

## CAPÍTULO II

### LA EXISTENCIA DE UN SISTEMA ADMINISTRATIVO PARALELO

#### SUMARIO

1. Introducción .....	AP-II-1
1.1. Planteamiento del problema .....	AP-II-1
1.2. El concepto de derecho.....	AP-II-2
2. Economía oficial y subterránea o paralela .....	AP-II-3
3. El procedimiento administrativo formal e informal .....	AP-II-7
3.1. El procedimiento en la teoría y en la práctica.....	AP-II-7
3.2. La organización y competencias formales e informales.....	AP-II-8
3.3. Publicidad y silencio .....	AP-II-9
3.4. Las reglas formales y reales del tránsito.....	AP-II-10
3.5. Los canales formales e informales para toda tramitación.....	AP-II-10
3.6. Conclusiones parciales.....	AP-II-12
4. La Constitución real .....	AP-II-12
4.1. El sistema paraconstitucional.....	AP-II-12
4.2. El gobierno paralelo.....	AP-II-14
5. Lenguaje y metalenguaje .....	AP-II-15
6. La moral paralela .....	AP-II-18
7. La doble personalidad .....	AP-II-19



## Capítulo II

# LA EXISTENCIA DE UN SISTEMA ADMINISTRATIVO PARALELO

### 1. Introducción

#### 1.1. Planteamiento del problema

En muchas comunidades se generan a veces formas sociales de un derecho no emanado del Estado: Los juristas las podrán llamar derecho consuetudinario, e integrarlo de tal modo al resto del aparato jurídico del Estado, y ese será siempre el enfoque válido de la cuestión; también los sociólogos podrán hablar de un derecho no estatal.<sup>1</sup>

Hay comunidades en las cuales se percibe la existencia simultánea e incompatible de dos órdenes normativos: Uno, el mundo de las normas jurídicas escritas y formales, el derecho conocido y aplicado por los abogados; otro, el mundo de las normas no escritas, emanadas e impuestas por los grupos sociales, que son conocidas y explicadas por los sociólogos, cientistas políticos, etc. Son diferentes los métodos científicos empleados por unos y otros para el estudio de sus respectivas realidades. Esos dos mundos<sup>2</sup> no siempre coinciden; a veces van por vías paralelas, regulando distintos aspectos de un todo social; a veces se contraponen, cuando las normas sociales imperantes son contrarias o al menos diferentes de las normas jurídicas vigentes en un mismo tiempo y lugar; a veces incluso se complementan.

<sup>1</sup> Así la colección *African Law Studies*, Colorado, USA, nº 1 a 17, y *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Colorado, 1981, nº 19.

<sup>2</sup> Hemos hablado de distintos mundos para recordar de las creencias de una tribu primitiva argentina su idea de que existe un mundo de los vivos, un mundo de los muertos (en que los seres mantienen incólume su cuerpo y deambulan sin vida pero con cuerpo), y un mundo de los espíritus. (En el cual han perdido también su cuerpo.) Creemos que en materia de normas jurídicas y sociales más de un latino distingue también un mundo de los vivos (los seres humanos reales y lo que realmente hacen), un mundo de los muertos (las normas sociales) y un mundo de los espíritus. (Las normas jurídicas.) Intentaremos aquí referirnos a este particular fenómeno, y analizar cómo operan las normas jurídicas en ese contexto, partiendo de algunos hechos que son conocidos aisladamente pero que quizás no hayan sido suficientemente interrelacionados unos con otros.

Es difícil determinar si existe o no una percepción colectiva generalizada acerca de la coherencia y magnitud del fenómeno; pero existen sin duda percepciones sectoriales de situaciones de esta índole.

En el presente capítulo trataremos de reunir algunas de estas observaciones dispersas que han sido efectuadas desde distintos ángulos del análisis, para indicar cómo en verdad entre todas conforman un conjunto sistemático de observaciones.

En este capítulo trataremos pues de describir someramente cómo el fenómeno se presenta en todos los aspectos de la vida social, para llegar a la conclusión de que se trata de un conjunto posiblemente sistemático de normas, comportamientos y creencias de esa índole, que existe en forma paralela al sistema formalmente imperante. En el tercero trataremos de indagar acerca de las relaciones que existen entre ambos órdenes normativos y su funcionamiento recíproco, y apuntaremos algunas soluciones en el cuarto capítulo.

### 1.2. *El concepto de derecho*

No entramos en este trabajo al problema de filosofía del derecho, de definir o determinar qué es el derecho. Sin perjuicio de que no consideramos que quepa excluir del concepto de derecho el juicio de valor que las normas formalmente vigentes merezcan, y el grado de realidad que tengan, no puede menos que reconocerse que para el común de la gente y posiblemente la mayor parte de los abogados practicantes y funcionarios públicos (activos, consultivos, de control) el derecho básicamente no es en verdad otra cosa que ese conjunto de disposiciones emanadas del Estado y formalmente vigentes en determinada época y lugar, con prescindencia, salvo casos graves, de su grado de realismo y su valor o disvalor. Ciertamente es que muchos juristas con razón considerarán a esto una visión pobre y limitada, e incluso equivocada del derecho, pero también es cierto que muchísimos conflictos que pudieran plantearse en que quepa hacer jugar la realidad y la valoración además del texto positivo de una disposición estatal, serán resueltos por las partes intervinientes, funcionarios públicos y administrados, contadores públicos y abogados que desempeñan funciones de control, y posiblemente por más de un juez a cuyos estrados eventualmente llegue la cuestión, sobre la base o la hipótesis inexacta para nosotros, de que “derecho” es tan sólo el conjunto de normas de diverso rango formalmente vigente en determinado momento.<sup>3</sup> Es

<sup>3</sup> Señala CASSESE, SABINO, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, p. 198, que los juristas no pueden pretender que el rol de interpretar y crear el derecho esté limitado, y que “los administradores, ... todos los ciudadanos, «ejecutan», «actúan», «aplican»,” (p. 200), sino que al contrario “se afirma más sólidamente el rol creativo de todos los órganos.” Los juristas podremos negar que tales actuaciones y operaciones sean verdadera interpretación y aún ni siquiera correcta aplicación del derecho, pero no podemos en cambio desconocer que a veces son estas actuaciones y operaciones las que en verdad ocurren, aunque ellas no sean las que el jurista cohonesta con su propia interpretación.

igualmente cierto que muchísimos conflictos en que pudiera discutirse que la mejor solución jurídica no es la que parece desprenderse del texto liso y llano de una disposición estatal, no llegan en verdad a ser resueltos por un jurista, sino que son resueltos por aquellas partes y actores del procedimiento administrativo, en base a la hipótesis antes señalada. A los efectos de este trabajo tomaremos en cuenta para el análisis, por una parte el conjunto o sistema de disposiciones de carácter normativo emanadas del Estado (Constitución, leyes, reglamentos, etc.), con prescindencia de si cabe o no considerarlo “derecho” en ausencia de un juicio de valor y de realidad; y por la otra parte lo contrapondremos o compararemos a un conjunto de normas sociales en su mayor parte no emanadas de los órganos del Estado encargados de la producción de normas generales o su interpretación, normas éstas que atienden precisamente en mayor medida a juicios de valor distintos que los consagrados en las normas antes citadas, y a distinta percepción de la realidad. A las normas emanadas formalmente del Estado por el procedimiento previsto al efecto, las llamaremos indistintamente en este trabajo normas jurídicas o positivas, sistema jurídico, etc. Adelantamos desde ya que si el resultado de nuestro análisis hubiera sido que en general son pocas las hipótesis en que existe conflicto grave entre una norma emanada del Estado y la percepción social de su valor y realidad, no lo hubiéramos escrito, pues ningún conflicto importante hubiéramos encontrado que no fuera susceptible de ser normalmente resuelto por las vías de interpretación que el sistema jurídico contiene. En cambio, encontramos lo que nos ha parecido demasiados supuestos, incluso coherentes, en que el sistema normativo formal no es acompañado por una percepción social coincidente acerca de su valor y realidad, y en que las conductas también siguen caminos diferentes de los marcados por el aparato normativo formal del Estado, sin que los organismos de interpretación y aplicación del derecho tengan la oportunidad, o la inclinación, de realizar en cada caso el esfuerzo de integración e interpretación de la norma, la realidad y la valoración. Al encontrar una diferencia o distancia apreciable que la interpretación y aplicación del derecho normalmente no supera ni acorta, pensamos que una consideración como la que aquí haremos puede quizás ofrecer una perspectiva distinta de discusión sobre algunos problemas jurídicos y administrativos.

