



Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
ISSN: 2362-583X
revistaredoeda@gmail.com
Universidad Nacional del Litoral
Argentina

RIVERO ORTEGA, RICARDO
Quien la hace ¿la paga? Servidores públicos y responsabilidad personal
Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo,
vol. 7, núm. 1, 2020, Enero-Junio, pp. 53-66
Universidad Nacional del Litoral
Santa Fe, Argentina

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=655969162004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 7 | N. 1 | ENERO/JUNIO 2020 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



Quien la hace ¿la paga? Servidores públicos y responsabilidad personal

*Who does it, pays it?
Civil servants and personal liability*

RICARDO RIVERO ORTEGA I, *

¹ Universidad de Salamanca (Salamanca, España)

ricriv@usal.es

<https://orcid.org/0000-0002-0593-3470>

Recibido el/Received: 27.07.2020 / July 27th, 2020

Aprobado el/Approved: 10.09.2020 / September 10th, 2020

RESUMEN:

Este trabajo explica las razones para mejorar las normas sobre responsabilidad de los servidores públicos, garantizando al tiempo la seguridad jurídica y el interés general. La correcta comprensión de las diferencias entre las responsabilidades penales, administrativas y contables es muy importante para alcanzar estos objetivos y prevenir la arbitrariedad.

Palabras clave: responsabilidad personal; función pública; daño; dolo; culpa; interdicción de la arbitrariedad.

ABSTRACT:

This paper explains the reasons to improve the regulation of personal liability of civil servants, balancing the legal security and public interest. The right understanding of the differences between criminal, administrative and accounting responsibilities is very important to achieve these goals and to prevent arbitrary power.

Keywords: personal liability; civil service; harm; guilt; prevention of arbitrary power.

SUMARIO:

1. La importancia de la responsabilidad personal de los servidores públicos; **2.** El ejemplo chileno y el antiejemlo español en el tratamiento constitucional del principio; **3.** Las diversas formas de la responsabilidad personal: penal, disciplinarian, contable o administrativa; **4.** El daño; **5.** El dolo o la culpa; **6.** La prevención de la arbitrariedad como norte. **7.** Referencias.

Como citar este artículo | *How to cite this article:* RIVERO ORTEGA, Ricardo. Quien la hace ¿la paga? Servidores públicos y responsabilidad personal. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 7, n. 1, p. 53-66, ene./jun. 2020. DOI 10.14409/redeoda.v7i1.9727.

* Rector y Catedrático de Derecho administrativo en la Universidad de Salamanca (Salamanca, España). Doctor Honoris Causa por las universidades Nacional Mayor de San Marcos (Perú), Panamá, San Agustín de Arequipa (Perú), Tecnológica de Santiago (República Dominicana) y la Barra Interamericana de Abogados (México). Medalla Isidro Fabela de la UNAM (México). E-mail: ricriv@usal.es.



1. LA IMPORTANCIA DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

El grado de desconfianza en las instituciones crece en las sociedades contemporáneas. Los casos de corrupción y otras malas prácticas en la gestión pública perjudican las democracias, necesitadas de legitimidad. Si los cada vez más exigentes representados no confían en sus representantes, o creen que miran por intereses egoístas en detrimento del bien común, pondrán en duda el sistema. Por ello resulta imprescindible el control de los servidores públicos, a pesar de todas las aporías de la rendición de cuentas¹.

Las leyes aprobadas en tantos países para prevenir los abusos de poder e incrementar los controles no parecen sin embargo haber sido de gran utilidad. Este siglo ofrece un balance notable de textos anticorrupción, múltiples instituciones superpuestas con el mismo cometido de evitar los excesos de los gobernantes y refuerzos de todo tipo para corregir las irregularidades más graves detectadas en el pasado. Aunque sin duda pueden señalarse mecanismos eficaces que podrían atenuar este fenómeno – centrándonos en la selección meritocrática de los puestos de responsabilidad – es mucha la tarea pendiente para garantizar la calidad democrática, el Estado de Derecho y el desarrollo².

Es necesario poner énfasis en las personas, sus perfiles y actitudes. Los incentivos y desincentivos del comportamiento de quienes toman las decisiones y, también, se exponen a las tentaciones, los sesgos cognitivos hacia el error y los conflictos de intereses. Rodear el desempeño humano en la administración del patrimonio común de frenos y contrapesos es una de las razones de ser originales del Derecho público. Por ello, todos los órdenes constitucionales han incluido, desde el siglo XVIII y mucho antes, un principio de responsabilidad de los poderes públicos.

