

## *La moral en la contratación pública*

**S**i fuera posible pasar toda la filosofía política de *El Príncipe*, como por un cedazo, por el último de sus capítulos, el XXVI, se comprobaría de repente, como en la irrupción del relámpago, cuál fue el alcance y cuáles las razones —y, por tanto, cuáles los límites— de ese apotegma, dogma o principio con el que la conciencia pública ha tenido que forcejear, a las claras o a las turbias, desde que es conciencia: el fin justifica los medios para alcanzarlo.

En este capítulo XXVI, Maquiavelo se decide a revelar el hilo conductor de su meditación. *La virtud* del príncipe, su astucia, sus estratagemas y hasta el empleo del crimen, no tienen otro fin que justificar la liberación de Italia del yugo bárbaro. Entiéndase bien, se habla de la Italia del siglo XVI. Y la liberación ha de ser rápida, a poder ser inmediata. Es un fin al alcance de todos, comprensible, realizable y con una figura determinada.

Desde tal perspectiva, podría decirse lo mismo de una empresa tan señera como, por ejemplo, Las Cruzadas. Si bien de rescatarse los Lugares Santos del yugo del infiel, no ha de titubearse en promover

**FEDERICO CARLOS  
SAINZ  
DE ROBLES**

**«En este capítulo XXVI, Maquiavelo se decide a revelar el hilo conductor de su meditación. *La virtud* del príncipe, su astucia, sus estratagemas y hasta el empleo del crimen, no tienen otro fin que justificar la liberación de**



la guerra, en sacrificar inocentes y en suscitar, si llega el caso, las perversiones, la enfermedad y la miseria.

Fines a la vista que permiten al poderoso y al subdito contratar el valor de aquéllas y el del sacrificio que su consecución impone. Aunque, naturalmente, el subdito tenga poco que opinar y menos aún que decidir.

Cuando el fin se hace abstracto y se proyecta más allá de cualquier horizonte asequible a la percepción humana, mientras el sacrificio, inmediato, muerde las carnes, el principio se desplaza a la Utopía y los medios se transforman en programa político.

Es bastante verosímil que los destrozos perpetrados por las utopías totalitarias de la primera mitad de este siglo— y de las que persisten, agazapadas sin decoro —hayan obligado a retener la fórmula, de suerte que sea la bondad del medio la que haya de anticipar, en el hoy, la rectitud del fin.

En pocas palabras, esto es lo que significa el Estado de Derecho; primero, porque retrae el fin al libre y digno desarrollo de la persona individual, a cuya voluntad incumbe la creación de vínculos sociales para alcanzar objetivos transpersonales; segundo, porque moldea el aparato del poder, diseñando su figura y actuación como garantía de la libertad personal; y tercero —y principal— porque establece un perfecto contraste entre cualquier manifestación del poder público y el Derecho, en la más profunda y noble acepción que haya podido atribuírsele nunca.

Pero... Pero, he aquí que en este idílico panorama de los textos y los discursos, vuelve a deslizarse, y esta vez sin ninguna referencia espacial ni temporal, la vieja recomendación. Me refiero, claro está, a la razón de Estado. La cual, apretando bien las palabras, significa que ese Estado, vertebrado por el Derecho, tiene que eludirlo para sobrevivir. En situaciones límites; sólo en ellas, naturalmente. ¿Insuficiencia esencial e irremediable del Derecho?, ¿acaso imposible concordancia total entre Derecho y Estado?. Más bien, manifestación abrupta de la incontenible aspiración de cualquier poder — público, pero también personal, conviene no olvidarle— a desligarse de cualquier limitación. Y, si en vez de apretar las palabras, se aprietan los hechos no tardaría en comprobarse que, tras ellos, no hay auténtica razón que concierna al Estado, ni siquiera a un Gobierno. Es, puramente, una razón de poder. Que comienza por no ser razón.