## 2. *Economía oficial y subterránea o paralela*

En los países desarrollados existe generalmente, a más de toda la economía que funciona legalmente y en la superficie, tributa impuestos, está registrada, etc., una pequeña economía subterránea que no declara ni paga impuestos, no los retiene, no figura en ninguna estadística ni se vincula para nada con el sistema económico oficial. Por lo general se presenta en lugares bastante aislados y su efecto sobre la economía total del país es ínfima. En países menos desarrollados el fenómeno suele tener mayor importancia, aunque se carece de datos concretos que

permitan evaluar su exacta incidencia; se ha hablado y se habla de una economía subterránea también con referencia a los países socialista, donde posiblemente esta forma de operar transacciones es además una forma de parcial alzamiento contra un sistema opresivo. En épocas o países de prohibiciones rigurosas florece por fin el mercado “negro,” en pleno y abierto desafío al sistema, y al cual concurren también, desde luego, los funcionarios del sistema.

También en nuestras sociedades existe permanentemente una economía no oficial, que más que subterránea es *paralela*: No es que pequeños sectores de personas están ellas mismas integralmente al margen de la economía oficial y por lo tanto comercian fuera de ella; no son los habitantes de las villas miserias o los vendedores ambulantes los que hacen funcionar en principal medida esta economía, sino que actúan en ella los mismos sujetos económicos que también hacen funcionar la economía oficial. No hay una economía arriba y otra abajo, hay dos economías que operan la una al lado de la otra, simultáneamente y con los mismos actores.

Ello se ilustra claramente con el mercado de divisas. De todos los tiempos, haya libertad o no para la compraventa de divisas, o la haya parcialmente, siempre ha existido un mercado llamado “paralelo,” nombre éste que designa con exactitud su índole. A veces son hasta los mismos operadores autorizados y regulares, los que también hacen operaciones en dólar paralelo; incluso los mismos bancos en más de una ocasión se ha podido saber que lo hacen. Desde luego también las empresas, industriales, profesionales, empleados, etc., operan cada uno en su medida en la compra y venta de dólares en el mercado paralelo.

Cuando está prohibida la compraventa de dólares, la razón es poderosa: Se trata de hacer algo que está prohibido;<sup>4</sup> cuando está permitida, es no dejar rastros detrás de los cuales pueda venir algún inspector de impuestos a preguntar mas de la cuenta. Y aún cuando no se tengan en verdad demasiadas o muy importantes cosas que ocultar, de todos modos una prudencia visceral y ancestral hace que se prefiera, siempre que ello sea posible, canalizar las operaciones por el mercado paralelo y no por el oficial. Siempre en último análisis se está más tranquilo, aún corriendo con la inseguridad que teóricamente debiera representar una operación al margen de la ley.

<sup>4</sup> Esto ya ha sido observado en la época pre-constitucional. Señala así JUAN AGUSTÍN GARCÍA en *La Ciudad Indiana*, cap. VII, que “Por entre el tejido de prohibiciones, reglamentos y ordenanzas que sugieren una situación económica patriarcal, se desenvuelve otro tejido de argucias para violarlas, una vida de mala fe, de ocultaciones y mentiras, formidable lucha de avaricias que se agitan como hormigueos bajo la apacible y teocrática superficie.” Sobre el tema ver también FOX, ROBIN, *The Red Lamp of Incest*, New York, 1980, pp. 180, 19-21, 140-141, 171-173 y sus referencias sociobiológicas.

También JOSÉ LUIS ROMERO, *La experiencia argentina*, Buenos Aires, 1980, p. 18, expresa que la población campesina tenía una existencia que “transcurría al margen del orden social y jurídico; las leyes carecían para ella de toda eficacia, no sólo por el carácter general de la legislación colonial, harto desvinculada de la realidad...”

Ocurre que las represiones, cuando aparecen, son esporádicas y provocadas casi siempre por una ocasional presión oficial para tratar de reducir las operaciones en el mercado paralelo, seguramente por un alza del precio del dólar que el gobierno quiere limitar o controlar por unos días. Pasado el momento, todo retorna a la “normalidad” y ya pueden seguir haciéndose tranquilamente las operaciones en el mercado paralelo.

De manera análoga, cuando se trata de hacer una compraventa de bienes o servicios, en grandes o chicos negocios, es frecuente que se pregunte si será “con IVA” o “sin IVA.” En el primer caso la transacción queda registrada y el importe de la operación se incrementa con el porcentaje legal de impuesto; en el segundo caso, la operación no queda registrada, y se descuenta del precio el porcentaje de impuestos. En los negocios, por lo demás, no suele darse recibo si no se lo pide expresamente, y por cierto cuando no se da recibo no queda registrada la transacción ni se tributa impuesto alguno por ella.<sup>5</sup>

Estos dos ejemplos bastan para demostrar que existe, en medida imposible de apreciar con exactitud, una economía paralela a la oficial, que está desde luego desautorizada por el sistema jurídico formal, pero que el aparato del Estado no se esfuerza a fondo ni permanentemente por perseguir; dicho de otra manera, que el régimen realmente vigente o imperante en la práctica en verdad prácticamente tolera ambos sistemas, en el sentido de que carecen de vigencia en forma estable las normas prohibitivas.<sup>6</sup>

El tema no ha pasado inadvertido para el derecho económico, y así es como se formulan principios conforme a los cuales en la interpretación debe tener primacía la realidad por sobre eventuales ficciones normativas;<sup>7</sup> pero ello sólo ocurrirá en los casos que lleguen a pronunciamiento jurisdiccional, que no serán necesariamente la mayoría.<sup>8</sup> Salvo esos casos relativamente aislados, “El derecho público, por cuyo intermedio se produjo la irrupción de la avalancha reglamentaria generada por el intervencionismo estatal a partir de los años 30, presenta una

<sup>5</sup> Estos hechos son perfectamente conocidos por los organismos de fiscalización, pero dado que sus fuerzas son con bastante frecuencia limitadas, prefieren concentrar sus esfuerzos en los evasores más importantes; aún en éstos, con todo, es frecuente que exista un grado de tolerancia oficial de la evasión tributaria. Con ello puede decirse que a la par del sistema tributario formalmente vigente, existe un segundo sistema tributario, perfectamente real, en el cual hay que tributar algo de impuesto, pero no lo que exactamente prescribe la norma.

<sup>6</sup> Según la clásica distinción de KELSEN, al carecer de vigencia las normas pierden también su validez. Aquí no la pierden totalmente, pero sí en determinados ámbitos o sectores. Es como si hubiera un acomodamiento entre ambos sectores: El sector de lo establecido, formal, legal y oficial, y el sector de lo no formal, ilegal, no oficial: Se respetan mutuamente, y tienen al menos una tregua incierta, intranquila, pero tregua al fin. Las escaramuzas que de tanto en tanto la rompen no llegan jamás a una guerra total que pueda tener vencedores o derrotados definidos; más aún, veremos luego que están profundamente entrelazados.

<sup>7</sup> Ver por ejemplo OLIVERA, JULIO H. G., *Derecho económico*, Buenos Aires, Macchi, 1981, 2ª ed., pp. 35-45.