Los juicios de residencia en la época anterior a las revoluciones liberales, así como el control judicial del poder ejecutivo tras las independencias, realizarían este fulcro de la rendición de cuentas. Una de las diferencias más evidentes entre los regímenes políticos, en la práctica, radica en la posibilidad real de lograr que quienes vulneren las normas, desde posiciones de autoridad, asuman las consecuencias. *Respondere*, al fin, es cumplir la palabra dada, los deberes y las promesas (*spondere*).

La *bona fides* debería marcar el actuar de los gobernantes. Desde Roma, el estatuto del funcionario público incluye responsabilidades, inspirando una constitución de

¹ BOVENS, Mark. **The Quest for Responsibility: Accountability and Citizenship in Complex Organizations**, 1998.

² RIVERO, Ricardo. Instituciones jurídico-administrativas y prevención de la corrupción. In: **La corrupción: aspectos jurídicos y económicos**, Salamanca, 2005.



Zenón (475) el llamado juicio de residencia. De ahí pasaría a las Partidas y las leyes de Toro, normas que regirían tanto en España como en América durante varios siglos³.

Muchas normas posteriores reafirmarían este principio de responsabilidad, con el ejemplo del artículo 15 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano: “la sociedad tiene derecho a pedir cuenta a todo agente público de su administración”, o los muchos preceptos de la Constitución de Cádiz sobre esta cuestión (131.2, 228, 269, 293, 294 y 372). Todas las leyes de la modernidad tomarían estos modelos, con mayor o menor fortuna.

El colosal jurista Andrés Bello lo expresó con nítida elocuencia: “Ninguna institución es más provechosa para las sociedades que la responsabilidad de los funcionarios encargados de la ejecución y de la aplicación de las leyes. Sin ella, los abusos de poder en cualquier ramo de la administración no tendrían freno, y cuando esta absoluta arbitrariedad no destruyese la existencia misma de la nación, minaría los principios más importantes de su vitalidad, que consisten en la libertad y seguridad de los individuos. Las monarquías constitucionales, del mismo modo que las repúblicas, no ven nunca en el ejercicio una prerrogativa más protectora de los derechos del ciudadano, que la facultad de enjuiciar a un funcionario por el mal uso de la autoridad que la ley ha depositado en sus manos”⁴.

Un buen diseño del sistema de responsabilidades de autoridades y empleados públicos se convierte por ello en una pieza clave de la Democracia y el Estado de Derecho. Los frenos y contrapesos recomendados por Montesquieu incluyen esta institución, a la que vinculaba Hamilton nada menos que la seguridad de la República.⁵

2. EL EJEMPLO CHILENO Y EL ANTIEJEMPLO ESPAÑOL EN EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO.

Acabo de citar el artículo 15 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de meridiana claridad: “la sociedad tiene derecho a pedir cuenta a todo agente público de su administración”⁶. También incluye este texto, en su artículo 7, una advertencia de represión hacia el ejercicio abusivo del poder: “los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias serán castigados”. La Constitución del año 1, en 1793, reiteró tales principios en su artículo 24: “las garantías sociales no pueden existir si los límites de las funciones públicas no están fijados en la ley y si no se asegura la responsabilidad de todos los funcionarios”.

³ GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luis. Las partidas y los orígenes medievales del juicio de residencia. In: **Boletín de la Real Academia de la Historia**, 1963.

⁴ BELLO, Andrés. Responsabilidad de los jueces de primera instancia. **El Araucano**, 1936.

⁵ HAMILTON, Alexander. **Federalist Papers Num. 70**, The Executive Department Further Considered, 1788.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos**. Madrid: RAE, 1994.



En el artículo 131.25 de la Constitución de Cádiz, también encontramos una mención a la efectividad de la responsabilidad de los secretarios de despacho y demás empleados públicos. Otras referencias a la responsabilidad se encuentran en los artículos 228, 269, 293, 294 y 372⁷.

El Decreto de las Cortes de Cádiz de 24 de marzo de 1813 señalaba al referirse a los empleados públicos de cualquier clase que aquellos que "... a sabiendas abusen de sus oficios para perjudicar la causa pública, o a los particulares, son también prevaricadores, y se les castigará con la destitución de su empleo, inhabilitación perpetua para obtener cargo alguno y resarcimiento de todos los perjuicios, quedando además sujetos a cualquier otra pena mayor que les esté impuesta por las leyes especiales de su ramo"

Y en su artículo 3 añadía: "El empleado público que por descuido o ineptitud use mal de su oficio, será privado de empleo, y resarcirá los perjuicios que haya causado, quedando además sujeto a las otras penas que le estén impuestas por las leyes de su ramo".

