la práctica

administrativa de no utilizar la acción de regreso, los funcionarios se sienten seguros y más todavía los políticos. ¿Qué mas puede pedirse a un sistema? Al final — nótese bien— todos quedan contentos: el perjudicado, pues si cobra la indemnización, no va a buscarse más disgustos ni trabajos intentando perseguir al causante directo del daño; el funcionario, sabiendo que no se le va a exigir luego responsabilidad personal, puede permitirse el lujo de actuar con negligencia y, lo que es peor, obedecerá sin reticencias las órdenes de sus superiores por muy torticeras que sean; y los políticos, en fin, confirmada su impunidad, podrán seguir comportándose de la forma más arbitraria. En esta condiciones a nadie le duele que pague el Estado con el dinero de todos los ciudadanos ni que se carezca en absoluto de remedios profilácticos o preventivos para evitar el daño antes de que se produzca. Todo ello con el escarnio de que la exposición de motivos de la ley declara de manera expresa que se trata de una reforma ¡democrática!: porque cubrir con el nombre de la democracia un sistema que garantiza la arbitrariedad y la impunidad es un escarnio y hasta una profanación. No es lícito pronunciar el nombre de la democracia en vano y menos en la solemne exposición de motivos de una ley. Y peor es todavía establecer un sistema legal con la intención de falsearlo por los mismo que han de aplicarlo. En estas condiciones la ley es hipócrita en el sentido más estricto del término y el sistema se degrada hasta la perversión.

9. PERCEPCIÓN SOCIOLÓGICA

Los juristas —profesores, jueces, abogados— han analizado hasta el último detalle y con una agudeza extraordinaria la legislación de responsabilidad que es uno de los rincones más frecuentados de la bibliografía española. Lo que ya no se airea tanto es lo que constatan de primera mano los observadores de la realidad, que es lo siguiente: por un lado, abundan los grandes procesos de reclamaciones millonarias interpuestos por abogados españoles o empresas forenses multinacionales, cuyos clientes tienen medios suficientes y resistencia económica para soportar las demoras en la resolución judicial; sin perjuicio, bien es verdad, de que cuando las cifras llegan al techo superior, las empresas multinacionales perjudicadas tienden a buscar soluciones extraprocesales al conflicto ya que tarde o temprano se llega a un arreglo mediante negociación.

Y por otro lado, se constata también una superabundancia de recursos *masivos*, es decir, de acumulación multitudinaria de reclamaciones de pequeña cuantía, que si individualmente no tienen trascendencia, representa para los letrados que las dirigen unas minutas extraordinariamente suculentas. Las reclamaciones *singulares*, pequeñas y medianas, no son en cambio proporcionalmente frecuentes ya que las costas y demoras no compensan suficientemente. Aunque también es cierto que al generalizarse la fórmula de las minutas por cuota-litis —es decir, cuando el abogado cobra

una proporción de lo que se obtiene— se excita el apetito pleitístico hasta extremos hasta hace poco inimaginados. En definitiva, el estilo forense norteamericano se ha impuesto en España y la pleitomanía se ha multiplicado exponencialmente.

De cualquier manera que sea, en este momento aparece la gran pregunta, el dilema sobre el que tiene que pronunciarse insoslayablemente un jurista sensible: ¿debemos contentarnos con un régimen de responsabilidad pública que asegure a la víctima la indemnización de los daños y nuestra tarea consiste simplemente en afinarlo de tal manera que se realice efectivamente en la práctica? ¿o debemos dar un paso más e imaginar algún sistema nuevo que, respetando las conquistas ya consolidadas en defensa de los derechos patrimoniales individuales, se proponga, además, mejorar en lo posible el funcionamiento de las Administraciones públicas? Adoptando una posición inequívoca en este dilema, séame permitido bosquejar a continuación un sistema de nuevo cuño, aun a riesgo cierto de ser tachado de iluso incorregible. Pero en cualquier caso ningún escenario más idóneo para hacerlo que el seno de una Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, modelo centenario de inquietud reformista, al tiempo mesurado y audaz, donde pueden censurarse con elegancia y respeto tanto las deficiencias de un sistema legal o social como criticarse a los censores o reformadores precipitados y tal puede ser indudablemente mi caso.

10. FINAL: UNA PROPUESTA MORAL Y POLÍTICA

A esta altura ya estamos, en efecto, en condiciones de pergeñar un nuevo modelo de responsabilidad pública inspirado en el régimen de 1904 y, sobre todo, en consideraciones deliberadamente pragmáticas: *En sustancia se trata de complementar la responsabilidad institucional del Estado, que garantiza la integridad patrimonial del lesionado, con la personal del autor material del daño* (funcionario, empleado público, autoridad política), cuyo efecto inmediato es la disminución de los actos dañosos, articulándolas —a grande rasgos— de la siguiente forma:

Primero.— El lesionado puede, a su elección, dirigirse contra el Estado, contra el autor o contra ambos.

Segundo.— Si se dirige contra el Estado y prospera su reclamación, aquél debe ejercitar una acción de regreso contra el autor personal. El funcionario es responsable si ha actuado con dolo, negligencia o imprudencia graves o si antes de producirse o consumarse el daño ha sido requerido (como sucedía con la ley de 1904) para que actúe correctamente. Si el órgano competente para ejercitar la acción de regreso no la promoviese en el término señalado incurrirá automáticamente en responsabilidad solidaria que podrá serle exigida por el tribunal contencioso-administrativo que haya dictado la sentencia condenatoria en trámite de ejecución de ésta.