<sup>8</sup> Y puede así formularse para la economía la misma observación que registra CASSESE para la administración, *supra*, nota 3.

imagen caótica, falta de cualquier sistema. Hipertrofiado en algunos sectores, como la legislación impositiva y previsional, carece de normas indispensables en otros;<sup>9</sup> “El desfasaje entre los hechos sociales y el Derecho adquiere mayor relieve al examinarse el conjunto de normas que inciden en los aspectos estructurales del desarrollo económico.”<sup>10</sup>

Así por ejemplo, en lo relativo a la legislación antimonopólica, se ha dicho que “De hecho, la incidencia de las mismas como instrumentos de control del poder económico ha sido prácticamente nula. Los casos de aplicación de sus mecanismos no superan en total la docena, y la mayoría de ellos se refiere a situaciones monopólicas de escasa importancia. Sin embargo, la ineficacia de la legislación antimonopólica no ha motivado esfuerzos de reforma significativos, lo que sugiere que, aún como letra muerta, estos instrumentos han cumplido alguna función útil en el sentido de brindar una cobertura legal al ejercicio del poder económico.”<sup>11</sup>

También puede ser ilustrativo comparar esta situación con lo que en derecho fiscal se denomina parafiscalidad: La atribución que el Estado confiere a ciertas personas, públicas o privadas, para que perciban tributos en provecho propio;<sup>12</sup> esa es la parafiscalidad formal, la que el propio sistema introduce en forma expresa y como parte de sí mismo. Pero, ¿qué decir cuando la norma tributaria es “...pé-sima: Usualmente exorbitante, abusiva, confusa, tumultuaria e inestabilísima;” cuando “no se observa aquí ni el principio de legalidad, ni el de igualdad, ni el de proporcionalidad, ni el de las inmunidades... ni el de la armonía tributaria?”<sup>13</sup> En tales casos “La práctica tributaria... pesa en exceso sobre unos pocos, libera escandalosamente a muchos otros, oprime a los buenos contribuyentes, deja libres a los... defraudadores... alimenta a los fiscales corruptos... obnubila a los administradores... engendrando, en fin, un panorama caótico, anárquico y tumultuoso.”<sup>14</sup>

Estas palabras de ATALIBA referidas a una enmienda efectuada hace ya algunos años en Brasil, aunque parezcan referirse a una situación extremadamente excepcional, apuntan sin duda al problema de cómo la colectividad percibe un sistema en cuya elaboración no participa ni influye, y cómo reaccionan muchos frente a él. En materia aduanera más de una vez se ha escuchado la pregunta de si tales o cuales trámites y procedimientos irrazonablemente complicados, tengan en verdad una sencilla explicación en la idea de la parafiscalidad, y se relata el caso en México de que la reforma aduanera encontró su principal resistencia precisamente en los titulares de la percepción extralegal de paratributos, que en

<sup>9</sup> WHITE, EDUARDO, *El derecho económico en América Latina*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977, p. 31.

<sup>10</sup> WHITE, *op. cit.*, p. 32.

<sup>11</sup> WHITE, *op. cit.*, p. 33.

<sup>12</sup> ATALIBA, GERALDO, “Sistema constitucional tributario brasileiro,” *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 1968, pp. 178 y 179 y sus referencias.

<sup>13</sup> ATALIBA, *op. cit.*, p. XXII.

<sup>14</sup> ATALIBA, *op. cit.*, pp. XXII y XXIII.

la aduana tradicionalmente se había creado en cabeza de sus propios agentes.<sup>15</sup> En uno u otro país, de una u otra forma, con una u otra legislación, siempre parece coexistir al lado del sistema un parasistema que no es el formal ni el legal, pero que alguna conexión puede tener con él.

Como se advierte, de distintas maneras se presenta siempre el fenómeno de una economía paralela que funciona con prescindencia de lo que las disposiciones formales del sistema indican: Sean sus actores grandes, medianos o pequeños, el hecho del desconocimiento real del sistema reaparece continuamente.

Ahora bien, todo este lamentable estado de cosas es obviamente censurable y peligroso: Ningún Estado puede funcionar fácilmente si demasiada gente se siente legitimada para transgredir la legislación económica o no pagar correctamente todos sus impuestos; hay en ello no sólo un alzamiento contra el sistema tributario, en este ejemplo, sino contra el Estado mismo, que *no puede ni debe ser admitido*, máxime que tiene efectos deletéreos secundarios y perpetra una creciente desigualdad social, ya que la evasión fiscal la realizan proporcionalmente en mayor medida quienes tienen más ingresos, y en menor medida quienes tienen menos, hasta llegar a los que por su condición socioeconómica no pueden realizar evasión alguna por estar por debajo de los mínimos imponibles. La injusticia que representa frente a quienes no deben tributar impuesto alguno, el que tributen menos impuesto los que deben hacerlo, es flagrante.

Sin embargo, no es sólo con la denuncia de esta situación por lo demás conocida, como se la corrige: Es necesario indagar más profundamente para determinar si es que existen causas más profundas que expliquen este fenómeno, a más del deseo de lucrar ilegalmente en perjuicio del Estado.

### 3. *El procedimiento administrativo formal e informal*

#### 3.1. *El procedimiento en la teoría y en la práctica*

Hay países de América Latina que tienen regulaciones integrales del procedimiento ante la administración pública, como la Argentina, Costa Rica, Perú, Venezuela, Uruguay: Sin embargo, es fácil verificar que no hay muchas diferencias reales entre el procedimiento administrativo en dichos países y aquel que se sigue en Brasil, Ecuador, México, Paraguay, etc., países en que tal legislación no existe. Es que en verdad la ley de procedimiento administrativo, aún hecha con el mejor criterio jurídico, no se cumple eficazmente sin en aquello que tiene de limitativo para el particular y de atribución de potestades para la administración pública;<sup>16</sup>

<sup>15</sup> CARRILLO CASTRO, ALEJANDRO, conferencia en el *Seminario internacional sobre la ley orgánica de procedimientos administrativos*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1981, en prensa.

<sup>16</sup> Así lo dice EDUARDO ORTIZ, de Costa Rica, en el seminario internacional comparado de la Universidad Central de Venezuela realizado en Caracas, noviembre de 1981, *Seminario internacional sobre la ley orgánica de procedimientos administrativos*. Igualmente los trabajos y conclusiones del *Seminario de Derecho Administrativo* realizado en San José, Costa Rica, en agosto y septiembre

en cuanto la ley introduce criterios de publicidad, razonabilidad, defensa del administrado, control de la actividad administrativa, etc., la realidad en general muy poco recoge de los nuevos preceptos. Resulta de ello que subsiste un procedimiento administrativo real, con reglas y principios que conocen y manejan los que se especializan por ejemplo en gestiones o trámites ante la administración pública, y un procedimiento administrativo legislado que en parte coincide con aquél y en parte no.<sup>17</sup> Es como si fueran dos círculos parcialmente superpuestos; en cuanto ambos círculos se cortan, tenemos normas que son al propio tiempo legales y reales, en lo que ambos círculos no tienen contacto, cada uno tiene normas que son ajenas al otro. Hay así normas legales que no se cumplen, y normas reales que no están en la ley.

### 3.2. *La organización y competencias formales e informales*

Otro tanto ocurre con las competencias y organización que surgen de las diversas leyes de ministerios, o leyes o estatutos orgánicos de entes administrativos. La atribución formal y legal para adoptar decisiones las tienen determinados órganos, generalmente de alto rango administrativo, y son tales órganos los que finalmente aparecerán suscribiendo con su firma los actos que adopten las resoluciones que sean del caso. Pero toda persona familiarizada con la administración sabe que ello no es exactamente así, que la resolución en realidad resulta de un proceso mucho más complejo que no está escrito en ninguna ley y en el cual toman parte activa y decisoria diversos funcionarios, asesores, etc. Quien quiere arrimar argumentos útiles trata pues invariablemente de detectar quién o quiénes son las personas que en cada organismo efectivamente tienen peso para la toma de una decisión.

