

LA DISCRECIÓN EN LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS

**Ricardo Henrique
Santos Soares**



HOME EDITORA

Ricardo Henrique Santos Soares

**LA DISCRECIÓN EN LAS
DECISIONES ADMINISTRATIVAS:
ANÁLISIS CRÍTICO DE LA
LEGITIMIDAD DE LAS FACULTADES
SANCIONATORIAS DEL EJÉRCITO
BRASILEÑO SOBRE SUS AGENTES**

1ª Edição

Belém-PA
Home Editora
2023



Todo o conteúdo apresentado neste livro é de responsabilidade do(s)
autor(es).
Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-
SemDerivações 4.0 Internacional.

Conselho Editorial

Prof. Dr. Ednilson Sergio Ramalho de Souza - UFOPA
(Editor-Chefe)

Prof. Dr. Laecio Nobre de Macedo-UFMA

Prof. Dr. Carlos Erick Brito de Sousa-UFMA

Prof. Dr. Rodolfo Maduro Almeida-UFOPA

Prof. Me. Éfrem Colombo Vasconcelos Ribeiro-IFPA

Prof. Me. Jorge Carlos Silva-ULBRA

“Acreditamos que um mundo melhor se faz com a difusão do conhecimento científico”.

Equipe Home Editora

© 2023 Edição brasileira
by Home Editora

© 2023 Texto
by Autor

Todos os direitos reservados

Home Editora
CNPJ: 39.242.488/0002-80
www.homeeditora.com
contato@homeeditora.com
91984735110
Belém - PA, 66635-110, n° 4120.

Editor-Chefe

Prof. Dr. Ednilson Ramalho

Revisão, diagramação e capa

Autor

Bibliotecária

Janaína Ramos

Produtor editorial

Laiane Borges

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Home Editora



D611

La discreción en las decisiones administrativas: análisis crítico de la legitimidad de las facultades sancionatorias del Ejército Brasileño sobre sus agentes/ Ricardo Henrique Santos Soares. – Belém: Home, 2023.

Livro em PDF

2600 KB., il.

ISBN 978-65-85712-35-4

DOI 10.46898/home.41d71a76-b863-47ed-ba2c-94800442e0b5

1. Direito. I. Soares, Ricardo Henrique Santos. II. Título.

CDD 340

Índice para catálogo sistemático

I. Direito.

AGRADECIMIENTOS

Mi familia. Mis padres, esposa e hijos, tengo que agradecerles no solo por el aliento, especialmente en los momentos en que me faltaban fuerzas ante tantos compromisos profesionales, sociales, afectivos y académicos, sino, sobre todo, por comprender mis ausencias. Tantas veces me necesitaron y yo no pude estar ahí. Gracias, gracias, y gracias. A mi Directora, la profesora Paula Muniagurria, quien en ningún momento se mostró renuente a ayudarme, aún ante las dificultades y limitaciones que rodearon mi investigación. Le agradezco no sólo el coraje de aceptar conducirme en esta empresa, sino la humildad, las notas directas, firmes y siempre serenas, los conocimientos que amablemente compartieron conmigo, el aliento constante y la paciencia. Muchas gracias por todo. Nunca me olvidaré. Agradezco a mis Jefes: Coronel Marcelo José, Coronel Rodrigo Lima, Coronel Vinicius Ceia y Coronel Márcio Tanaka. Sin el apoyo de esos señores no sería posible la conclusión del Curso. ¡Gracias amigos por toda sensibilidad y compañerismo! ¡Dios les bendiga! Además, agradezco a todos profesores y profesionales de la Facultad de Derecho de la UNMDP, en la persona de la Directora del Doctorado Dra. Ana María Verneti, y en la persona de la señora María Lujan. Agradezco, especialmente, a todos mi amigos doctorandos de Brasil, Colombia, y Ecuador. Nunca me olvidaré de ese intercambio cultural, involucrado en la ciencia jurídica y en la lengua hispana. ¡Muchas gracias!

“Como sou pouco e sei pouco, faço o pouco que me cabe me dando por inteiro”.

Como soy poco y sé poco, hago lo poco que me toca, entregándome por entero.

(Ariano Suassuna)

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
1. Derecho administrativo: historia, conceptos, y principales teorías.....	13
1.1 Sentido histórico del Derecho administrativo.....	13
1.2 Enfoque conceptual contemporáneo del Derecho administrativo...	14
1.3 La teoría de los Actos administrativos.....	18
2. El Derecho Administrativo desde la perspectiva de la discrecionalidad.....	28
3. Pragmatismo y sus efectos en la responsabilidad administrativa de los agentes en Brasil.....	40
4. La discrecionalidad de las facultades sancionatorias de carácter pecuniario del Ejército brasileño sobre sus agentes.....	55
4.1 Estándares y casos de aplicación de la Ordenanza No. 1324, del Comandante del Ejército, de 4 de octubre, de 2017.....	55
4.2 Estudio de casos de la aplicación de la Ordenanza Nro.1324/2017-del Comandante del Ejército.....	66
4.3 La aplicación de descuento directamente a la nómina de los militares y sus efectos en los derechos de los militares, a la luz del ordenamiento jurídico vigente en Brasil.....	68

4.3.1 El descuento directo en la nómina del militar y su incumplimiento del art 5º de la CF/88 y de normas internacionales.....	72
4.3.2 Del Control de convencionalidad.....	74
4.3.3 Los militares y las relaciones especiales de sujeción al Estado.....	77
5. El principio de legalidad aplicado al Derecho Administrativo Sancionador.....	86
CONCLUSIÓN.....	92
Bibliografía.....	97

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación, partiendo de los substratos teóricos más importantes del tema general, el Derecho Administrativo, y profundizando en las enseñanzas que nos brindan los adoctrinadores y expertos en algunos de sus más relevantes aspectos, hicimos un aterrizaje en problema que se relaciona con la Gestión del Ejército Brasileño, específicamente a un acto administrativo normativo interno (Ordenanza No. 1324, del Comandante del Ejército, de octubre 4, de 2017, en su Art 20, inc I), que prevé el descuento directamente sobre el sueldo de los militares, por orden de la propia autoridad administrativa militar, a través de un proceso administrativo, en el ámbito de la Organización Militar, en los casos en que exista responsabilidad administrativa de agentes, por daños al fisco.

