

Prólogo a HÉCTOR MAIRAL

Las raíces legales de la corrupción: O de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla, Cuadernos de la RPA, Editorial Rap, Buenos Aires, 2007

Esta colección de *Cuadernos de Res Publica Argentina* se inicia con un primer y excepcional número cuya calidad difícilmente podrá luego mantenerse, mucho menos superarse. MAIRAL es uno de los pensadores más originales del derecho público argentino y también del mundo hispanoparlante, que más ha hecho por la lucha por el derecho en nuestro país, con un estilo de caballero inglés que le es intransferible. Hay quienes sólo son “originales” en oponerse a las ideas originales de otros, otros que son originales pero no pueden evitar la indignación, MAIRAL en cambio es supremamente agudo e invariablemente original, pero dentro de un estilo marcadamente sobrio y elegante.

Lo del estilo parece una constante en su familia. Su padre, traductor de obras de Goldoni y autor novel de una obra de teatro premiada por La Prensa. Su hijo, ganador de diversos premios por sus obras en prosa y en verso.

Es por ello que bien puede decirse que MAIRAL es un autor único en su estilo en el derecho administrativo argentino y comparado, que en los últimos años nos ha ido dando obras y reflexiones cada vez mejores, cada vez más lúcidas y maduras, profundas y originales pero siempre sobrias, sobre la realidad de nuestro tiempo.

Hace unos años, MAIRAL iniciaba un fuerte debate acerca de la peligrosidad de la teoría del contrato administrativo, tal como se la postula generalmente entre nosotros.¹ Su hipótesis quedó ampliamente corroborada en los hechos, que le dieron la razón una y otra vez, cada vez con mayor contundencia como si ella hubiera hecho falta. Tenía la más plena y absoluta razón. No hay en la actualidad contrato administrativo que no sea peligroso para los derechos del contratista y por ende instrumento de coacción y de corrupción, lo que tampoco se traduce desde

¹ MAIRAL, HÉCTOR A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo,” *ED*, 179:655.

luego en tutela del usuario y del consumidor, sino a la inversa, en pareja y mayor desprotección.² La historia se ha encargado de reforzar la tesis de MAIRAL, por si alguien se animara a abrigar dudas sobre la peligrosidad de la noción, que es la peligrosidad a la que han llevado algunos cultores del derecho administrativo que están siempre a favor del poder de turno, sin importar quién lo ejerza, pues es con él que se hacen los negocios, no con los que están fuera del poder. Por eso es que el contrato administrativo está además armado para favorecer los negociados y la corrupción, la lisa y llana extorsión al particular como lo explica MAIRAL en el presente libro que tengo el honor de presentar.

Denuncias de corrupción hay muchas, estudios teóricos sobre la corrupción también. Pero la originalidad de esta obra de MAIRAL es señalar que más que un “sistema paralelo” de corrupción, en realidad tenemos un sistema legal hecho formal y expresamente para canalizar o favorecer la corrupción: No hay aquí inocentes. Así como cuando el funcionario quiere cometer alguna irregularidad primero dicta la nueva norma general que le hace luego “obligatoria” la conducta que quería adoptar, escudándose ahora —en acto de suprema hipocresía— en el principio de “legalidad,” así también las normas son proyectadas no para controlar sino para impedir el control de la corrupción. La corrupción generalmente se analiza a través de la mirada sobre sus culpables,³ pero como conocemos a los corruptos y no les castigamos con la censura social que merecen, MAIRAL va mucho más allá en la identificación de las causas legales, estructurales, de la corrupción y sus posibles remedios.

Para MAIRAL es el marco jurídico el que fomenta la corrupción, a pesar del dictado de leyes generales de ética pública y de la suscripción de tratados internacionales contra la corrupción.⁴ No por nada cuando se votó en el Congreso la Convención Interamericana contra la Corrupción el borrador de la sesión taquigráfica señalaba: “Risas en la sala.” Esas leyes y tratados anticorrupción no han logrado impedir en el país que el derecho actúe independientemente como factor de corrupción, como su mejor aliado.

A lo largo de su trabajo nos desgrana el análisis tan agudo como atinado de cada uno de los factores legales que inciden directa o indirectamente sobre la corrupción, pero además nos aporta diversos mecanismos de prevención que po-

² MAIRAL, HÉCTOR A., “Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina,” ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, FDA, 2003, pp. 129-135; MAIRAL, HÉCTOR A., “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” AA.VV., *El contrato Administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004.