El fenómeno ha sido observado por muchos autores, y así en Francia ALFRED SAUVY ya señaló hace mucho que “La periferia de este poder también debe ser incluida en el dispositivo: Ujieres que reciben con altivez y desdén o desaparecen, dejándonos ante una puerta que lleva la inscripción «entrada prohibida» secretario o telefonistas que defienden el acceso al castillo de KAFKA. A veces, por el contrario, la acogida en el laberinto es generosa, pero surgen dificultades para encontrar, dentro de la inmensa máquina, la manecilla que ha de provocar el movimiento esperado.”<sup>18</sup> Y las más de las veces ocurre, en la administración pública de los países de América Latina, que se debe salvar tanto la valla inicial que impide entrar al laberinto, como encontrar luego la manecilla que ha de provocar el movimiento esperado. La alusión de SAUVY al laberinto y al castillo

de 1981, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1981, en prensa, referido a la Ley General de la Administración Pública y su comparación con otros sistemas.

<sup>17</sup> Hemos ya adelantado algunas reflexiones sobre el procedimiento informal en nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1964, cap. XI, posteriormente reiteramos en la edición de 1971 y finalmente en el *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, *Parte General*, Buenos Aires, 1975, cap. XVIII.

<sup>18</sup> SAUVY, ALFRED, *La burocracia*, Buenos Aires, 1976, pp. 7-8.

de KAFKA muestra bien a las claras la percepción real para el administrado de una organización de competencias que la ley define en forma concreta y clara pero que así resulta totalmente irreal.

Cuando el interesado no logra encontrar cuáles son las particulares manecillas que mueven en cada caso el aparato administrativo, entonces para él la decisión administrativa resultará en definitiva anónima,<sup>19</sup> no la decisión concreta del ministro tal o el presidente cual. En cualquier caso, siempre existe diferencia neta y profunda entre la organización formal e informal de la administración.

### 3.3. *Publicidad y silencio*

Mientras las leyes y hasta las Constituciones consagran enfáticamente el principio de la publicidad de los actos de gobierno,<sup>20</sup> y el más irrestricto acceso de los interesados a las actuaciones administrativas salvo que ellas sean calificadas por acto expreso y motivado como “confidenciales,” lo cierto es que en la práctica tales disposiciones jamás se cumplen fácilmente. La tradición administrativa hispanoamericana es del silencio, el secreto, la reserva, no la publicidad. No se trata de que el funcionario público considere que realiza con ello una actividad ilícita: Al contrario, él percibe que lo correcto, lo debido, lo lícito y normal, es ser celoso guardián de toda información administrativa, y sobre todo no proporcionársela a los administrados o terceros, pues ello puede “comprometerlo.”<sup>21</sup> Si se le informa de la ley que dispone lo contrario, su incredulidad será genuina: Realmente él percibe a esa norma como ilegal,<sup>22</sup> no se sabe cómo ni porqué, pero

<sup>19</sup> Ver, para el caso norteamericano, SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston y Toronto, 1976, p. 374 y ss., § 131, y el análisis de los cuatro casos *Morgan* fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América, pp. 385-394. Para la situación argentina y latinoamericana, ver nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 4.1., *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1980, cap. VIII, § 1. SCHWARTZ recuerda las palabras del presidente del *Attorney General's Committee on Administrative Procedure*: “La repartición es una gran organización oscura con la cual el ciudadano tiene que tratar. Es absolutamente amorfa. El la apreta en un lugar y ella aparece en otro. Nadie parece tener autoridad específica. Hay alguien llamado la comisión, la superioridad (*authority*); un ente metafísico que parece flotar en el aire y no es un ser humano. Eso es lo que es desconcertante...”

<sup>20</sup> Nos remitimos, para la ley venezolana, a nuestro artículo “Algunos aspectos del procedimiento administrativo en Venezuela,” *Revista de Derecho Público*, n° 8, Caracas, 1982, en prensa, § 6. Para el derecho argentino, nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 4.1., *Procedimientos y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1980, cap. IV y sus referencias comparativas.

<sup>21</sup> Como dice WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, p. 20, “Su obligación es mantenerse a sí mismo y a su personal fuera de la luz.”

Es importante destacar que en los países desarrollados se ha generado en los últimos años una fuerte tendencia a la eliminación de los reductos de reserva y secreto. Ver por ejemplo ROWAT, DONAL C. (compilador), *Administrative Secrecy in Developed Countries*, Nueva York, Columbia University Press, 1979; del mismo autor, *The Right to Know: Essays on Governmental Publicity and Public Access to information*, Ottawa, Carleton University, 1981; “Keeping it too Dark,” en *Policy Options*, vol. 2, n° 3, julio-agosto de 1981, p. 39 y ss.; “Freedom of Information Bill too Restrictive,” diario *Sunday Star*, 22-XI-1981. p. C-5.

<sup>22</sup> No debe esto sorprender demasiado, si se tiene en cuenta que similares contraposiciones se han hecho, con una escala de valores irreprochable, desde el ángulo de la filosofía del derecho, por

tiene conciencia de que la conducta esperada de él por la sociedad en la cual se encuentra, no es en absoluto la descrita en la ley sino aquella que sin ninguna dificultad aprehende de sus superiores y compañeros de trabajo;<sup>23</sup> que por otra parte es exactamente la misma con la cual se debe enfrentar en cuanto administrado frente a otras reparticiones.

No podemos aquí sino reiterar que tal tendencia al secreto y a la reserva es profundamente censurable, y que debería darse el más estricto cumplimiento al principio de la publicidad de las actuaciones que consagran las normas vigentes, tanto constitucionales como legales y reglamentarias.

#### 3.4. *Las reglas formales y reales del tránsito*

Otro ejemplo nos servirá de subsiguiente aproximación: Las reglas administrativas de tránsito en la Argentina indican que para adelantarse a otro vehículo debe hacérselo por su izquierda; pero ocurre que los vehículos que circulan por calles y caminos a baja velocidad (y pueden requerir ser superados por otro que necesita pasarlos), lo hacen invariablemente por la izquierda de la calle o ruta. Si el que quiere pasarlos les hace señales con la luz o incluso les toca bocina, difícilmente le atenderán la señal y se desviarán a la derecha para dejarle paso por la izquierda. Y en cualquier caso tardarán bastante en darse cuenta de que se los quiere pasar, porque en primer lugar no tienen la costumbre de mirar por el espejo, ni consideran que sea incorrecto transitar por la izquierda. *Les gusta hacerlo.*

Ante esta situación, el que quiere pasar a un vehículo que tiene delante suyo, tiene la opción de hacerlo por la derecha, en forma práctica, rápida, sencilla, y casi sin problema alguno, o de tratar mediante señales y bocina de desviarlos a la derecha para hacerlo por la izquierda. La opción y su solución son claras: Todos se adelantan, entonces, por la derecha.

#### 3.5. *Los canales formales e informales para toda tramitación*

Si utilizamos los términos en el sentido familiar de que hacer las cosas bien, como corresponde, es hacerlas por “la derecha,” y que hacerlas mal es hacerlas “por la izquierda,” ocurre que algo parecido pasa a diario con casi todo. El trámite que se quiere encarar “por derecha,” conforme a las normas formales preestableci-

ejemplo RADBRUCH, GUSTAV, “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal.” Buenos Aires, 1962, traducción del artículo *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, cuyo juego de palabras y de conceptos es perfectamente de aplicación al caso, con la profunda diferencia de que los valores en juego estarían en el presente caso invertidos. No es que lo valioso se opone al derecho escrito para intentar superarlo, sino que al revés, lo disvalioso es erigido en “derecho” por encima del derecho escrito.