El soporte teórico desarrollado en esta Tesis puede añadir varios de los conceptos, teorías y fundamentos del Derecho Administrativo, a ejemplo: teoría del acto administrativo, discrecionalidad, responsabilidad administrativa de los agentes públicos, además de conceptos involucrados a ciencia jurídica, tales como la interpretación jurídica, conceptos jurídicos indeterminados y sobre teorías como el pragmatismo.

De otra parte, registrase una de las inquietudes que motivó el estudio presente, aunque específica al interés de la Administración militar, fue a de saber si es posible que la dicha previsión normativa, que determina el descuento directamente sobre el sueldo de los militares, posa a sufrir relativización de acuerdo con resultados obtenidos en la investigación.

En ese contexto, se ha estudiado algunas normas de leyes brasileñas también involucradas al tema de efectuar descuentos en los sueldos, las cuales se pueden relacionar y adelantar las siguientes.

El art. 833, en su inciso IV y párrafo 2º del Código de Procedimiento Civil de Brasil, establece la inembargabilidad (en portugués se dice: "*impenhorabilidade*") del salario como regla general. Pero, establece la excepción en dos situaciones. Cuando los montos superen los 50 (cincuenta)

salarios mínimos mensuales y para satisfacer la deuda relacionada con a la pensión alimenticia.

Además, el inc I, del art 28 de la Ley N° 8443, de 16 de julio de 1992, la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Cuentas de la Unión, de Brasil (TCU)¹, la cual dispone que, transcurrido el plazo estatutario, sin manifestación del responsable, el Tribunal podrá “determinar el descuento total o fraccionado de la deuda sobre los sueldos, salarios o ganancias del responsable”.

Así, tenemos como cierto que la previsión del inc. I, art 20, Ordenanza No. 1324/2017 es clara y direccionada a las autoridades administrativas del Ejército obviamente, una vez que es norma administrativa interna.

Sin embargo, hay también normas legales (de esas leyes informadas) que regulan el tema de modo diverso, pues en la previsión de esas leyes no hay la previsión de la autoridad administrativa ejecutar el descuento directo. Eso porque la Ley N° 8443 autoriza solamente al Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU) determinar el descuento sobre los sueldos y salarios.

A su vez, nuestro Código de Procedimiento Civil establece la incautabilidad del salario como se ha dicho. En ese sentido, específicamente, es oportuno decir que en el Derecho de Brasil la prenda es el acto mediante el cual solo el juez (es decir, solo el poder judicial puede hacerlo) realiza la constricción sobre los bienes del deudor con el fin de garantizar la ejecución del pago para, posteriormente, lograr la satisfacción directa o indirecta del derecho del acreedor.

Ante esta situación, los administradores deben decidir, en los autos de los procedimientos administrativos, si simplemente aplican el comando de la Ordenanza N° 1324/2017, efectuando el descuento directo, o si no lo aplican, fundamentando sus decisiones sin realizarlo.

¹ El TCU es el órgano de control externo del gobierno federal y asiste al Congreso Nacional en su misión de monitorear la ejecución presupuestaria y financiera del país y contribuir al mejoramiento de la Administración Pública en beneficio de la sociedad. Para ello, pretende ser un referente en la promoción de una Administración Pública eficaz, ética, ágil y responsable. La Corte tiene a su cargo la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operativa y patrimonial de los organismos y entidades públicas del país en cuanto a legalidad, legitimidad y economía.

Numerosas cuestiones teóricas plantean las reflexiones realizadas a lo largo de este trabajo, y todas ellas, de alguna manera, podrían resumirse en la siguiente pregunta, en síntesis el problema de esta investigación: ¿Estaría dentro de los límites y posibilidades de la discrecionalidad administrativa permitir al Administrador del Ejército Brasileño no aplicar lo dispuesto en el inciso I, art. 20, de la Ordenanza N° 1.324, del Comandante del Ejército, del 4 de octubre de 2017, que determina directamente el descuento sobre el salario de los militares, por orden de la propia autoridad administrativa militar?

La investigación quiere dar respuesta a esta pregunta, buscando hacer aportes a la dogmática jurídica, y principalmente a la práctica administrativa de los agentes públicos, además de nortear a los órganos de Auditoría Interna y a la política normativa de la institución Ejército Brasileño.

Para la academia, esta investigación apunta a reflexiones sobre los principales pilares del Derecho Administrativo, al reflexionar sobre sus conceptos y modo de encarar sus dogmas, a partir de sus orígenes que afecta su dimensión como fenómeno jurídico y directrices conceptuales actuales, al lado de la discrecionalidad en el universo de los actos administrativos, todo eso relacionado al tema de la responsabilidad de los agentes, promoviendo la discusión jurídica conceptual visando la aplicación práctica en el ámbito de la Administración Pública y estableciendo amplio dialogo con autores expertos en el cuerpo de la tesis.

De esa manera, para lograr un de los propósitos específicos de esta investigación, se analiza también como es obvio, el documento normativo del Ejército en la materia, la dicha Ordenanza No. 1324, del Comandante del Ejército, de 4 de octubre de 2017. Luego, hasta aquí, ya es posible tener en cuenta que tal escenario relativo a la posibilidad de realización de descuentos en el sueldo de los agentes del Ejército Brasileño, directamente por orden de la autoridad militar, a través de la aplicación de sanciones administrativas, es un invite a la reflexión jurídica de cuestiones de orden práctica de la Gestión militar, cuyos efectos son esenciales a las vidas de los militares.

El presente estudio, a partir del desarrollo teórico de los temas del Derecho Administrativo, puntualmente analiza se estaría dentro de los límites y posibilidades de la discrecionalidad administrativa permitir al Administrador del

Ejército Brasileño no aplicar lo dispuesto en el inciso I, art. 20, de la Ordenanza N° 1.324, del Comandante del Ejército, del 4 de octubre de 2017, que determina directamente el descuento sobre el salario de los militares, por orden de la propia autoridad administrativa militar.

Así, presentamos los siguientes objetivos de la investigación a continuación.