La Constitución chilena de 1828 incorporó un artículo sobre el Juicio de residencia, una institución. cuyos orígenes se remontan al tiempo del emperador Zenón (475) y, más tarde, sería incorporada al Código de Justiniano. Esta norma obligaba a jueces y magistrados a permanecer cincuenta días en los lugares a su cargo al cesar en el puesto, posibilitando la presentación de reclamaciones y quejas, tanto de orden civil como criminal⁸.

El artículo 38 de la vigente Constitución de la República de Chile prevé de forma expresa la responsabilidad personal del funcionario que ocasionara un daño por el que la Administración del Estado tuviera que indemnizar a tercero. El artículo 52 prevé la responsabilidad política de los Ministros de Estado y el 53 suma a esta la posible responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o particulares. El artículo 79 se refiere a la responsabilidad personal de los jueces y el 84 se refiere a los fiscales. Estamos ante una de las previsiones más amplias y completas del principio de responsabilidad en el Derecho comparado.

La Constitución española de 1978, mucho más lacónica en este punto, se limita a enunciar un principio de responsabilidad de los poderes públicos, unido al de interdicción de la arbitrariedad, sin referencia alguna a las responsabilidades personales, una falla evidente.

⁷ LORENTE, Marta; GARRIGA, Carlos. Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la Administración (1812-1845). Una propuesta de revisión'. In **Constitución en España: orígenes y destinos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988.

⁸ MARILUZ URQUIJO, José María. **Ensayo sobre los juicios de residencia indios**, Sevilla, 1952, pág.7.



3. LAS DIVERSAS FORMAS DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL: PENAL, DISCIPLINARIA, CONTABLE O ADMINISTRATIVA

La Constitución de Chile ofrece un buen ejemplo de un tratamiento completo que alcanza a los ministros, los funcionarios, los jueces y los fiscales. Abarca también la responsabilidad penal y la administrativa (llamada civil), además de la política y sin excluir la disciplinaria. No todas las formas de responsabilidad personal son mencionadas, pero sí se pone de manifiesto la preocupación por el poder constituyente chileno por esta institución, clave para la defensa de la República, la Democracia y el Estado de Derecho.

Ahora bien, el desarrollo normativo posterior de cada uno de estos tipos de responsabilidad requiere una comprensión correcta de su naturaleza, fundamento y razón de ser, sobre el que voy a pronunciarme a continuación, porque es necesario comprender el sentido de cada uno de estos tipos, sus interrelaciones y posibles solapamientos. Es necesario aclarar las diferencias de naturaleza, señalando el sentido compensatorio (reparación del daño) o sancionador (castigo por la culpa). La correcta comprensión del fundamento de cada tipo puede ayudar a precisar sus límites y condiciones de aplicación razonable.

Una correcta delimitación y previsibilidad del alcance de esa responsabilidad es el presupuesto de su legítima exigencia. La paradójica pero posible manipulación de las responsabilidades con fines espurios debe alertarnos, porque la falta de certidumbre razonable sobre cuándo, cómo y por qué pueden activarse las acciones contra autoridades y funcionarios mina las bases de la confianza democrática y el principio de seguridad jurídica. Las reglas sobre lo que se puede requerir a quienes asumen funciones de satisfacción del interés general han de ser suficientemente claras, inequívocas para evitar su uso torticero.

La responsabilidad penal de autoridades y funcionarios obedece desde mi punto de vista al objetivo primero de evitar los abusos y arbitrariedades. El bien jurídico protegido por los delitos contra la Administración pública se ha considerado tradicionalmente la buena administración, pero habría que poner más énfasis en los derechos de los ciudadanos y su protección frente a los excesos. Los delitos, en realidad, no se cometen contra la Administración pública, sino en perjuicio de las personas a las que debe servir. La responsabilidad penal debería garantizar que quienes administran y toman decisiones lo hagan en beneficio de todos, no pensando en su capricho, su interés o preferencias subjetivas. Toda arbitrariedad merece una respuesta jurídica, y las más graves y dañinas requieren la acción penal⁹.

⁹ ASUA, Adela. Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal: disfunciones de la atenuación de la pena como compensación sustitutiva. *Revista Vasca de Administración Pública*. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, Nº 87-88, 2010.



También la responsabilidad disciplinaria debería servir para prevenir desviaciones del cometido institucional, infracciones de las normas y abusos de los servidores públicos, aunque históricamente se ha asociado al principio organizativo de jerarquía. Una reconsideración del régimen disciplinario con énfasis en la responsabilidad personal, para evitar desviaciones de los deberes institucionales, podría despejar la maraña de explicaciones vinculadas a la eficacia. Este fundamento es verosímil, pero estamos ante un régimen orientado a sancionar a quien incumple sus deberes¹⁰.