**«Cuando el fin se hace abstracto y se proyecta más allá de cualquier horizonte asequible a la percepción humana, mientras el sacrificio, inmediato, muerde las carnes, el principio se desplaza a la Utopía y los medios se transforman en programa político.»**



Aquí, según pienso, se alejan acontecimientos bien recientes de la vida nacional y exterior, de muy difícil digestión, en cuanto ninguno de ellos ha resistido la prueba decisiva, a saber, la de que cuando la oculta razón de Estado —estoy admitiendo que, en efecto, pueda darse— emerge a la superficie, ha de someterse inmediatamente al contraste con el Derecho; contraste, cierto, "a posteriori", pero enormemente eficaz en orden a la recuperación del principio robusto; bien que, desdichadamente, no quepa reconstruir del todo la devastación. Es notoria la resistencia heroica a esta depuración; el poder al descubierto utiliza sus últimas energías, muchas con ropaje jurídico, para impedirla. No sería tarea perdida la de analizar a fondo los matices de este debate agónico; y no es el matiz más insignificante de esta lucha despiadada, su acogimiento desesperado a las formas externas del Derecho.

Y aquí también, precisamente aquí, radica el meollo de la ardua relación de la ética y la política. Creo que fue Arthur Keestler quien dijo, no hace mucho, que en esta cuestión nada nuevo se ha dicho desde Maquiavelo. Y es verdad que nada se ha dicho; en cambio, se ha hecho mucho, quizá demasiado. La transformación del fin con disonomía concreta en una idea, lejana por abstracta, representa una auténtica mutación.

Fuera de los foros del pensamiento, este de la ética y la política ha preocupado muy poco, por debajo de la epidermis. Por ello produce estupefacción anotar las exhortaciones del poder a la sociedad para que se moralice. Con tentativas incluso para ponerla desde la Gaceta.

A una de esas tentativas quiero dedicar unas breves reflexiones. Que quizá no justifiquen el excesivo preámbulo, no tanto por la indocilidad de las palabras —al menos, de las mías— para dar cuenta clara de una situación, sino más bien por su propio peso.

La técnica es sumamente simple. Tras la aparición de fenómenos reprochables —insisto, tras su aparición; nunca antes— se empieza por verificar su impacto en la conciencia general y si se estima considerable o significativo y se comprueba que en las leyes vigentes no hay instrumento para la sanción, se procura apresuradamente una norma "ad hoc", cuya primera manifestación suele ser tremebunda. No insistiré en subrayar que todas esas comprobaciones, análisis y sondeos se instrumentan, a su vez, sobre los medios de comunicación de respuesta inmediata. Y, literalmente, efímera.

**«¿Insuficiencia esencial e irremediable del Derecho?, ¿acaso imposible concordancia total entre Derecho y Estado?. Más bien, manifestación abrupta de la incontenible aspiración de cualquier poder — público, pero también personal, conviene no olvidarle— a desligarse de cualquier limitación.»**



Como efímera es también la preocupación del poder. La eficacia que razonablemente pueda esperarse de la nueva Ley no se ha medido, puesto que no la han precedido estudios sino impulsos. Y es que, en rigor, no está destinada a atajar el hecho indeseable, sino a ser comentada y difundida por los mismos medios de comunicación que la han provocado. No llevaré mi malicia a olfatear, por los bajos, si no la alienta el malévolo propósito de propiciar el olvido. Lo que es patente, y así lo he llamado en esta ocasión, es que estamos ante una legislación enanista, con deliberado designio de esterilidad.

La muestra que ahora quiero considerar es la reciente Ley de Contratos de la Administración Pública (ley 13/1995, de 18 de mayo). No toda ella, ni tampoco sus aspectos técnicos, sino un punto muy concreto, el de una de las prohibiciones de contratar, la establecida en el artículo 20.a), al que remito a todo lector que quiera contrastar con el texto las observaciones que siguen. Representa el supremo esfuerzo del legislador por introducir la moral del ciudadano en sus relaciones con el poder. Verdad es que en la economía actual la esfera de la contratación pública es un punto de referencia capital para la empresa, dada la omnímoda presencia de la Administración, día a día más penetrante, en el quehacer cotidiano de los ciudadanos. La garantía y la solvencia de quien contrata con una Administración pública interesada, de modo relevante, a los intereses de todos. Quede claro.