En este vértice, la investigación jurídica pretendió analizar la discrecionalidad de las facultades sancionatorias de carácter económico del Ejército brasileño sobre sus agentes.

Y de este modo, colaborar con el entendimiento de los institutos de las ciencias jurídicas relacionados con la materia, aclarando los supuestos y requisitos inherentes a los mismos para que el proceso se utilice de forma que se minimicen los conflictos derivados de las relaciones entre la Administración pública y los interesados.

En este estudio, se pretendió analizar las cuestiones relacionadas a responsabilidad administrativa de los militares, inherente a la normalidad del servicio público, durante los trámites administrativos ordinarios, considerando también el carácter falible del ser humano.

Ante esto, se resalta que no se encuadró dentro de los límites de los objetivos de este estudio se analizar las acciones para reparar el daño sufrido por el Estado, por el cometimiento de delitos, crimines, por ejemplo. Salvo de forma indirecta, como mero facilitador para la comprensión del problema planteado.

A continuación, los objetivos particulares inicialmente planteados.

Analizar conceptualmente la Ordenanza Nro.1324/2017- del comandante del Ejército- para determinar estándares de aplicación.

Relevar casos de aplicación de la Ordenanza, identificando los argumentos aportados por la autoridad administrativa decisora.

Relevar casos de no aplicación de la Ordenanza, identificando los argumentos aportados por la autoridad administrativa decisora.

Revisar la pertinencia de la intervención administrativa cuando la falta refiere a “error grosero” o a “culpa grave” o si resulta más adecuada la intervención de otra instancia, en particular la judicial.

Analizar si las conductas que llevan a la aplicación de sanciones constituyen conceptos jurídicos indeterminados y definirlos.

Relevar otros supuestos de aplicación de sanciones administrativas de carácter económico sin control judicial, para determinar la generalización de la práctica.

Revisar casos judicializados identificando los estándares interpretativos, de modo de evaluar la legitimidad de la práctica.

Identificar situaciones análogas en el sistema argentino, se hubiera.

Analizar el margen de discrecionalidad del cual dispone la autoridad administrativa decisora para la aplicación de sanciones administrativas de carácter económico.

Para lograr estos propósitos, la tesis se dividió en cinco bloques, o capítulos.

En el primer capítulo, se busca presentar los faros del problema, o sea, la conceptualización del Derecho Administrativo, desarrollando en este capítulo su sentido histórico, su enfoque conceptual contemporáneo y la teoría de los Actos administrativos, con la finalidad de establecer el alcance y significado de esa rama del Derecho, que nordea las actividades de los agentes, decisiones de las autoridades administrativas y la interpretación de los juristas en el realidad de la Administración Pública. De esa manera, se presenta una breve explicación histórica-desde su origen- y explorase las definiciones y conceptos desde la óptica de los adocinadores clásicos y destacados en la literatura de Derecho Administrativo, distinguiéndolo de otras ramas del Derecho. Además, presentase su actual comprensión como fenómeno jurídico, después de realizar una digresión evaluando, según la doctrina, la evolución de su comprensión, promoviendo el desarrollo de teoría.

El segundo capítulo analiza y profundiza los conceptos y fundamentos a la luz de teorías y según los enseñamientos de algunos de los exponentes de la doctrina sobre el fenómeno de la discrecionalidad, incluso de exponentes argentinos y brasileiros. Asimismo, Enfocando en los efectos de la discrecionalidad en las facultades sancionatorias de carácter pecuniario sobre los agentes administrativos, trabajando el concepto de discrecionalidad

administrativa y sus aplicaciones, de acuerdo con posiciones doctrinales y además de desarrollar su relación con la idea de los conceptos jurídicos indeterminados, todo eso involucrado a las perspectivas del Derecho Administrativo sancionador. En este capítulo también se ha podido confirmar el hipótesis del amplio margen discrecional para la determinación de la aplicación de sanciones administrativas de carácter económico sobre los agentes.

El tercer capítulo estudia la responsabilidad administrativa de los agentes públicos, cuyo desarrollo se da a través de la exposición de contenidos, teorías y fundamentos. De ese manera, hay la exposición de la influencia del pragmatismo en el Derecho brasileño, de acuerdo con la doctrina de los exponentes en el tema, que se ha concretizado en el ordenamiento de Brasil por medio de la actualización de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño – LINDB, adoptándose gran parte de sus substratos filosóficos, con substanciales efectos en el funcionamiento de la Administración Pública, en la cual se resulta el planteo, en lo que toca la responsabilidad de los agentes, acerca de la no pertinencia de la intervención administrativa cuando la falta refiere a “error grosero” o a “culpa grave”.

El cuarto capítulo analiza la discrecionalidad de las facultades sancionatorias de carácter económico del Ejército brasileño sobre sus agentes, específicamente, sobre los descuentos directos en los sueldos, por determinación de la autoridad militar, previsto en la Ordenanza nº 1324, del Comandante del Ejército, de 4 de octubre de 2017, para verificar su inadecuación al ordenamiento jurídico (inc I art. 28, da Lei nº 8443/1992 y art 833, inc IV, e su § 2º, do CPC) y, específicamente, a la Constitución Federal (art 5º, da CF/88), o sea, se analiza conceptualmente la ordenanza, confrontándose sus disposiciones al ordenamiento y a los derechos fundamentales, tras describir situaciones cotidianas de la Administración Militar. Delante de esas normas legales y constitucionales se permite analizar el amplio margen de discrecionalidad que dispone la autoridad administrativa decisora para la aplicación de sanciones administrativas de carácter económico.

El capítulo cinco, a su vez, analiza los efectos del principio de legalidad aplicado al Derecho Administrativo Sancionador, abordando la discusión sobre

el punto y temas subyacentes, como la naturaleza adecuada de la norma para la formulación del tipo administrativo, su competencia y la posibilidad de la agencia administrativa de actuar de manera autónoma, lo que resulta esclarecedor del cotidiano de la Administración.