La responsabilidad contable se ha concebido históricamente como una responsabilidad civil, pero lo cierto es que sólo cabe exigirla si concurre como veremos dolo o culpa grave. Muchos de sus presupuestos de realización son inequívocamente jurídico públicos, y denotan un mayor interés del legislador porque se respeten las normas sobre correcta ejecución del gasto público. Su función principal, por tanto, no parece reparadora, aunque por supuesto también sea importante, sino preventiva de las mayores incorrecciones en la gestión del dinero de todos¹¹.

Por último, la responsabilidad personal administrativa (también conocida como civil del funcionario público), está prevista en muchos derechos comparados – incluyendo el chileno y el español – sobre la base clásica de su carácter indemnizatorio, pero en realidad se requiere también dolo o negligencia grave para su posible aplicación, luego estamos ante una responsabilidad por culpa, no de carácter contractual, e inequívocamente jurídico pública, en mi opinión.

Mi propuesta de comprensión jurídico-pública de las cuatro variables de la responsabilidad personal de autoridades y funcionarios no obedece a un mero prurito dogmático, un entrenamiento intelectual. Su adecuada interpretación permite trazar el espacio propio de cada una de ellas, evitando su utilización alternativa, simultánea o solapada, un riesgo creciente en el contexto de mayor exigencia por la presión ciudadana.

Estas reflexiones sobre los distintos tipos de responsabilidad serán a continuación completadas con un análisis de sus presupuestos diferenciales. El daño, que no es condición necesaria de la responsabilidad penal, ni de la disciplinaria, pero sí de la contable y la administrativa. El dolo o culpa, que se requiere en mayor o menor grado en cada uno de los tipos, demostrando que no estamos ante responsabilidades objetivas, sino subjetivas, pues la clave de la exigencia en todo caso es la culpabilidad del servidor público.

¹⁰ NIETO GARCÍA, Alejandro. Problemas capitales de Derecho disciplinario. **Revista de Administración pública**, Madrid: CEP, 1963.

¹¹ JIMÉNEZ RIUS, Pilar. ¿Es posible exigir responsabilidades a los gestores públicos en España? **Diario la Ley**, 2012.



4. EL DAÑO

Comenzaré por el daño, que ha de ser acreditado, evaluable económicamente y resultado de una causalidad evidenciable. El daño no es presupuesto de la responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos en la mayor parte de los casos. La responsabilidad contable y la administrativa patrimonial (mal llamada civil) lo requieren por supuesto, pero no puede decirse lo mismo de la disciplinaria ni la penal.

Los delitos contra la Administración pública no son delitos de resultado, así que basta con la integración de los elementos del tipo para su apreciación. El daño efectivo puede dar lugar a una responsabilidad civil o patrimonial posterior, tanto del servidor público como subsidiaria del Estado, pero ese mismo carácter accesorio o secundario de la responsabilidad patrimonial demuestra que la clave de este régimen no es reparadora, sino preventiva y reactiva frente a abusos y arbitrariedades (prevaricaciones, cohechos, tráfico de influencias), incluso en modo de tentativa, y aunque no produzcan un perjuicio cuantificable al interés público.

Los llamados delitos contra la Administración pública no son “delitos de resultado”, sino que basta con la integración de los elementos subjetivos del injusto para su apreciación. Si una prevaricación ha sido suspendida por un tribunal, de forma que no ha podido desarrollar sus efectos, esto no exime a la autoridad que dictara su decisión de rendir cuentas por su arbitrariedad.

Tampoco es necesario el daño en la responsabilidad disciplinaria, toda vez que comparte con el régimen penal su condición de mecanismo preventivo de vulneraciones culposas de las normas. La diferencia entre el Derecho penal y el disciplinario no sólo es cuantitativa (de grado), sino también cualitativa, toda vez que basta con la culpa leve como veremos para su apreciación, pero no está asociada necesariamente a las consecuencias patrimoniales, aunque suele preverse en las normas reguladoras de esta responsabilidad, así como en los estatutos de los altos cargos, la posibilidad de asociar el expediente de reparación por el perjuicio causado por incumplimiento de sus previsiones, así como cabe exigir esa indemnización en el supuesto de la responsabilidad penal.

El daño sí es un presupuesto clave de la responsabilidad contable, toda vez que esta institución nace para proteger la Hacienda pública. Hoy día, sin embargo, manteniéndose este sentido inicial, que lleva a la doctrina a calificar esta responsabilidad como civil, debe señalarse la necesaria concurrencia de culpa para su apreciación, luego el daño no es la condición única ni predominante de su exigencia. En realidad, el alcance de esta responsabilidad no depende de la gravedad del daño, sino de la intensidad de la culpa, como demuestra su interpretación y aplicación por parte de los tribunales y otros órganos encargados de exigirla.