<sup>23</sup> Esto no es sólo propio de los países en desarrollo, aunque sí más grave. Señala WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, p. 20, que “el agente público, desde el comienzo hasta el final de su carrera, respira una atmósfera de trastienda y, como la modesta violeta, escapa a la luz del día.” Hemos tratado el punto en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *Parte General*, cap. XVIII, § 7 y ss.

das, está destinado al fracaso o al menos a ser más engorroso y dificultoso que aquel que se hace “por izquierda,” por otras vías informales y mas personales. Hay ejemplos constantes, llegando hasta el código de faltas de la Provincia de Buenos Aires: El detenido por presuntas infracciones menores que apela, tarda mucho más en obtener su libertad que aquel que no lo hace, y ello surge así de la propia sumatoria de los plazos procesales establecidos en la ley: La ley ya nos sugiere que por su camino vamos mal.<sup>24</sup>

¿Qué hace la persona que tiene que hacer un trámite en alguna oficina pública? Si quiere resultados, no trata de hacer el trámite tal como él está previsto, pues ello le implicará innúmeras visitas a la repartición, cada vez llenando el requisito adicional que se acuerdan de pedirle,<sup>25</sup> sino que trata de conseguir una “recomendación”<sup>26</sup> un “contacto,” un “enchufe,” uno que conozca a alguien adentro del tal repartición, el cual le pueda resolver el problema como “gauchada,” como “favor.”

Aparecen así los “*contact men*” o “abrepuestas,” lo que explica el por qué ocupan altos cargos empresarios personas de vinculaciones políticas pero aparentemente no necesaria formación empresaria. (Ex-Ministros y Secretarios, oficiales superiores retirados de las fuerzas armadas, etc.) A nivel más modesto, son los indispensables “gestores” a veces profesionalizados.<sup>27</sup>

Conviene evitar en este punto generalizaciones de crítica, pues si bien es obvio que muchas de las prácticas que estamos describiendo son fuertemente censurables, no por ello ha de pasarse al extremo opuesto de alabar el puro procedimiento escrito. Siempre será conveniente al interesado en un expediente administrativo o judicial intentar acercarse personalmente a quienes tienen que informar, tramitar, dictaminar o decidir la cuestión, restituyendo al procedimiento algo de la intermediación que perdió, y siempre es conveniente al propio interés público que el funcionario tenga también una impresión directa de las personas cuyas

<sup>24</sup> XI Congreso Nacional de Derecho Procesal. La Plata, 1981, comisión IV, Derecho procesal administrativo, punto c), ponencias presentadas y conclusiones aprobadas.

<sup>25</sup> Se trata de lo que también se llama la información por “cuentagotas,” como expresó para el caso de México ALEJANDRO CARRILLO en el *Seminario internacional sobre la ley orgánica de procedimientos administrativos*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, noviembre de 1981, en prensa.

<sup>26</sup> Está tan difundido el procedimiento, que no es a veces bien visto que una persona que esté en situación de dar una “recomendación,” no la dé: Ello lleva a que las recomendaciones se dan, pero con distintos grados de intensidad del mensaje, lo que hace que “El funcionario que recibe recomendaciones sabe distinguir muy bien las que realmente cuentan con apoyo de las que resultan meramente formales,” como dice SAUVY, ALFRED, *La burocracia, op. cit.*, p. 63, en palabras estrictamente aplicables a nuestros países.

<sup>27</sup> Esto, siempre que no se llegue a la corrupción extrema de que se deba tener una “atención,” o haya que “gastar” algo, hecho tan frecuente que en algunos casos llega a tener tarifas más o menos oficiales, que permiten saber cuánto “cuesta” tal o cual trámite. Todo esto va mostrando una violación *sistemática* al “sistema,” lo cual produce como es obvio *dos* sistemas aparentemente antagónicos que subsisten de algún modo simultáneamente.

peticiones considera. Lógicamente, pasar de allí a mayores, llegando a la venta de influencias, es notoriamente inconveniente y disvalioso.<sup>28</sup>

### 3.6. Conclusiones parciales

Sería largo enumerar los múltiples supuestos en los cuales el procedimiento administrativo funciona en base a normas y principios reales y vigentes, que no son los que consagran las leyes igualmente “vigentes” de procedimiento administrativo. Basta con ello, pensamos, para mostrar cómo además del sistema legal de procedimiento administrativo se advierten además fuertes indicios de la existencia de todo un parasistema procedimental.

## 4. La Constitución real

### 4.1. El sistema paraconstitucional

Los autores de ciencia política han trabajado en similar sentido, al analizar las diferencias entre la Constitución formal y la Constitución “real,” entendiendo por tal la que efectivamente se cumple. Así por ejemplo, si se tiene en cuenta que la declaración de estado de sitio es claramente una medida de absoluta y total excepción dentro del régimen constitucional, y sólo para circunstancias excepcionales, es evidente que al implantárselo en la práctica con una frecuencia y duración significativas, importa de hecho una práctica constitucional diferente de la que surge del texto formal.<sup>29</sup>

En el caso argentino, quizás un poco exagerado, el estado de sitio en los últimos cincuenta años tuvo los siguientes períodos de vigencia:

<i>Desde</i>	<i>Hasta</i>
1) 7-IX-1930	2-II-1932
2) 19-XII-1932	6-V-1933

<sup>28</sup> Suponemos que es innecesario destacar que repugna a todo sentido ético, individual o social, la comisión de conductas de esta índole, v. gr. nota 27.

<sup>29</sup> Cabe cuestionarse aquí si no existen dos paralelismos: Uno, el que explicamos en el texto, en el sentido de que la norma constitucional está de hecho desconocida, y que en la práctica impera otra normativa que la dispuesta en la ley fundamental; otro, si la propia ley fundamental no incurre en un razonamiento paralelo al prever ella misma su virtual suspensión: “Con la figura del Estado de excepción, la ley pretende protegerse de toda posible eventualidad adversa. Quiere, así, ceñirse al imperio de la ley aún aquello que por su naturaleza es ilegal. Se aspira a la vigencia de las normas cuando no hay más que hechos en ostensible contraposición al orden estatuido,” como dice DIEGO VALADÉS, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 155. Esa duplicidad conceptual, que guarda analogía con el caso del Dr. K que plantea CARRIÓ en *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 28-33, tiene en América Latina muchos antecedentes, uno de los cuales, que recuerda VALADÉS, es el de ROSAS en la Argentina: “Por esa razón, resulta en extremo frecuente que en las instituciones de excepción encuentren su apoyo dictaduras inconfesas, que pretenden refugiarse en una aparente constitucionalidad,” p. 157. Como se ve, también aquí el doble sistema tiene antecedentes de larga data.

3) 30-XII-1933	6-VII-1934
4) 16-XII-1941	6-VII-1945
5) 26-IX-1945	23-V-1946
6) 28-IX-1951	27-VI-1957
7) 30-X-1957	30-XI-1957
8) 11-XI-1958	20-IX-1963
9) 30-VI-1969	22-V-1973
10) 6-XI-1974	hasta el presente

Surge de ello que en más de la mitad de ese tiempo lo “excepcional” ha sido la norma real.

Pero no se trata sólo de eso: También durante períodos harto prolongados el gobierno civil, electo por la población, es desplazado por un golpe militar que implanta un gobierno de facto de origen castrense. También aquí la experiencia argentina<sup>30</sup> y latinoamericana es frondosa, y valga la pena señalar que la culpa no la tiene principalmente la ambición de poder de los militares sino la falta de unión de los civiles en el mantenimiento del orden constitucional.<sup>31</sup> Si en la Constitución el gobierno es representativo, republicano, y se elige periódicamente por la población, en la realidad el gobierno es alternativamente civil por breves períodos, y castrense por períodos intermedios cada vez más prolongados en los últimos años.

No se trata, por lo demás, sólo de un incumplimiento parcial de algunas o muchas normas constitucionales. En algunos países los gobiernos de facto llegan a producir normas “revolucionarias” que modifican o enmiendan la Constitución en determinados aspectos, y hasta se llega a emitir cuerpos normativos casi completos o integrales de rango constitucional que dejan de lado la Constitución. La cuestión llega hasta tal punto que algunas publicaciones especializadas, por ejemplo en Chile, indican que existe un “ordenamiento constitucional” en el cual el lugar primero y principal lo ocupan todas las “actas” pseudoconstitucionales y demás normas derivadas, y un lugar accesorio y secundario lo ocupa, al final de la publicación, la propia Constitución.<sup>32</sup>

Resulta claro que existen así dos cuerpos de normas “constitucionales,” unas constitucionales y las otras inconstitucionales, pero que las que se aplican realmente son las segundas a despecho de las primeras. Al lado del sistema constitucional existe y funciona así un sistema *paraconstitucional*.