Finalmente, a conclusión presenta una autoevaluación del trabajo, reforzándose las teorías explotadas que embasan el Derecho Administrativo y el funcionamiento de la Administración, sino también fijándose afirmativamente la hipótesis inicial y exponiéndose de qué modo le ha probado a lo largo de la Tesis, a partir de los resultados obtenidos, por medio de algunas reflexiones con respeto al contenido discrecional en las decisiones administrativas involucradas al tema, donde se concluye que, a partir de las disposiciones fijadas luego el análisis conceptual y desarrollo teórico en el nivel general, el Ejército Brasileño sí dispone de un amplio margen de discrecionalidad para la determinación de la aplicación de sanciones administrativas de carácter económico sobre sus agentes, probándose que está dentro de los límites y posibilidades de la discrecionalidad administrativa permitir al Administrador del Ejército Brasileño **no** aplicar la disposición que determina realizar directamente el descuento sobre el salario de los militares, por orden de la propia autoridad administrativa militar; y se propuso una agenda de investigación complementaria.

CAPITULO 1. El Derecho administrativo: historia, conceptos, y principales teorías.

1.1 Sentido histórico del Derecho Administrativo

Es habitual situar el surgimiento del Derecho Administrativo en la Europa continental a finales del siglo XVIII, más concretamente tras la Revolución Francesa, 1789.

Sin embargo, el impulso inicial para la formación del Derecho Administrativo, se puede decir que fue con el desarrollo de la Teoría de los Poderes, de Montesquieu, desde 1748, con la publicación de "*L' Esprit des Lois*".

En ese contexto, es verdad que, tras la Revolución Francesa, la división de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial dio lugar a la especialización de las actividades gubernamentales y, en consecuencia, provocó la independencia de los órganos encargados de llevar a cabo tales funciones.

El Derecho Administrativo nació, por tanto, en el contexto del Estado de Derecho moderno y está ligado a él. Así, sus bases destacan el escenario en que la voluntad (objetiva) del Derecho se impone a la voluntad (subjetiva) de los gobernantes.

En este período inicial, desde la perspectiva del modelo europeo continental, se buscó su afirmación científica como nueva rama del Derecho, a través de la explotación de su concepto, cuya identidad se centró en la figura de la Administración pública.

Laferrière, autor francés, desarrolló en 1839 el concepto más completo del Derecho Administrativo propiamente dicho, estableciendo como la ciencia de la acción y competencia del poder ejecutivo, cuya su relación se involucra con los derechos o intereses de los administrados y con el interés general del Estado.

Sin embargo, a su vez en Alemania, en el mismo período, Fritz Fleiner enseñó que en su país el Derecho Administrativo fue resultado de una lenta transformación que ocurrió en cada uno de sus Territorios, diferente de Francia, que hubiera sido resultado de grave crisis del Estado y de la sociedad.

En todo caso, a finales del siglo XIX, los autores europeos solían afirmar que el Derecho Administrativo sería el Derecho relativo a la Administración, atendiendo a las relaciones entre el “Estado administrativo” y los sujetos.

Por lo tanto, a partir de la producción administrativa en el siglo XIX, el concepto de Derecho Administrativo -si bien varía accidentalmente según las peculiaridades de cada país- tiene como sustancia la noción de Administración, en el contexto político-institucional del estado de Derecho, es decir, de la sujeción de la Administración y de los gobernantes al estado de Derecho, que pasa a orientar sus relaciones internas y, en particular, sus relaciones con los particulares.

1.2 Enfoque conceptual contemporáneo del Derecho administrativo brasileño

El reconocimiento de la existencia del Derecho Administrativo y la pacificación del sentido de la Administración como función estatal, a fines del siglo XIX, supera la fase de discusión sobre el concepto de Derecho Administrativo en la producción científica administrativa.

Luego, se pasa naturalmente a un enfoque conceptual que cambia su comprensión, a través de su estudio como fenómeno jurídico, por un lado, reforzando la percepción de la Administración Pública como tal. Por otro lado, la sustitución de una investigación más formal del concepto por una investigación del contenido del Derecho Administrativo.

A principios del siglo XX, el espacio del Derecho administrativo ya estaba consolidado en el ámbito de la ciencia del Derecho, ya sea externamente, en contraste con la ciencia de la administración, o internamente, en contraste con el Derecho constitucional o el Derecho civil. Así, según la producción científica, la ciencia del Derecho Administrativo surge en torno a la noción de Administración Pública, o sea, se desarrolla la percepción de la Administración Pública también como fenómeno jurídico.

En ese momento, hubo la consolidación de la noción de servicio público –siguiendo la evolución del Estado, que transita del modelo liberal al modelo de

bienestar social– que marcará una nueva etapa en el desarrollo científico del Derecho Administrativo.

Nótese, así, la densificación del tratamiento jurídico-normativo de las actividades de la Administración, impulsada por la función administrativa, que se complejiza; además, la organización social exige que el Derecho Administrativo amplíe su alcance normativo, disciplinando aspectos que antes eran más libres para una acción más puramente política.

Acompañando esta expansión en la complejidad y densidad del Derecho Administrativo, el inicio del siglo XX trae consigo un importante cambio de perspectiva sobre cómo entender la Administración pública.

Esto es resultado principalmente del aporte que trae el pensamiento positivista de la Escuela de Viena, que concibe a la Administración como una función jurídica estatal, merecedora de un tratamiento propio por parte de la ciencia del Derecho, cuyo autor de esta corriente, lo dicho Adolf Merkl, se tornó celebre en su “Allgemeines Verwaltungsrecht”, de 1927.

Merkl aclara que, en los estados de Derecho, la actividad de la Administración fue acompañada progresivamente por el desarrollo de la teoría del Derecho Administrativo, fijando que la administración del Estado, así como el Estado mismo, es una función jurídica que habría de estar fundamentada como teoría jurídica.

Además, la doctrina del siglo XX discutió el tema del concepto de Derecho Administrativo de modo a calificarle de forma jurídica (sin hacer prácticamente más referencias a la ciencia de la Administración); utilizándose el elemento fundamental administración, ya sea desde una perspectiva orgánica o desde una perspectiva funcional, pero encuadrada por la ley; y a integrar la discusión del tema del concepto con una investigación del contenido del Derecho Administrativo.

El Derecho público, en general, a partir de entonces, deja de estar marcado por las relaciones entre personas desiguales, soberanas y súbditas, para convertirse en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido.