Un razonamiento similar podría aplicarse a la responsabilidad personal administrativa, cuyo vínculo con la patrimonial del Estado oculta su verdadera naturaleza, que no es predominantemente reparadora, sino basada en un principio de culpabilidad. Esto porque, como veremos a continuación, el dolo o culpa grave son presupuestos de su exigencia. Y su modulación varía en función de este dolo o culpa, hasta tal punto que en muchos ordenamientos se puede reducir el importe de la indemnización solicitada en función del grado de culpabilidad de la autoridad y funcionario, un grado que debe ser considerable para activar la acción de regreso o repetición, un clásico del Derecho administrativo, a pesar de su poca utilización en algunos ordenamientos¹².

En todos los casos, el requisito de daño también comporta una relación de causalidad, difícil de acreditar en algunos casos por la concurrencia de culpas y de circunstancias que pudieran explicar los resultados de perjuicio patrimonial. La prueba de esa relación de causalidad complicará en muchos casos la reparación de los perjuicios ocasionados, pero esta es una complicación propia de cualquier régimen de responsabilidad por daño¹³.

A continuación, vamos a ver como el elemento común de todos los tipos de responsabilidad personal de autoridades y funcionarios es la culpabilidad, no el daño, lo que nos puede hacer repensar su naturaleza, fundamento, razón de ser y tratamiento normativo. Estas instituciones tienen un elemento común, un hilo conductor, que es la prevención de la arbitrariedad, la corrección de los comportamientos abusivos o excesivos de los servidores públicos, de los gobernantes.

5. EL DOLO O LA CULPA

Las responsabilidades personales de los servidores públicos no tienen un carácter objetivo; son claramente subjetivas, pues están condicionadas por la concurrencia de actitudes o comportamientos dolosos o culposos; sirven para reaccionar frente a conductas inadecuadas de los servidores públicos, a los que se puede exigir además la posterior reparación por vías de regreso o responsabilidad civil derivada del delito.

El dolo, la culpa o negligencia graves han sido además exigidos en un modo u otro en las normas históricas que han regulado la responsabilidad personal, en la línea del Derecho comparado en Alemania, Francia o Italia. Sólo se responde en estos ordenamientos por aquellas conductas más graves por descuido o intencionalidad maliciosa, no por cualquier consecuencia perjudicial sobre terceros de sus decisiones.

Dolo o culpa grave excluye la culpa leve, salvo en el caso de la responsabilidad disciplinaria. No es suficiente con la falta de diligencia, que se aprecia en sentencias de

¹² FORTES GONZÁLEZ, Ana. **La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas**. INAP: Madrid, 2014.

¹³ POSNER, Richard. **A Theory of Negligence**. University of Chicago Law School, 1972.



condena a indemnizar a la Administración, pero no en la exigencia de responsabilidades personales de autoridades y funcionarios. Así pues, el dolo y la culpa devienen conceptos centrales, imprescindibles para la aplicación de estas instituciones. Sin embargo, paradójicamente, la doctrina y la jurisprudencia parecen darlos por supuesto, sin aportar apenas marcos teóricos para su interpretación. La bibliografía y las sentencias omiten extensos razonamientos sobre la culpabilidad.

Tal situación suscita toda una serie de interrogantes: ¿dónde termina el dolo?; ¿cuándo comienza la culpa?; ¿pueden presumirse por la mera vulneración del Ordenamiento jurídico?; ¿son puramente circunstanciales?; ¿se gradúan en paralelo al daño producido?; ¿están conectados a los perfiles institucionales, o a las posiciones institucionales de “garantes” que ocupan determinadas personas en la organización?; ¿dependen de su actitud durante los procedimientos, en puntos clave como la motivación o la atención a informes o advertencias?

Toda responsabilidad personal, en sus diversas formas, debiera basarse sobre todo en la intención o actitud subjetiva de la autoridad o el empleado público. Y, sin embargo, este es uno de los asuntos menos tratados en la definición del régimen jurídico de las responsabilidades personales, recurriendo por pereza al “fondo de armario” del Derecho civil o el Derecho penal, cuyas teorías son útiles, pero no igualmente aplicables a cualquier institución de Derecho administrativo.

La responsabilidad penal, por supuesto, es la excepción, pues su dogmática ha construido los conceptos de dolo y culpa. Los otros tipos de responsabilidad, en cambio, se rigen en teoría por un principio de culpabilidad, pero apenas dedican artículos o referencias normativas a su formulación, diseño o articulación en concreto. Siempre parece darse por supuesto el concepto de dolo, sin circunstanciarlo, sin diferenciarlo de la culpa. Los elementos subjetivos clave de la responsabilidad pasan desapercibidos. ¿Por qué ocurre esto? Desde mi punto de vista, por el sesgo a favor de los aspectos objetivos en el fundamento tópico de las responsabilidades (la Administración pública, la eficacia y la organización; la Hacienda pública; el patrimonio; los caudales o efectos públicos).