<sup>30</sup> POTASH, ROBERT A., *El ejército y la política en la Argentina, 1928-1945. De Yrigoyen a Perón*; ídem, 1945-1962. *De Perón a Frondizi*, dos volúmenes, Buenos Aires, 1981.

<sup>31</sup> POTASH, *op. cit.*, vol. 2, p. 507.

<sup>32</sup> SOTO KLOSS, EDUARDO, *Ordenamiento constitucional*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1980. Primero se publican las metas, principales, etc., gubernativos; luego las actas constitucionales; más adelante los textos complementarios; por fin la Constitución que todos los actos anteriores modifican, derogan, sustituyen o simplemente ignoran.

Este parasistema constitucional, ¿es disvalioso para la mayoría de la ciudadanía? Si tomamos como dato ilustrativo la cantidad de gobiernos militares que han aparecido y perdurado con indudable y apreciable apoyo civil inicial, si atendemos a la conclusión de POTASH antes citada, y si le sumamos la observación de que la participación —base de una democracia moderna— en verdad no es el sentimiento mayoritario en América Latina,<sup>33</sup> deberemos lamentablemente expresar que no, que la civilidad clama por la Constitución sólo cuando se ha agotado el respectivo gobierno militar de turno. A la inversa, cuando se agota o desgasta un gobierno civil, en lugar de procurar sustituirlo electivamente por otro gobierno civil, se opta por pedir a los militares que tomen el poder.<sup>34</sup> De nada vale que las personas digan que son democráticas y están al servicio de la Constitución, si sus acciones no respaldan tales afirmaciones. Con lo cual llegamos al pleonasma total de que la mejor prueba de que la ciudadanía no considera del todo valioso el sistema constitucional, es precisamente que no vive de conformidad a él.<sup>35</sup>

Por nuestra parte, no podemos sino insistir una vez más en la necesidad de cumplir con el sistema constitucional, y de ajustarnos a sus resultados aunque los sucesivos gobiernos que resulten de él no sean precisamente aquellos por los cuales hayamos votado.

#### 4.2. *El gobierno paralelo*

Cuando hay gobiernos civiles, por lo general las autoridades militares se hacen sentir y funcionan como grupo de poder: Cuando hay gobierno militar se produce una escisión entre los militares que ejercen el gobierno y los que están sólo al mando de tropas. Los primeros, aunque mantengan sus grados y su carrera militar, lo cierto es que no comandan tropa cuando ocupan un ministerio u otro cargo público; los segundos si bien son militares dentro de un gobierno militar, no tienen un cargo político o administrativo en el sistema.

Ello produce una situación en la cual los últimos están constantemente intentando ejercer poder político, legitimados como lógicamente se sienten dentro del

<sup>33</sup> *Infra*, cap. IV y sus referencias.

<sup>34</sup> Es que, como se ha observado, las fuerzas armadas desempeñan generalmente el rol de un partido conservador: NEILSON, JAMES, "The Missing Conservative," *Buenos Aires Herald*, 4-XII-1980; del mismo autor, *La vorágine argentina*, Buenos Aires, 1979, pp. 106-108.

<sup>35</sup> Para muchos el voto es una opción insuficiente o vacía, y al no quedar satisfechos con el resultado del voto ni encontrar tampoco oportunidad suficiente de ejercer otras influencias legales sobre el curso de los acontecimientos públicos, acuden nuevamente a golpear las puertas de los cuarteles en busca de la misma ayuda que hace apenas pocos años pareció repudiar. Las minorías que quedaron excluidas de participar en el gobierno mayoritario, consiguen entonces inconstitucionalmente más injerencia aún que la mayoría les retaceó, pero la obtienen ahora no ya como participación sino como parte del gobierno mismo. Esto, desde luego, lleva al círculo vicioso de que el siguiente gobierno constitucional no se sentirá inclinado a darles participación alguna sino antes bien al contrario a penalizarlos, neutralizarlos y excluirlos de toda forma del cogobierno; lo cual pone en movimiento el siguiente ciclo...

Nadie resigna en su turno la tentación de ejercer el poder de manera unilateral y excluyente, realimentando entonces el proceso.

sistema, por el hecho de tener mando de tropas. Al fin de cuentas, si otros militares ejercen poder civil por haber tenido comando de tropas, ¿por qué no ellos? Pues al fin y al cabo son todavía más militares, más puros, más profesionales, que los primeros y por tanto tienen lógicamente aún más legitimación —en ese razonamiento— para hacerlo. Ello produce lo que se ha llamado precisamente un gobierno paralelo: “Los comandantes de los cuerpos de ejército han actuado en sus respectivas áreas con fuerza de autoridad paralela.”<sup>36</sup>

Desde luego, la cuestión del gobierno paralelo no se limita al tema de cuánto comparten el poder civiles y militares, sino también a diversos fenómenos, suficientemente conocidos, de grupos de presión que ejercen no sólo influencias sino también poder real. Así por ejemplo los sindicatos han ejercido durante mucho tiempo un poder político concreto e importante, y también diversos grupos empresarios tienen ocasional ejercicio trascendente de poder.

Más aún, existen instituciones estables y permanentes que funcionan bajo la hipótesis de constituir un gobierno o una administración paralela. Explicamos en otro trabajo cómo los órganos de asesoramiento y coordinación en la Presidencia de la Nación (Secretaría General, etc.) en todos los tiempos se constituyen en verdaderos ministerios paralelos, que compiten frontalmente con las atribuciones que los ministros están llamados constitucionalmente a ejercer, y esto tanto en gobiernos militares como civiles,<sup>37</sup> nacionales o extranjeros.

Pareciera en definitiva como si siempre existiera una tendencia a emerger fuentes de poder que difieren de las de la administración institucionalizada conforme a la Constitución y a las leyes, y que esas fuentes de poder también se organizan y ejercen un poder paralelo.

Va de suyo que esta duplicación de la administración no es en absoluto sana para el país, y que debe intentar corregírsela.

### 5. Lenguaje y metalenguaje<sup>38</sup>

Existen también dos lenguajes paralelos, del mismo modo que dos economías, dos constituciones y dos derechos paralelos. Uno es el lenguaje de la palabra

<sup>36</sup>SCHÖNFELD, MANFRED, “El enfrentamiento entre los grupos de poder,” *La Prensa*, 17-XI-1981. Así como hay a veces autoridad militar paralelas, hay en algunas épocas partes de una administración paralela. Así también, por ejemplo, se ha podido hablar en diferentes épocas y países americanos de fuerzas parapoliciales y paramilitares, que no son sino otra manifestación de la existencia y funcionamiento de un parasistema.

<sup>37</sup>Nuestro trabajo “L’organisation administrative du travail gouvernemental,” en el libro del mismo nombre del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Bruselas, 1982. Véase también ROTH, ROBERTO, *Los años de Onganía*, Buenos Aires, 1981, para un testimonio directo del funcionamiento de este tipo de organismos; de IMAZ, JOSÉ LUIS, *Los que mandan*, Buenos Aires, 1965, pp. 38 y 39, 42 y 43.

<sup>38</sup>GENARO R. CARRIÓ, en su magnífica obra *Sobre los límites del lenguaje normativo*, op. cit., p. 21 y ss., analiza varios casos de dislates y absurdos que se pueden cometer con el lenguaje normativo: El caso del Dr. K que relata, es particularmente ilustrativo. Dice CARRIÓ que se trata de “sin sentidos que origina el uso del lenguaje normativo cuando quien lo emplea quiere realizar la difícil pirueta

“oficial” que se hace para el consumo del público y la prensa no informados, o ingenuamente para el exterior.<sup>39</sup> Son los discursos declamados, altisonantes, en que todo está magníficamente bien, la moneda no será devaluada, el que compre dólares perderá, etc. Otro es el lenguaje real, reservado para los muy amigos, en el cual se aclara que lo que está magníficamente bien es el grupo gobernante y no el país, que el dólar será devaluado ese día en un tanto por ciento, y que ganará seguro el que compre y perderá el que crea.