Tercero.— Si la víctima se dirige contra el autor material del daño, será codemandada la Administración pública, que responderá subsidiariamente del pago de la indemnización. Con lo cual se asegura en todo caso el resarcimiento económico de los perjuicios.

Cuarto.— El particular podrá requerir a la persona física competente en la tramitación o resolución del procedimiento para que actúe regularmente, evite los daños concretos que puedan producirse o cese en la causación de los ya producidos. Conforme a lo que acaba de decirse, el requerimiento desatendido sin justificación implicará automáticamente la culpabilidad del autor. Si el particular ignorase quién es la persona física eventualmente responsable dirigirá el requerimiento al Jefe superior del departamento administrativo, quién procederá a la identificación de la persona responsable. La ausencia o demora de esta identificación e inmediato traslado del requerimiento se extenderá a la persona del jefe superior la responsabilidad solidaria del autor material del daño.

En su conjunto se trata, pues, de un sistema sencillo en el que se acumulan dos objetivos esenciales: por un lado, la percepción de una indemnización suficiente garantizada por un deudor solvente; y por otros, la evitación de muchos daños como consecuencia psicológica de la amenaza de una responsabilidad personal, frente a la que el autor material no puede quedar indiferente por contraste con lo que sucede actualmente con la responsabilidad institucional, que no afecta al patrimonio personal del autor. La extensión de la responsabilidad penal solidaria al titular del órgano competente para ejercitar la acción de regreso que permanece inactivo, es una medida ciertamente novedosa y radical pero parece una precaución necesaria para evitar la pasividad actual que ha paralizado de hecho el mecanismo previsto en la vigente ley de procedimiento administrativo.

Hagamos ahora, por último, un breve repaso sobre las ventajas prácticas del nuevo sistema.

Por lo pronto, más que garantizar o facilitar las indemnizaciones (que esto ya está previsto en el régimen actual), el sistema propuesto tiende, como se ha repetido, a evitar la producción de los daños a través de un mecanismo de disuasión psicológica. Porque el requerimiento singular disuade eficazmente al funcionario, quien de ordinario no está dispuesto a poner en riesgo su sueldo y patrimonio personal. Lo habitual en estos casos es una reacción positiva fulminante.

Incluso aunque no medie un requerimiento singular, la mera existencia del régimen legal excita el celo del funcionario, estimula su resistencia frente a las presiones torticeras del superior y desestimula a los superiores proclives a presionar al inferior para que actúe en un sentido incorrecto, ya que ellos también pueden quedar personalmente implicados en el curso del procedimiento de reclamación.

Además aunque no operasen estas ventajas, en ningún caso se producirán desventajas habida cuenta de que se trata de un sistema opcional que mantiene el procedimiento convencional ya existente de la responsabilidad directa del Estado.

Queda por conjeturar, no obstante, el alcance operativo del nuevo sistema. En principio está pensado para los casos menudos, aunque también podría ser efectivo para los daños mayores, como sucede actualmente con la responsabilidad institucional alcanzada subsidiariamente con medios penales según se ha explicado más atrás.

Lo que importa es percatarse de que el mecanismo que tan sucintamente acaba de ser expuesto debe ser entendido con una *cautela imprescindible*, a saber, la de que la aplicación ha de ser asumida honestamente por los juzgados y tribunales, así como por la Administración tanto de sus órganos ejecutivos como de sus asesores y en especial del Consejo de Estado, como órgano supremo de garantía. En cuanto a lo primero, huelga advertir que *no habrá aplicación legal satisfactoria si los jueces no están dispuestos a llevarla a la práctica*: por eso fracasó totalmente la ley española de 1904 en la que tantas esperanzas se había depositado y por eso mismo es tan deficiente la realidad del régimen actual de la responsabilidad del Estado. Dicho sea sin rodeos: con el actual sistema judicial no vale la pena reformar instituto alguno ya que todo termina enfangado en el pantano judicial. No perdamos, por tanto, el tiempo ni gastemos más ilusiones e imaginaciones.

Y lo mismo debe decirse del Estado. Porque si la Administración pública continúa con la política deshonesta a que nos tiene acostumbrados, sobran las leyes por sabias y previsoras que parezcan. No nos engañemos: la falta de operatividad del sistema actual de responsabilidad personal de las autoridades y funcionarios no es un fenómeno casual sino, más bien, un efecto deseado y deliberadamente buscado. Porque las autoridades políticas –que son en último extremo las que producen los daños de manera consciente y en el mejor de los casos por tolerancia– están interesadas en crear una confusión legal que excuse su inaplicación práctica: así se defienden ellas y, ampliando sus privilegios a los funcionarios, refuerzan el escudo de la impunidad de todos. De aquí que los funcionarios, confiando en que nada va a pasarles, estén dispuesto de ordinario a cooperar con las intenciones más perversas de sus superiores políticos.

Pues bien, si ésta va a seguir siendo la actitud de los jueces y de los políticos, olvidémonos de mi modesta sugerencia sin la menor esperanza de que llegue a see realidad un día.