Así, el Derecho Administrativo, a partir de la perspectiva de la llamada Escuela de Servicio Público, pasa a ser entendido conceptualmente en una visión funcional, centrada en sus fines, sintetizados en la noción de servicio público.

En definitiva, para comprender mejor el fenómeno del Derecho administrativo, tenemos, por un lado, una perspectiva estructural, que toma la Administración pública por lo que es, el medio por el cual actúa, es decir, su régimen jurídico. Por otro lado, una perspectiva funcional, que concibe a la Administración pública por su función social y los fines que persigue (servicio público), a los que deben adaptarse los elementos de su régimen jurídico, como medios no inherentes esencialmente a ella.

Hoy por hoy, en Brasil, es evidente una tensión entre una corriente de pensamiento que, para comprender científicamente el Derecho Administrativo, invoca como elemento principal los “derechos fundamentales”, y otra que lo hace a través del elemento “interés público”. Así, se puede argumentar que hay una “Escuela de Derechos Fundamentales” y una “Escuela de Interés Público”, marcos de una teoría brasileña del Derecho Administrativo.

La Escuela de los Derechos Fundamentales entronca con la lógica de fines de la Escuela de la Función Pública, aunque extrae su elemento final -los derechos fundamentales (y no la función pública). La dicha escuela comprende el Derecho administrativo dirigido a la realización de los derechos fundamentales, resultando un régimen jurídico aplicable a las relaciones en las que interviene la Administración pública.

La Escuela de Interés Público, a su vez, ve el Derecho administrativo a través del sesgo de los medios: un régimen jurídico de prerrogativas y sujeciones resultantes del modo de ser de la Administración como sujeto de derecho. Ella defiende la idea de que el Derecho administrativo se identifica por tener un régimen jurídico específico, que es inherente a la Administración pública, en la medida en que el dicho régimen está conectado esencialmente con la comprensión misma de lo que es el interés público – el fin – que es absorbido por los medios, representado por su régimen jurídico administrativo.

Nótese que las distintas acepciones de un mismo fenómeno jurídico (el Derecho Administrativo), promovidas por las dichas escuelas, resultan en aportes conceptuales que explican aspectos de su contenido, que es el enfoque conceptual contemporáneo del Derecho Administrativo.

No obstante, con la evolución y el establecimiento del neoconstitucionalismo en el mundo occidental, cuyas premisas defienden la difusión y desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales y la fuerza normativa de la Constitución, se ha fijado la transformación de un estado de Derecho en un estado constitucional.

En ese sentido, a ilustrar el concepto de los derechos fundamentales, según Luigi Ferrajoli, en su obra, *Derechos y garantías. La ley del más débil*:

“los derechos fundamentales son todos “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos en cuanto dotados de la condición-status- de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (Ferrajoli, 1999, p. 37).

Así, no es demás puntuar que 'derecho subjetivo' significa cualquier expectativa positiva (de beneficios) o negativa (de no sufrir daños) ligada a un individuo por una norma jurídica; y por 'status' la condición de sujeto, prevista también por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son el ejercicio de éstas.

Sin embargo, una vez que el concepto de los derechos fundamentales y la importancia de la defensa de su primado, en el ámbito de la comunidad jurídica, es entendimiento pacífico, dispensase mayores digresiones y profundizaciones teóricas para la finalidad de este estudio.

Así, partiéndose de esa premisa de la prominencia de los derechos fundamentales sobre los demás aspectos de la orden jurídica, incluso en el ámbito del Derecho Administrativo, específicamente en lo que toca las relaciones de la Administración con los particulares, resulta que los intereses de las instituciones públicas deben ser clasificados como de prelación posterior, secundaria por lo tanto con relación a los derechos fundamentales.

Por lo tanto, el contenido del Derecho Administrativo contemporáneo expresa la tendencia a valorar los derechos fundamentales, en las relaciones entre la Administración y los particulares, lo cual es fundamental para las conclusiones de esta investigación, ya que agrega un marco teórico (de carácter axiomático) a nuestra investigación, que influye substancialmente en las decisiones de la Administración en general.

1.3 La teoría de los Actos administrativos

La teoría tradicional del acto administrativo, en Brasil, entendía que el dominio del Derecho Administrativo dependía del dominio de la teoría del acto. La lección la resumió Geraldo Ataliba en estos términos:

“El acto administrativo, como categoría jurídica, es el eje de esta importante rama del derecho. Resolver las cuestiones emergentes de su estatuto es detener la 'clave' de todo el sector" (Ataliba, 1978, p. 8).

En cuanto a la teoría del acto administrativo se dio cuenta de la inutilidad de la teoría privada de los actos jurídicos, esta última basada en la voluntad. En el derecho público, la voluntad del mandatario es irrelevante o secundaria. De ahí la propuesta: en lugar de la clasificación privada de hechos y actos jurídicos, el prestigioso autor, propuso otra: hecho administrativo es todo acontecimiento del mundo real al que el Derecho Administrativo atribuye efectos, y acto administrativo es prescripción de conducta. En otras palabras, el hecho administrativo es un evento, un acontecimiento, el acto administrativo es una norma jurídica. La responsabilidad administrativa resulta de la infracción de las normas administrativas, sometiendo al infractor a una sanción de carácter administrativo, basada en el poder de policía de la Administración Pública.

En este contexto, la influencia de Kelsen y su Teoría Pura fue clara, pues el aclamado jurista austriaco estableció que el Derecho se restringe a las normas jurídicas. Kelsen difundió una visión normativista del Derecho en la que se entiende como un conjunto de normas jurídicas vigentes en un territorio determinado (Kelsen, 1998, p. 4). Si el Derecho es un conjunto de normas, y el acto administrativo es el nombre genérico que se le da a las normas editadas

por la Administración Pública, es evidente por qué el acto administrativo es visto como el tema central de todo derecho administrativo

La teoría clásica del acto administrativo tiene como primera particularidad: se presenta como una teoría autónoma en relación a la teoría privada de los actos jurídicos, ya que en ella la voluntad del agente público, redactor del acto, es irrelevante, cuando se trata del ejercicio de la competencia vinculada, o secundario, cuando se trata del ejercicio de la competencia discrecional. Para André Gonçalves Pereira, en su lección clásica, la “voluntad normativa” existe necesariamente en el acto administrativo, pero no es un elemento de él, sino un efecto jurídico del conjunto de todos los elementos, consecuencia imputada por la ley, y la voluntad psicológica, que sólo es relevante en la competencia discrecional, no sería un elemento esencial, al no existir en los actos de competencia vinculada. (Pereira, André Gonçalves, 1972, p. 106-108)