Todos estos bienes jurídicos e intereses son, por supuesto, dignos de protección, pero hemos de preguntarnos si lo más importante para prevenir que sean dañados, es centrarnos en los resultados *ex post* (un perjuicio a la buena administración o un detrimento de los recursos públicos) o fijarnos en los comportamientos que propician *ex ante* las consecuencias. El foco debe ponerse, a mi modo de ver, sobre quienes toman las decisiones y propician los resultados indeseables, no sobre los objetos protegidos, porque lo que hay que considerar son las personas.

Dolo y culpa nos deben interesar mucho más, en tanto en cuenta denotan perfiles psicológicos que hemos de desterrar de la gestión pública, no sólo para proteger la “buena administración”, sino sobre todo para evitar daños sobre la gente a las que ésta debe servir. La vocación de servicio no se ha de proyectar exclusivamente sobre los



bienes públicos, o sobre la jerarquía administrativa, o sobre la corrección de las cuentas, todos ellos intereses públicos importantes. La orientación vicarial ha de dirigirse a las personas destinatarias de los servicios, que no deben sufrir las consecuencias de conductas irresponsables de autoridades y funcionarios.

Esto es lo que debemos intentar evitar. El esfuerzo realizado por definir mejor la naturaleza personal de autoridades y funcionarios, en sus distintos tipos, parte de la disociación de los supuestos por culpa de aquellos casos en los cuales se genera daño, pero sin mediación de una intencionalidad de producirlo, vulnerando deliberadamente una norma o actuando de forma negligente. Al fin, la clave de todos los tipos de responsabilidad personal aquí estudiados es que requieren dolo o culpa (más bien grave).

La dificultad de diferenciar el dolo de la negligencia grave ya ha sido puesta de manifiesto, y debería ser una cuestión recurrente en todo el análisis del régimen para la exigencia de responsabilidades. Si el dolo es presupuesto de los delitos, su comprensión es esencial. Si el alcance de la responsabilidad contable es diverso dependiendo de la concurrencia o no de dolo o negligencia grave, diferenciar esta de la leve es capital. Si la responsabilidad disciplinaria ha de modularse en función de la intencionalidad o el comportamiento negligente, el punto clave pasa a ser, entonces, qué es dolo y qué es negligencia grave.

Muchos conceptos elaborados por la dogmática penal pasan a ser inopinadamente claves en la regulación y aplicación interpretativa de las responsabilidades personales de autoridades y funcionarios. ¿Cabe la imputación objetiva? ¿Es posible exigir un estándar de diligencia mayor en función del tipo de funciones que se asumen, o de la cualificación técnica que se presume a determinadas autoridades o servidores públicos? ¿Dónde trazar la diferencia entre el dolo y la negligencia grave, a efectos delictivos? ¿Cómo acreditar el dolo, en aquellos casos en los que la motivación no es un beneficio personal, sino la búsqueda de una mejor solución de interés público?

A pesar de todas estas dudas, no es extraño que por operatividad se produzca el fenómeno de la incorporación al discurso de un concepto que se considera sobrentendido - el dolo -, aunque provenga de un ámbito distinto, el penal, donde su construcción es mucho más elaborada que en el resto de las dogmáticas de la responsabilidad (civil o administrativa). Siendo así, conviene acercarse a las fuentes penales para tomar de ellas las construcciones más esclarecedoras de su significado.

Dolo es, según Ragués i Vallés, "...por lo menos, comisión del hecho por conocimiento de las circunstancias de éste que pertenecen al tipo legal...", aunque después precisa que "...la mayoría de los autores entiende que, para que concurra una realización dolosa, hace falta algo más que conocer: la opinión dominante afirma que el dolo no sólo es conocer, sino también querer la realización del tipo penal". Los elementos clásicos del dolo son, pues, conocimiento y voluntad¹⁴.

¹⁴ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, Barcelona: Bosch, 1999.



Existen diferentes clases o grados de dolo, a saber: el dolo directo de primer grado (conocer y querer plenamente el resultado), el dolo directo de segundo grado (conocer y saber que se producirá el resultado) y el “dolo eventual” (no se quiere realmente el resultado, pero deliberadamente se producen acciones que muy probablemente conducirán al mismo).