Es, pues, no sólo aceptable sino exigible que quien haya sido sancionado por una infracción, incumplimiento o conducta ilegítima que guarde relación con los intereses generales que la Administración gestiona mediante el instrumento contractual, quede apartado, ya inicialmente, de la posibilidad de acceder a un nuevo contrato.

Pero el artículo 20.a) alcanza al sospechoso; tampoco éste puede contratar. Sospechoso, digo, porque quien está sólo procesado o acusado por un delito de los que guardan cierta relación con los negocios públicos, sigue contando, a todos los efectos, con la presunción de inocencia. No contento con ello, el legislador traslada la sospecha, forzosamente personal e individualizada puesto que se cierne sobre un posible delito, a la empresa o persona jurídica que el sospechoso gestiona, administra o representa. Parece, pues, claro que esta específica cruzada contra la corrupción va muy en serio y apunta a los más recónditos rincones donde puede refugiarse.

Los juristas y quienes no lo son han derramado ya mucha tinta sobre este precepto. Yo mismo soy responsable de alguna. Creo que

**«Fuera de los foros del pensamiento, este de la ética y la política ha preocupado muy poco, por debajo de la epidermis. Por ello produce estupefacción anotar las exhortaciones del poder a la sociedad para que se moralice.»**

hay una general convicción de las grandes y graves dificultades que conllevará la aplicación drástica de la prohibición.

Voy a permitirme enfocar la cuestión desde otra cota. A la que, en mi entender, nadie ha trepado. Quebrar la presunción de inocencia —que, no se olvide, es un derecho fundamental con garantía constitucional— en favor de la "limpieza" de la contratación pública es un arduo esfuerzo legislativo por introducir la ética en el ordenamiento. Por muy inculpado o procesado que alguien esté en un proceso penal, hasta que no se pronuncie sentencia firme condenatoria, no es que siga siendo inocente, sino que, además, ha de ser tenido como tal. Por tiros y troyanos, es decir, por los poderes públicos y por el resto de los ciudadanos.

No ha por qué traer a colación estadísticas sobre procesos con acusados en el banquillo que terminan en absolucón. Es abrumadora la cifra en favor de este último caso. Ahora bien, cuando un ocupante del banquillo es absuelto, no es que recupere su immaculada veste de inocencia, es que debe entenderse que nunca la ha perdido ni manchado; hasta el punto de que la Constitución y la ley establecen, con menos generosidad de lo que sería obligado en rectos principios, mecanismos reparatorios de la inocencia indebidamente agredida.

Cabe preguntarse ahora —y evaluar las consecuencias en la esfera de la empresa— cómo se reintegrará "la inocencia" del aspirante a la contratación, rechazado por procesamiento o inculpación, y que, más tarde, resulta absuelto. Desciende deliberadamente y rápidamente de este ámbito de especulación y regreso a lo que iba.

El artículo 20.a) de la Ley 13/1995, hace prevalecer la ética sobre la presunción de inocencia; con más precisión, insinúa la exigencia de limpieza moral en la esfera, protegida por la más alta de las normas, de la presunción de inocencia. No olvido ni un momento que el procesamiento o la inculpación son actos judiciales sujetos a Derecho, fundados en un prenotando igualmente acuñado por el Derecho: "los indicios racionales" de responsabilidad. No lo olvido, digo, pero tampoco puedo hacerlo con otros datos objetivos, como, por ejemplo, con los que se desprenden del régimen electoral, tan necesitado de inyecciones éticas como el de la contratación, según creo; pues bien, sucede en este régimen que únicamente sentencias —en la mayoría de los casos, firmes— son susceptibles de privar a un ciudadano de su condición de elector y elegible para representar al titular de la soberanía (artículos 3.1 a), para el sufragio activo y 6.2a) y b), para el pasivo, de la Ley Orgánica 5/1995). Es manifiesto que el legislador, cuando se trata de discernir a diputados, senadores y otros



**«La muestra que ahora quiero considerar es la reciente Ley de Contratos de la Administración Pública (ley 13/1995, de 18 de mayo). No toda ella, ni tampoco sus aspectos técnicos, sino un punto muy concreto, el de una de las prohibiciones de contratar, la establecida en el artículo 20.a). Representa el supremo esfuerzo del legislador por introducir la moral del ciudadano en sus relaciones con el poder.»**

representantes del pueblo, no ha considerado ni necesario ni oportuno, introducir la prevención ética.