En ese contexto, los conceptos actuales también han cambiado la comprensión de la aplicación del Derecho: antes, restringida a la subsunción, ahora, comprensiva de la ponderación. En los términos ya expuestos, un acto administrativo es una norma jurídica; como toda norma, encarna un principio, es decir, un valor positivo expresa o implícitamente en la Constitución. En otras palabras, el Derecho pasó a ser entendido como un conjunto de principios (valores positivos) y reglas, aplicables por ponderación y subsunción. Los principios, en el sentido de elementos estructurales, continuaron integrando el Derecho, y ejerciendo la misma función, condicionando la interpretación de las normas -reglas y principios (valores positivos)- y su validez; pero, en virtud del nuevo significado que se les atribuía, la aplicación del Derecho pasó a exigir la ponderación de los valores positivados.

Desde este punto de vista, la Administración debe, por tanto, en estricto cumplimiento de la Constitución, llevar a cabo consideraciones específicas en sus actuaciones. Luego, el acto administrativo, como toda norma jurídica, para ser válido, debe corresponder a la correcta ponderación de los principios constitucionales y convencionales.

De esa manera, es importante fijar el entendimiento del significado de los actos administrativos y de los demás aspectos de sus defectos, una vez

que del actuar de los agentes de la Administración pueden producirse actos administrativos defectuosos. Luego, el acto administrativo y todo que lo involucra, incluso sus defectos y errores en su ejecución o formulación, es de suma relevancia para este estudio, para entenderse sobre la responsabilidad del agente público, que en general, se origina de un acto administrativo.

Además, considerando que el acto administrativo es un instituto fundamental para el entendimiento del Derecho Administrativo y del funcionamiento de la Administración Pública, su estudio es importante no solo para comprender cómo funciona el ejercicio de la actividad pública por parte de la Administración, sino también para comprender cómo él se encaja en el ordenamiento jurídico.

Es clásica la idea según la cual es necesario estudiar los elementos, atributos y formas de extinción del acto administrativo, que definen el funcionamiento e idoneidad de la Administración Pública, llevando en cuenta las clasificaciones de los diversos tipos de actos.

El concepto de acto administrativo puede ser desarrollado a partir de la idea de régimen público, representando la voluntad del Estado, una vez que se realizan durante el ejercicio de la función administrativa.

Como es sabido, el acto administrativo tiene por objeto adquirir, salvaguardar, transferir, modificar, extinguir y declarar derechos o aún imponer obligaciones a las personas, además de constituir limitaciones al propio Estado en el ejercicio del Poder Público.

Pero, se limita al momento en que la Administración Pública, por medio de las autoridades o agentes públicos en general, ejercen la función administrativa dentro del régimen de Derecho público.

Según el celebrado profesor y autor brasileño, Hely Lopes Meirelles, el acto administrativo constituye “una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración Pública que, actuando en esta capacidad, adquiere, salvaguarda, transfiere y modifica, extingue y declara derechos. (Meirelles, 2018)”. Es decir, es lo que legitima al Estado a instrumentalizar sus tareas en la función de administrar.

Además, es un instrumento a través del cual el Estado (o quien ejerce el rol de funciones de Estado) gestiona el poder público.

El acto administrativo consiste en una declaración y, en ciertos aspectos, está sujeto al control del Poder Judicial, según lo que entiende la autora María Sylvia Di Pietro:

“declaración del Estado o quien lo represente, que produce efectos jurídicos inmediatos en cumplimiento de la ley, bajo un régimen jurídico regido por el derecho público y sujeto al control del Poder Judicial. (Di Pietro, 2010, p. 196)”.

En línea con el pensamiento de los citados adoctrinadores, se puede afirmar que el Estado declara y manifiesta el cumplimiento de las medidas para hacer cumplir la ley, también sujeto a regulación por parte de ese mismo Estado.

Dicho esto, el ejercicio de la Administración puede traducirse en la edición de un acto administrativo, ya que apoya todo su funcionamiento en él, tanto por el Poder Ejecutivo, como por el Legislativo y Judicial.

Para nuestro estudio sobre el acto administrativo, vamos a continuación concentrar fuerzas en los aspectos de la validez del acto administrativo.

Así, un acto válido, a su vez, es aquel que cumple con el ordenamiento jurídico y está de acuerdo íntegramente con los requisitos legales e infra legales necesarios para ser debidamente redactado, así como los principios legales que rigen la actividad administrativa.

Por el contrario, existen otras clasificaciones para los actos administrativos. El acto nulo, que constituye el tipo de acto que nace con un defecto insuperable, habitualmente uno que surge de la ausencia de los elementos constitutivos, o de un vicio sustancial en los mismos. Él es retroactivo desde que, eliminado del universo jurídico, deshaciendo los efectos ya producidos (excepto en el caso de un tercero de buena fe).

Anulable es el acto que representa un vicio que puede subsanarse y puede ser validado por la Administración que lo practicó, siempre que no sea lesivo para el interés público o cause perjuicio a terceros.

Un acto inexistente consiste solo en aparecer como manifestación de la voluntad de la Administración, pero proviene de alguien que apenas pretende ser un agente público.

El acto perfecto es aquel que se termina y concluye su ciclo y todas las etapas de construcción y cuando han pasado todas las etapas necesarias para su producción. A diferencia de él, el imperfecto es el que no se ha acercado a completar su ciclo de entrenamiento.

Acto efectivo es aquel acto que se constituye por estar dispuesto a generar efectos típicos del mismo, según la legislación. Lo ineficaz, por el contrario, no puede producir sus efectos.

Acto pendiente es aquel que está sujeto a término o condición, es decir, acto pendiente es un acto que, en sí mismo, ya es ineficaz. Por el contrario, el consumado produjo todos sus efectos en el ámbito jurídico y ya no tiene la posibilidad de producir otros nuevos, acabando con el objetivo para el que fue creado.