³ En nuestro país hay solidaridad en dar comida a los más necesitados, pero no hay solidaridad en pagar los impuestos correctamente y trabajar esforzadamente para el bien de todos. Tampoco hay solidaridad en condenar públicamente a los corruptos: Mi artículo “Una celebración sin gloria,” *LL*, Número Especial Supl. de Derecho Constitucional –150° “Aniversario de la Constitución nacional,” abril de 2003, *LL*, pp. 13-24, 2003-C, 1091.

⁴ Recientemente se ha sancionado la ley 26.097 que ha aprobado la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción adoptada en Nueva York en el año 2003.

drían establecerse en lo que denomina Ley de Moralización. En forma especial, sugiere que “sería conveniente exigir que antes de aprobar todo proyecto de ley o reglamento que regule una industria o sector de la actividad, o que de otra manera cree oportunidades para que la corrupción actúe, se prepare un estudio de su impacto moral, a fin de determinar el posible efecto de la nueva norma en la lucha contra la corrupción.” Cualquiera podría pensar que esto es una salida humorística, una *boutade*, pero no hay autor más serio que MAIRAL: Ni un asomo de ligera sonrisa anima su lectura cuando propone el estudio de impacto moral de la legislación, antes de sancionarla.

Las causas legales de la corrupción son para MAIRAL más neutrales desde el punto de vista ideológico que las económicas y políticas, lo que permitiría generar un grado de coincidencia tal que posibilite un acuerdo político que supere las diferencias partidarias, a menos que todos los partidos estén de acuerdo en ejercer y perpetuar la corrupción pública, a menos que ya no tengamos futuro como sociedad. Lo que está claro es que se puede ser corrupto desde la derecha, el centro y la izquierda; se hace corrupción desde el neoliberalismo que hoy está de moda denostar, y desde la intervención reguladora y dirigista de la economía que hoy está de moda intentar hacer revivir; desde el gobierno y fuera de él. La corrupción no hace asco a las ideas económicas ni políticas, todo es bueno a la hora de hacer dinero inmoralmemente, desde la cabeza en una escala descendente en la cual nadie “saca los pies del plato.”

Es aquí donde la sociedad civil debe hacer un esfuerzo denodado de imponer a la sociedad política un mínimo ético indispensable y MAIRAL lo hace, proponiendo múltiples ideas en este combate contra las causas legales de la corrupción. Es también la misión que impusiera MAIRAL a los abogados en cuanto a “enfaticar continuamente el valor del Derecho. Cuando el Derecho está presente la corrupción disminuye; cuando el Derecho desaparece surgen otros factores que inciden en la decisión pública. La corrupción es el más importante de estos otros factores [...] Este es el mensaje que podemos dar los abogados, mensaje que excede a un determinado partido político y aún a un determinado sistema económico, porque el Estado de Derecho es la única base sobre la cual se puede edificar un sistema económico compatible con un régimen republicano de gobierno.”⁵ Tal mensaje no debe perder de vista la advertencia que nos hiciera sobre la crisis del Estado de Derecho que estamos viviendo,⁶ en el que la degradación del derecho constitucional y administrativo produce graves consecuencias que afectan el funcionamiento

⁵ MAIRAL, HÉCTOR A., “El efecto de la crisis económica en el Derecho,” RAP, *Doctrina Pública*, XXVI-2, pp. 239-245.

⁶ MAIRAL, HÉCTOR A., “La degradación del derecho público argentino,” SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, IV, Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 17-32.

básico de nuestro sistema económico y social, no ya solamente jurídico y político.⁷ Nuestra viabilidad en el mundo depende de que podamos superarla.

MAIRAL toma así una posición de liderazgo por su significativa contribución en la lucha contra la corrupción sistémica y endémica en la Argentina.⁸ Nos queda a los argentinos que todavía sintamos vergüenza por la corrupción ajena, el deber moral de leerlo y ponerlo en práctica en la medida de nuestras fuerzas.

AGUSTÍN GORDILLO

⁷ En su momento dije que las palabras de MAIRAL parecían todavía poco, era también la degradación del tejido social y del aparato productivo, de la esperanza misma por momentos: “Una celebración sin gloria,” *op. cit.*

⁸ Podemos medir sencillamente la magnitud que debe tener la lucha contra la corrupción en base a la información que está a nuestro alcance. En el informe anual de 2004 de *Transparency International* la República Argentina recibió una puntuación de 2,5 (puesto 109), según el Índice de Percepción de la Corrupción 2004 (escala de 0 a 10) sobre un total de 146 países.