La apreciación de culpa o negligencia graves nos llevan a cuestiones de atención y esfuerzo profesional, capacidades que pueden ser afectadas por la influencia de los sesgos cognitivos, que nos inducen al error. Negligencia grave ha de ser algo más, una dejadez deliberada en tanto en cuanto se habría advertido el riesgo de un resultado en el caso de no tomar medidas en la línea concreta, y esas advertencias habrían sido totalmente pasadas por alto o trivializadas.

¿Están inadaptados estos conceptos para la realidad compleja de la gestión pública? En mi opinión, el concepto de dolo del Derecho penal, en los delitos contra la Administración pública, está pensando de un autor que decide de manera inequívoca desde una posición de poder, así que no existe dificultad alguna en la atribución del comportamiento y sus consecuencias. Hoy, en cambio, la complejidad es tal que en muchos casos la apreciación de las responsabilidades no va a poder hacerse sobre este presupuesto.

En tales circunstancias, nos encontramos ante serios problemas de imputación, un tema poco pero bien tratado por la dogmática penal¹⁵, que requiere comenzar distinguiendo entre la imputación ordinaria y la imputación extraordinaria. En esta última, no concurrirían los presupuestos de pleno conocimiento y libertad del sujeto, sino que tendría lugar en cambio una vulneración de “incumbencias”. Esta imputación extraordinaria podría tener un papel relevante en la asignación de responsabilidades por culpa a las autoridades y funcionarios, desviándose del punto de partida de una libertad de actuación en el seguimiento de las prescripciones.

El principio de culpabilidad necesita para su operatividad práctica reglas de comportamiento y reglas de imputación. Las reglas de conducta pueden ser tanto prospectivas como retrospectivas, dirigiéndose a quienes actúan. Las reglas de imputación se dirigen a quien juzga una conducta (los jueces), e incorporan elementos valorativos. Cabe la imputación cuando el sujeto al que se asigna una determinada conducta tuvo una alternativa. Tal presupuesto es relevante en particular cuando pensamos en la gestión pública, donde el procedimiento, la motivación, el reflejo documental y la memoria organizativa sobre las circunstancias en torno a cada decisión y comportamiento pueden exponer las diversas alternativas ponderadas, demostrando si cabía o no actuar de forma distinta.

¹⁵ HRUSKA, Joachim. **Imputación y Derecho penal**. Pamplona: Aranzadi, 2005.



La motivación y el expediente administrativo son claves para acreditar el dolo o la culpa, en particular las alertas o advertencias que pudieran recibirse sobre decisiones o gestiones concretas (no las menciones abstractas, o indefinidas, que no precisan qué, o cómo debe ser corregido). Si una autoridad o funcionario desoye sistemáticamente estas recomendaciones, estaría actuando al menos con imprudencia. Su constancia es una evidencia de culpa, de dolo en los casos más graves. Pero insisto en la necesidad de advertencias explícitas y precisas.

No hay dolo ni culpa en el proceder objetivo, conforme a las normas y a los procedimientos y con razones de interés general. Hay dolo o culpa allí donde se producen excesos, abusos o arbitrariedades, donde se desoyen las advertencias sobre la concurrencia de ilegalidades dañinas, sustituyendo la voluntad subjetiva de la autoridad o servidor público al interés público, donde el poder público se transforma en un instrumento para satisfacer el capricho de una persona individual (arbitrariedad).

6. LA PREVENCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD COMO NORTE

Todas las responsabilidades personales de los servidores públicos deberían a mi juicio replantearse en clave de prevención de la arbitrariedad, coordinarse también para lograr el objetivo de la prevención de las conductas. Por supuesto, la penal tiene esta naturaleza, pero como he argumentado, comparten el mismo fundamento la responsabilidad disciplinaria, la contable y la administrativa. No estamos ante instituciones de compensación de daños, aunque también propicien este resultado, sino en presencia de mecanismos de prevención del comportamiento contrainstitucional de las personas que asumen la representación y acción de los poderes públicos.

La exposición de las variadas responsabilidades de autoridades y empleados públicos demuestra, en primer lugar, que no puede sin muchos matices hablarse de impunidad en el Estado de Derecho. El incremento del nivel de exigencia y la exposición a crecientes riesgos de los gestores del interés general es evidente, como también lo es que se procesa, condena e incluso encarcela a personas que han ocupado posiciones de máximo poder. Aunque no tenemos datos suficientes para calibrar porcentualmente la incidencia de la exigencia de responsabilidades, ni crezca quizás de forma lineal, sí parece mayor. Cuestión distinta es ponderar en qué casos, cuándo y por qué se piden explicaciones, si esos procesos tienen lugar por razones jurídicas o de otro orden, y si son los fenómenos electorales u de otro orden, más que las normas, los explicativos del énfasis en la rendición de cuentas.