Por otro lado, de modo sencillo, se puede decir sobre los elementos de los actos administrativos, que son requisitos que orientan la edición del propio acto, imprescindibles para su formación, de manera que la falta de alguno de ellos pueda menoscabar su vigencia y sus efectos. Lo que es interesante recordar por esfuerzo didáctico. Son ellos: competencia, forma, propósito, motivo, objeto.

Aspecto importante es el de la competencia del acto, que se define por el hecho de que siempre hay un agente público al que la ley le da competencia para practicar un acto específico. Es un elemento indispensable, imprescriptible, improrrogable e intransferible. En circunstancias excepcionales, existe la vocación, que es cuando una entidad asume la competencia de un agente inferior, únicamente.

La delegación, por otro lado, ocurre cuando un órgano de la misma jerarquía o menor asume las responsabilidades de cualquier otro órgano.

La competencia, de esta manera, es un elemento siempre vinculado, aunque el acto sea discrecional, ya que tiene su origen en la ley.

Cuando se trata de la forma como elemento del acto administrativo, es el medio por el cual se presenta el acto. En general, está escrito. La forma es un elemento siempre vinculado, por tanto, sujeto a control judicial. Los defectos de forma generalmente están permitidos para la validación, a menos que la ley disponga lo contrario.

La finalidad del acto administrativo es lo que se busca cuando edita, el fin que pretende lograr, afirmar la búsqueda del interés público, pero, además, siempre hay un fin previsto en la ley. Este elemento siempre está vinculado, ya que siempre está previsto por la ley (también sujeto al control del Poder Judicial). Cualquier incumplimiento de la finalidad es un defecto insuperable, y el acto debe ser anulado sin ser validado.

El motivo es el elemento del acto que da base y fundamento a su edición. Es la relación entre la razón y el resultado (objeto y propósito). El hecho y la ley que da lugar a la práctica del acto siempre se correlaciona con el motivo.

Sin embargo, el motivo debe diferenciarse de la motivación. La primera es la razón por la que nace el acto, lo que está íntimamente ligado a su finalidad. La motivación, en cambio, es la explicación de la razón, su explicación y razonamiento. A partir de ella, se elaboró la teoría de la determinación de las razones, que, en definitiva, sostiene que la validez de los actos administrativos siempre estará vinculada a las razones señaladas como fundamento.

Finalmente, el objeto es lo que se puede traducir en el contenido material del acto. A través de él, la administración expresa su voluntad o se ocupa de situaciones preexistentes. Consiste así en el cambio que este elemento provoca en el universo jurídico, que es inmediato. Por ejemplo, la construcción de un puente sobre un río, hecha a través de obras públicas.

Sobre el Mérito administrativo, hay que decir, superado el primer momento del acto administrativo, hay ocasiones en que la Administración tiene la necesidad de decidir sobre la oportunidad y conveniencia de la práctica de

un determinado acto discrecional, eligiendo el contenido de ese acto, dentro de los límites establecidos por la ley. Este es un mérito administrativo.

El mérito administrativo solo puede realizarse en el acto discrecional. Constituye la valoración de los motivos y la elección del objeto del acto a practicar por la Administración, responsable de la práctica, es decir, significa la valoración de las razones y la elección del objeto del acto, realizada por la Administración responsable de su práctica, cuando está autorizada para decidir sobre la conveniencia, oportunidad y justicia del acto a realizar.

En el caso de los actos administrativos, el mérito administrativo trae posibles resultados que pueden resultar de su ejecución, como la revocación o no del acto, pero nunca su anulación.

Además, el Poder Judicial no puede intervenir y revocar actos administrativos, solo anular en caso de ilegalidad o ilegitimidad, ya que este no realiza control de mérito y no reemplaza a la Administración analizando conveniencia y oportunidad, bajo pena de contradecir el principio de separación de poderes. Eso debido a la teoría de la Separación de los poderes, desarrollada por Montesquieu, que prevé la autonomía de los Poderes como supuesto de vigencia para el Estado Democrático.

Sobre la extinción de actos administrativos, se puede decir que la nulidad del acto administrativo debe producirse siempre en caso de vicio en el acto, que se relacione con la legalidad o legitimidad, cuando atente contra la ley o la ley en su conjunto y en el control de la legalidad, no del mérito.

Es obligatorio que se anule el acto administrativo que tenga defecto insuperable, insanable. A su vez, el que tiene defecto sanable, puede ser convalidado (a criterio de la administración). Los efectos de la nulidad son *ex tunc* (retroactivos), pero se protegen los efectos alcanzados a terceros de buena fe.

A su vez, la revocación de un acto administrativo es su exclusión del ordenamiento jurídico y, a criterio de la Administración, se ha tornado inoportuno o inconveniente. La revocación se basa en el poder discrecional, que surge de la oportunidad y la conveniencia. Es el acto que define el control por mérito.

La revocación entra en vigor *ex nunc*, es decir, adelante, y no es posible revocar un acto que ya ha generado un derecho adquirido. Es un acto que solo la persona que lo practica, agente o autoridad con la atribución, puede realizar, sin que un poder nunca revoque el acto administrativo del otro poder. Aún así, no es posible revocar el acto vinculado, solo se puede revocar el discrecional.

Por todo eso, se concluye que los actos administrativos son de gran importancia para el buen funcionamiento de la Administración Pública. No solo en el aspecto legal, sino también en el aspecto pragmático, lo que garantiza la posibilidad de manifestar la voluntad y el poder de la Administración.

En ese contexto, tienen un papel fundamental, ya que garantizan derechos, declaran situaciones legales y hacen leyes entre las partes, contribuyendo al funcionamiento del Estado.

En el Derecho administrativo brasileño se plantea la idea de que el control administrativo sea hecho en los siguientes momentos: previo, concomitante y posterior a la ejecución de la actividad pública. Eso es lo mismo que decir que el control administrativo debe ser previo, concomitante y posterior a la ejecución de los actos administrativos.

En ese sentido, el control previo o preventivo: es el que se ejerce antes de que se consuma la conducta administrativa, o sea, antes de que el acto administrativo se consuma.