Pero, por mucho que el procesamiento y la inculpación plasmen valoraciones jurídicas y por mucho que procedan de un poder público —en este caso, el judicial— ninguna de estas dos circunstancias tiene fuerza suficiente para erosionar siquiera la sólida estructura de la presunción de inocencia. Esto y tantos otros hechos, que pueden espigarse a poco que se observe con asiduidad el acontecer diario, ponen de relieve algo que habitualmente se es reacio a reconocer, y es que la ética o la moral están tan maltrechas en la vida social, tan carentes de normas y referencias propias, que el poder público se cree obligado a suplirlas con normas jurídicas dotadas de la máxima eficacia... sobre las páginas de la Gaceta.

No cabe duda de que esfuerzos "moralizantes" como el artículo 20.a) de la Ley 13/1995, merecen ser sopesados con serenidad y con el ánimo predisposto al aplauso. Más lo merecerían si tras el intento se atisbara un mínimo de sinceridad en los promotores de éste y de otros preceptos semejantes (como, por acudir a otro suceso de este tipo, prácticamente de hoy, la creación de la Fiscalía Anticorrupción); no es posible percibirlo. No se trata sólo de comprobar, una vez más, que cuando en determinada esfera social no funcionan los resortes morales internos, comienzan a ponerse en marcha —con bastante ingenio, todo hay que decirlo— las estrategias para eludir el cumplimiento de la Ley. Se trata, en el fondo, de verificar la insuficiencia de la propia norma jurídica a partir ya de su formulación inicial.

No sé qué porvenir aguarda a esta singular prohibición de contratar; ignoro si alguna voz autorizada dará la señal de alarma contra esta flagrante agresión a la presunción de inocencia y a esta tortuosa complicación de la organización de la persona jurídica con determinadas actividades de sus órganos personales. No me atrevo tampoco a adelantar en qué medida la aplicación literal de la prohibición llegará a perjudicar a la Administración que necesita el contrato para la gestión de intereses generales. De lo que estoy convencido es de que la prohibición será eludida; no me pregunten cómo. Pero lo será.

No es tarea de los poderes públicos, tarea que esté a su alcance, moralizar a la sociedad. Es bastante con que se moralicen ellos conforme a la propia ética de la política que, por supuesto, existe. Cuando, como sucede hoy, la desprecian de modo patente, quedan privados, incluso de técnica jurídica para imponerla hacia afuera. No hablo, por obvio, de legitimación moral.

■

**«Pero el artículo 20.a) alcanza al sospechoso; tampoco éste puede contratar. Sospechoso, digo, porque quien está sólo procesado o acusado por un delito de los que guardan cierta relación con los negocios públicos, sigue contando, a todos los efectos, con la presunción de inocencia.»**

■

Acabo por donde empecé, es decir, por Maquiavelo. En el pensamiento del complicado funcionario florentino, donde ha querido encontrarse el origen del radical divorcio entre la ética y la política, hay un reducto moral último, claro, insalvable: todos los medios del poder son aceptables con tal que puedan facilitar un objetivo bueno, de figura concreta y al alcance de la vista; y con tal de que no contradigan ese fin. Recuerde el lector el forcejeo —arduo esfuerzo— de Maquiavelo para encontrar un príncipe al que poder dedicar su obra; un paradigma humano que supiera ejercer el poder para justificar una empresa, como hoy se diría, un proyecto común sugestivo, concitador de estímulos. Moral política mínima, pero moral.

**«Cabe preguntarse ahora — y evaluar las consecuencias en la esfera de la empresa— cómo se reintegrará "la inocencia" del aspirante a la contratación, rechazado por procesamiento o inculpación, y que, más tarde, resulta absuelto.»**