Si asumimos que no siempre concurren los presupuestos de la exigencia de todos los tipos de responsabilidades, habrá que acotar cuándo y por qué iniciar cada una de las acciones correspondientes. La trivialización de la Jurisdicción penal es en sí misma



un abuso o mal uso de una rama del Derecho que debiera concebirse como *ultima ratio*. El solapamiento de intervenciones de diferentes instituciones de control también puede producir disfunciones, entre ellas el llamado “efecto de enfriamiento”, o de exceso de precaución en la gestión pública. Un análisis muy completo de esta derivada, con ejemplos múltiples de Derecho comparado, nos lo ofrecen ¹⁶

El incremento del nivel de exposición legal de las autoridades y empleados públicos es una realidad de nuestro tiempo. Siempre han existido previsiones sobre rendición de cuentas, pero nunca antes se han aplicado de la forma y con el grado que hoy contemplamos los casos de exigencia de responsabilidades a personas que ocupan o han ocupado puestos de gobierno o participado en la administración. Por supuesto, cabe percibir e interpretar esta tendencia como un fortalecimiento del Estado de Derecho – lo es en buena medida –, pero también obedece a otros factores sociales, incluso de tipo emocional. La polarización, radicalización e interpretación intuitiva de circunstancias complejas puede explicar en tanta medida como la corrupción ciertas situaciones.

Estamos ante un fenómeno internacional, observable en las democracias avanzadas y en otras en vías de serlo. Los presidentes de Estados Unidos, por ejemplo, están más expuestos al *Impeachment* que antes, en una perspectiva histórica comparada. También en América Latina han proliferado los casos de procesamiento y entrada en prisión de ex Presidentes. La agenda pública actual incluye la acusación reiterada contra los gobernantes, de quienes tiende a presumirse un grado de criminalidad. Entre las estrategias de oposición, más que nunca, también se generaliza la búsqueda de responsabilidades jurídicas. Cualquier decisión controvertida será discutida, tanto en el plano de la oportunidad como en el de las consecuencias legales, lo cual es correcto, llegando más allá en sus derivadas sobre quienes intervinieron en ella.

La Democracia incluye la obligación de responder, de dar explicaciones y saber que estas deben ser suficientes para que la sociedad comprenda y acepte las razones de las decisiones. Weber asociaba la ética de la responsabilidad al buen funcionamiento de la Democracia, pero por supuesto no basta con la ética, necesitamos leyes y mecanismos de prevención de la arbitrariedad. Es labor de los juristas construirlos repensando y comprendiendo el significado profundo de las instituciones¹⁷.

7. REFERENCIAS

ASUA, Adela. Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal: disfunciones de la atenuación de la pena como compensación sustitutiva. **Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria**, n. 87-88, 2010.

¹⁶ DE MOT JEF; FAURE; Michael. Public authority liability and the chilling effect. **Tort Law Review**. 22, 2014, 120-133, Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3371819>

¹⁷ Fernandez Rodríguez (2019).



BELLO, Andrés. Responsabilidad de los jueces de primera instancia. **El Araucano**, 1936.

BOVENS, Mark. **The Quest for Responsibility: Accountability and Citizenship in Complex Organizations**, 1998.

DE MOT JEF; FAURE; Michael. Public authority liability and the chilling effect. **Tort Law Review**. N. 22, pp. 120-133, 2014. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3371819>

FORTES GONZÁLEZ, Ana. **La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas**. INAP: Madrid, 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos**. Madrid: RAE, 1994.

GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luis. Las partidas y los orígenes medievales del juicio de residencia. In: **Boletín de la Real Academia de la Historia**, 1963.

HAMILTON, Alexander. **Federalist Papers Num. 70**, The Executive Department Further Considered, 1788.

HRUSKA, Joachim. **Imputación y Derecho penal**. Pamplona: Aranzadi, 2005.

JIMÉNEZ RIUS, Pilar. ¿Es posible exigir responsabilidades a los gestores públicos en España? **Diario la Ley**, 2012.

LORENTE, Marta; GARRIGA, Carlos. Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la Administración (1812-1845). Una propuesta de revisión". In **Constitución en España: orígenes y destinos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988.

MARILUZ URQUIJO, José Maria. **Ensayo sobre los juicios de residencia indios**, Sevilla, 1952.

NIETO GARCÍA, Alejandro. Problemas capitales de Derecho disciplinario. **Revista de Administración pública**, Madrid: CEP, 1963.

POSNER, Richard. **A Theory of Negligence**. University of Chicago Law School, 1972.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1999.

RIVERO, Ricardo. Instituciones jurídico-administrativas y prevención de la corrupción. In: **La corrupción: aspectos jurídicos y económicos**, Salamanca, 2005.