Hay incluso ejemplos destacados de este doble lenguaje: Cuenta un empresario argentino que cuando se discutía si la Argentina se adheriría o no al embargo cerealero norteamericano a Rusia con motivo de la invasión a Afganistán, tanto el Ministro del Interior como el Ministro de Economía le decían en forma expresa, en círculo de amigos, que la Argentina se adheriría al embargo; pero un funcionario de rango intermedio, representante en el exterior de la Junta Nacional de Granos, aclaraba en cambio expresamente que tales declaraciones eran “puro verso,” que la Argentina en verdad no se iba a adherir al embargo:<sup>40</sup> El segundo estaba al parecer en lo cierto.

Lo mismo cuando los políticos anuncian el magnífico país que lograrán hacer realidad si los eligen para tales o cuales cargos, o los militares llamados y apoyados por civiles a tomar el poder, anuncian desde el cargo los planes y programas de acción que pondrán en marcha: Ya es sabido que en realidad hay que analizar por sus comportamientos pasados qué es probable que hagan en el futuro,<sup>41</sup> pues no se deben tomar al pie de la letra tales planes y promesas. Cuando un gobernante civil o militar efectivamente incumple sus promesas electorales o sus enunciados principios, nadie se asombra demasiado ni menos lo censura fuertemente, pues sabido es que sus palabras no eran para ser creídas a pie juntillas. Sólo los muy jóvenes o los muy ingenuos quedarán decepcionados y se sentirán defraudados.

Se torna así especialmente sutil el mecanismo de manejo y comprensión de la vida pública local: Hay que saber por una parte entender el derecho y la constitución escrita, hay que saber por una parte entender el derecho y la constitución

de atravesar algunos de los límites o fronteras internos del mismo sin atravesarlos realmente,” p. 21. A partir de la observación de CARRIÓ nos preguntamos en este acápite si no hay también toda una técnica o mecánica de lenguaje irreal, cuyo significado no es el que textualmente surge de su lectura, y al cual —salvo que uno lo rechace como sugiere el autor en la p. 33 para su ejemplo central— se presta una importante cantidad de gente y de medios de comunicación social. Algo de eso adelantó también ORTEGA y GASSET en 1929, cuyas palabras recordamos *infra*, notas 43 y 44.

Ver también CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.

<sup>39</sup> En el exterior, por supuesto, no se convence a casi nadie. En el interior, “están las masas latinoamericanas, que no hablan, pero que esperan que sus dirigentes hablen por ellas, y que demostradamente están dispuestas a dar un crédito excesivo a quien sepa formular de manera fluida y fácil hipótesis agradables a nuestra psicología colectiva. Eso puede dar lugar a la emergencia de grandes demagogos.” RANGEL, CARLOS, *Del buen salvaje al buen revolucionario*, Caracas, Monte Avila, 1981, 8ª ed., p. 205.

<sup>40</sup> PIÑERO PACHECO, RAÚL, *La degeneración del 80*, Buenos Aires, 1981, pp. 91 y 92.

<sup>41</sup> Un claro ejemplo explica RANGEL, *op. cit.*, pp. 218-9, en el caso de Perú.

escrita, hay que conocer los discursos y proclamaciones oficiales, hay que analizar los planes y programas del gobierno y de los aspirantes a ser gobierno; pero al propio tiempo hay que aprender a percibir cuáles son las reglas jurídicas con las cuales la sociedad realmente se maneja, cuáles son los pensamientos que efectivamente guiarán las acciones y no los que se anuncia que las guiarán, hay que aprender a detectar cuáles serán las acciones que efectivamente serán puestas en ejecución a diferencia de las anunciadas, hay que encontrar contactos, relaciones, vinculaciones, amigos, en tantos lados como se pueda, pues sin ellos será mucho más difícil cualquier acción o decisión.

Naturalmente que este estado de cosas es poco menos que esquizofrénico, pues obliga permanentemente a un doble ejercicio mental, a pensar y callar, a leer y escribir siempre entre líneas, a adivinar<sup>42</sup> a detectar el lenguaje no verbal, a ser cauteloso desde la lectura del diario a la mañana pasando por la audición radial o televisiva, a filtrar en la cabeza toda información, a ubicar y valorar la fuente de cada información para, según su autoridad intrínseca, jerarquizar consecuentemente la probabilidad de que sea cierta, etcétera; llegamos así a tener una mente paralela. De seguir por ese camino, terminaremos por no creer a quien nos dice la verdad, por ofendernos ante quien hable con claridad, por pedir en suma a través de nuestros comportamientos que no nos hablen claro,<sup>43</sup> que usen subterfugios y circunloquios, que nos mientan y disfracen la verdad pues ya nos encargamos nosotros, suficientes, de traducir su mensaje a pensamientos claros que nosotros tampoco explicitaremos a los demás. Como no aclaramos ni explicamos nuestra interpretación de los metamensajes, no sabemos tampoco si hemos entendido bien, ni saben los otros qué entendemos nosotros.

Es como si nos hubiéramos colectivamente prohibido hablarnos clara y sinceramente. “*Todos lo sabemos* (tal o cual cosa), *pero no podemos* (o no debemos, o no nos atrevemos a, o no nos conviene) *decirlo*,” es la clave del lenguaje público y privado. Estas pautas de lenguaje y expresión nos vienen impuestas, no por

<sup>42</sup> Ya V. S. NAIPAUL\* ha observado que no parece casual que BORGES sea argentino. Algo del alma colectiva está presente por ejemplo en sus *Ficciones, Obras Completas 1923-1972*, Buenos Aires, Emecé Editores, 1974, p. 425 y ss. Leyendo los múltiples planos imaginarios de *Las ruinas circulares* (pp. 451-455), *El jardín de senderos que se bifurcan* (pp. 472-480), o *La biblioteca de Babel* (pp. 465-471), resulta obvio que mucho menos complicado es manejarse a diario con un doble sistema de todo: Al final de cuentas, son nada más que *dos* sistemas. Sin embargo, los planos de BORGES sólo pretenden ser imaginarios, literarios, y no aspiran a guiar las acciones de los hombres. De allí que lo que en BORGES es un hermoso ejercicio estético, sea en la sociedad un juego peligroso que puede resultar potencialmente autodestructivo.

\* Ver NAIPAUL, *The Return of Eva Perón*, Londres, 1980.

<sup>43</sup> El hablar claro se ha transformado incluso en una falta de tacto social, en una descortesía hacia el interlocutor. Decía ORTEGA y GASSET que “como el argentino no suele ser lo que realmente es, sino que se ha trasladado a vivir dentro del personaje que imagina ser, el tacto no sirve para nada. No se palpa lo impalpable. Por eso en Buenos Aires todo movimiento que se haga hiere a alguien, viola alguna personalidad secreta, ofende a algún fantasma íntimo. Preocupado el argentino de que reconozcamos su fantasma personal, permanecerá artillado frente a nosotros.” Ver “El hombre a la defensiva,” en *El espectador, Obras completas, op. cit.*, p. 642 y ss., p. 651.

una censura o imposición sistemática, sino por una autocensura individual<sup>44</sup> y una censura social parasistemática. ¿Se quiere acaso una descripción mejor de una sociedad enferma?

Advertimos así la gravísima distorsión que se va produciendo en el alma colectiva, que en un círculo vicioso deforma a su vez no sólo toda comunicación verdadera entre las personas, entre gobernantes y gobernados, sino también todo el proceso de formación y aplicación del derecho.

### 6. *La moral paralela*

Hay finalmente un doble *standard* moral, doble moral o moral paralela: Personas que son esencialmente respetuosas de los valores comunitarios, pero que no tienen reparo moral alguno a cometer determinadas transgresiones. El honesto señor casado que considera inmoral el divorcio no ve para nada objetable tener una querida. No se trata tan sólo de una moral de Tartufo, de un puro cinismo: Se trata, peor aún, de la honesta convicción de que ambas actitudes no son incompatibles sino, bien al contrario, perfectamente coherentes.<sup>45</sup>

No se trata entonces de *transgresiones* a la moral, sino estrictamente de la vivencia de una *doble* moral. Por esta vía de razonamiento y de sentimiento es como en absoluto se concibe como inmoral la vivencia del doble sistema que estamos exponiendo: Quienes se habitúan a él lo toman como un dato de la realidad al cual no cabe en modo alguno formular reparos de orden ético. Esta doble moral, o existencia de dos *standards* morales que conviven en el alma colectiva, aparece no sólo en materia sexual o política: Está en verdad presente en todos los órdenes de la vida, y así es como más de un profesor universitario, por ejemplo, no considera en absoluto inmoral plagiar a los demás autores. Si el autor plagiado quisiera hacer una querrela criminal al plagiario, encontraría quizás él mismo a la inversa que la comunidad le formula reparos “éticos,” por querer tal vez aprovechar de una sanción penal “formal” para en verdad librarse de un adversario o discípulo infiel. Lo mismo pasa con el comerciante que quiere

<sup>44</sup> Por ello ha dicho ORTEGA y GASSET en *El hombre a la defensiva*, *op. cit.*, p. 649, que en el caso del argentino, él es “un hombre a la defensiva;” “cuando el prójimo se acerca hermetiza más su alma y se dispone a la defensa;” “Que atacado se defiende es lo más congruente, pero vivir en estado de sitio cuando nadie nos asedia es una propensión superlativamente extraña.” Según ORTEGA, hay en esta actitud mucho de defensa de un *status* o rol; “a este tipo de hombre le preocupa en forma desproporcionada su figura o puesto social. Lo excesivo de semejante preocupación sólo se comprende si admitimos dos hipótesis: 1°) Que... el puesto o función social de un individuo se halla siempre en peligro por el apetito de otros hacia él y la audacia con que intentan arrebatarlo; 2°) que el individuo mismo no siente su conciencia tranquila respecto a la plenitud de títulos con que ocupa aquel puesto o rango,” pp. 650 y 651. Además, “el rango público de cualquier orden que un individuo posee está en constante peligro por la presión de apetitos en torno, que ningún otro imperativo modera. Donde la audacia es la forma cotidiana del trato, es forzoso vivir en perpetua alerta,” p. 651.

<sup>45</sup> Una segunda explicación del mismo fenómeno, algo más compleja, hemos efectuado en *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, México y Buenos Aires, 1973, cap. X. Volveremos sobre el tema, parcialmente, en el § 4 del cap. II.

denunciar al competidor desleal que no paga los impuestos, y así sucesivamente con el estudiante que se copia en los exámenes, el maestro que no enseña, y en general todos aquellos que ejercen una actividad cualquiera sin dedicación, sin responsabilidad, sin vocación, sin espíritu de servicio a la comunidad. Todo se hace entonces regular o mal, nada es indispensable por imperativo ético hacerlo bien. “Total, si todo anda igual, ¿a qué imponerse uno mismo limitaciones y restricciones que no vienen impuestas socialmente?”<sup>46</sup>

Pareciera entonces como que si la doble moral reflejara claramente la existencia y funcionamiento de un doble sistema de todo: El sistema formal, con sus preceptos expresos o implícitos del deber, sea constitucional, político, tributario, administrativo, etc., y el parasistema. La doble moral implica la consigna de que el sistema no debe ser cumplido fiel ni íntegramente, que ello carece de sentido; es el parasistema el que da entonces realidad y sentido obligacional a las conductas individuales. Que esto es censurable, no haría falta decirlo. ¿Pero por qué se produce este fenómeno?

Dicho de otra manera, el problema es demasiado grave y generalizado, la falta de convicción moral que apoya al sistema demasiado extendida, la falta de consenso y adhesión demasiado profunda. Es indispensable superar este estado de cosas, y para ello resulta a su vez necesario y previo entender por qué se ha producido: Sin la previa comprensión de por qué se producen estos hechos y comportamientos, nada podremos hacer de útil para resolver el problema y evitar su repetición.

### 7. *La doble personalidad*

ORTEGA y GASSET ha hablado de “Esta dualidad del cuerpo colectivo” y ha dicho que “La estructura pública... fomenta ese dualismo del alma individual.”<sup>47</sup> Esa dicotomía de lo que se querría ser y lo que verdaderamente se es, y ese cultivar las formas del ideal pero no de su experiencia, hace que se sacrifique lo segundo

<sup>46</sup> Esto también lo señaló hace tiempo ORTEGA y GASSET, al expresar que “no se ha adscrito nunca a la actividad que ejerce, no la ha aceptado como su vital destino, no la considera jamás definitiva, sino a manera de etapa transitoria para lo único que le interesa: Su avance en fortuna y jerarquía social,” pp. 652 y 653. “Los oficios y puestos pueden ser... situaciones externas al sujeto, sin adherencia ni continuidad con su ser íntimo. Son posiciones, en el sentido bélico de la palabra, ventajas transitorias, que se defienden mientras facilitan el avance individual;” el individuo no ve su ocupación o profesión “irrevocablemente... como su destino vital, sino como algo que ahora le pasa, como una mera anécdota, como papel. De este modo la vida de la persona queda escindida en dos: Su persona auténtica y su figura social o papel,” p. 654. “No hay vida sin vocación, sin llamada íntima,” p. 656, y el individuo así escindido y fracturado dentro de sí mismo “no se entrega a nada, ...no ha sumergido irrevocablemente su existencia en el servicio de alguna cosa distinta de él,” p. 656. Adviértase la contradicción, que explica una vez más el “dualismo del alma individual” que es reflejo de “esta dualidad del cuerpo colectivo,” p. 657, que existe en suponerse un idealista, pero ser un *idealista* que no pone sus *acciones* detrás de sus ideales y que se contenta con tenerlos en su cabeza y declamarlos, sin intentar cumplirlos y hacerlos realidad.

<sup>47</sup> *El hombre a la defensiva*, op. cit., p. 654.

a lo primero: “Por tomar en cada instante la postura que aquel personaje irreal tomaría, renuncia a la actitud sincera que la persona real querría adoptar.”<sup>48</sup>

Entonces, “no suele ser lo que realmente es, sino que se ha trasladado a vivir dentro de la persona que imagina ser.”<sup>49</sup> “Notamos como si aquel hombre, presente entre nosotros, estuviese en verdad ausente y hubiese dejado de sí mismo sólo su persona exterior, a la periferia de su alma, lo que de ésta da el contorno social. En cambio, su intimidad no está allí. Lo que vemos es, pues, una máscara y sentimos el azoramiento acostumbrado al hablar con una careta;” “Detrás del gesto y la palabra no hay —parece— una realidad congruente y en continuidad con ellos”<sup>50</sup> La referencia a la máscara que está delante de la persona permite evocar precisamente el origen etimológico de la palabra persona, que no es otro que “máscara,” y descubre una vez más la clave de la doble personalidad del individuo, de la sociedad, del Estado. No es de extrañarse entonces que la teoría de la doble personalidad del Estado, hoy en día abandonada por la mayor parte de los juristas, haya tenido no obstante importantes seguidores hasta hace muy poco.<sup>51</sup>

Es necesario ahora afrontar el problema de superar esta doble personalidad, este sistema jurídico-administrativo paralelo, esta verdadera fractura en el alma colectiva que le hace vivir con dos ordenamientos como los expuestos en este capítulo.

<sup>48</sup> *Op. cit.*, p. 660.

<sup>49</sup> *Op. cit.*, p. 651.

<sup>50</sup> *Op. cit.*, p. 648.

<sup>51</sup> Para una crítica de la teoría de la doble personalidad del Estado ver nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.*, cap. III, § 8 a 11.