El control concomitante: monitorea la situación administrativa cuando ocurre. Este es el caso, por ejemplo, de la inspección de un contrato en curso.

Control posterior o correctivo: tiene como objetivo revisar actos ya practicados, corregirlos, deshacerlos o, simplemente, confirmarlos, tales como actos de aprobación, anulación, revocación o validación.

Así, el control de los actos administrativos consiste en la potestad-deber de vigilancia y corrección que ejerce la Administración Pública y que ejecuta el acto u otro superior a ese, a que se refiere la actividad administrativa. Es la inspección que se centra en la actividad administrativa en su conjunto.

El control aún puede ser clasificado de interno o externo. El control que cada uno de los Poderes ejerce sobre sus propios actos y agentes es interno. El control que ejerce uno de los poderes sobre el otro es externo.

De hecho, la actividad de control interno, en esencia, debe ser realizada por todos los servidores públicos, especialmente aquellos en posiciones de liderazgo.

Es prudente señalar que esa revisión de las bases de los conceptos del acto administrativo, inherente al Derecho Administrativo, y el entendimiento sobre la responsabilidad de los agentes es necesaria para poderse comprender que la aplicación de sanciones administrativas de carácter económico sobre agentes de la Administración se ha originado de actos administrativos defectuosos. O sea, la comprensión de esos conceptos son claves para concluir a continuación a respecto de la discrecionalidad como fenómeno que garantiza que el espíritu de la ley se ha manifestado en los casos concretos.

Así, como es sabido, la responsabilidad de los agentes públicos no se define por presunción o por la simple ocurrencia de daño a la administración o a terceros. Es exactamente lo contrario: la acción o inacción de los agentes en el ámbito funcional se presume de buena fe y de conformidad con la ley.

Es una responsabilidad subjetiva, que a nuestro modo de ver, en este ámbito del Derecho administrativo sancionador, puede ser comparada con la teoría del delito, pues además del nexo de imputación y la lesión del propio bien jurídico, se debe investigar la culpabilidad, o mejor, la culpabilidad del presunto infractor.

Y como tal, para que se concluya por la responsabilidad de los agentes públicos, se puede decir, que es fundamental que el daño o la agravación del riesgo de daño sea antilegal (no debe ser soportado ni tolerado); sea relevante (no insignificante); reprobable (posible evitación y no justificado); culpable (deliberado, predecible o resultante de un error de conducta evitable) y directamente atribuible a la acción u omisión específica del agente público (individualizable y vinculado al ejercicio del servicio público).

Todos estos elementos requieren la investigación y prueba de las circunstancias concretas de la actuación o inacción de los agentes en el

ejercicio de sus funciones que llevan a su responsabilidad administrativa, y/o la presencia de causas que excluyan esa responsabilidad.

De esa manera, fijase que el agente público o autoridad necesita, durante la producción del acto administrativo, observar de forma rígida todos los compromisos institucionalizados en las leyes y en la Constitución, con respeto a los aspectos formales de las normas, sino también en lo que toca los materiales y **a los principios**, pues la elaboración de un acto administrativo comprometido con tales determinaciones normativas, en sentido amplio, legitima al Estado a instrumentalizar sus tareas en la función de administrar.

Así, nos filiamos la lición de Cassagne, adoctrinador argentino, en el sentido de que “los principios generales del derecho operan también como límites al poder reglamentario por parte de la administración cuyo ejercicio debe ajustarse a ellos” (Cassagne, 2008, p. 1056), pues se percibe que tenemos que desautorizar igualmente el alcance de actos administrativos normativos que no observaren los principios generales del derecho y las garantías previstas en los derechos fundamentales, lo que es fundamental para la comprensión del problema de nuestra investigación.

Capítulo 2. El Derecho Administrativo desde la perspectiva de la discrecionalidad

La discrecionalidad, en el ámbito del Derecho Administrativo, ha sido definida por la tradicional doctrina administrativa brasileña como el margen de libertad que le queda al administrador para elegir, según criterios consistentes de razonabilidad, una de al menos dos conductas adecuadas en cada caso concreto, para cumplir con el deber de adoptar la solución más adecuada a la satisfacción del objeto jurídico, cuando, por la fluidez de las expresiones de la ley o la libertad conferida en el mandamiento, no sea posible extraer objetivamente una solución unívoca a la presente situación.

De esa manera, la discrecionalidad tiene como característica la posibilidad de permitir a la autoridad, dentro de los márgenes legales, optar lícitamente entre diferentes soluciones, pero siempre para satisfacer el interés público. En otras palabras, en la discrecionalidad administrativa, la autoridad debe evaluar y elegir, en la subsunción del hecho concreto a la norma, la mejor solución dentro del margen de libertad que le otorga la ley.

Dentro de la línea delimitadora de la conducta permitida, discrecionalmente el legislador prevé en sus reglas de atribución de competencia más de una consecuencia jurídica válida dentro del margen de libertad del agente, quien debe elegir, en un caso concreto dado, la solución más adecuada a la satisfacción del fin dentro de su margen legal de libertad.

La dicha discrecionalidad surge de la libertad concedida por el legislador a la Administración Pública para decidir cuándo y cómo actuar a la luz de su competencia legal, pero no surge de la ausencia de ley, sino de la posibilidad de que la Administración decida dentro de las opciones conferidas por el legislador.

A continuación, profundizarse la definición y análisis de los conceptos de discrecionalidad a la luz de los enseñamientos de los exponentes destacados, con el fin de explicar cabalmente el alcance del término. Esto que es uno de los temas más relevantes del Derecho administrativo, pero no es libre de controversias.

Sobre el significado del tema, preliminarmente, el diccionario de la Real Academia Española, indica: “Dicho de una potestad gubernativa: Que afecta a las funciones de su competencia que no están regladas”.

¿Y en qué consiste el término “discrecionalidad administrativa” del punto de vista de los exponentes, algunos de los principales representantes o comentaristas de esa temática?

La doctrina de Carlos F. Balbín enseña que la discrecionalidad “es la potestad estatal de elegir entre dos o más soluciones igualmente posibles dentro del ordenamiento jurídico. Cualquiera de ellas es entonces jurídicamente plausible, e igualmente razonable” (Balbín, 2007).

A su vez, para el Dr. Pablo O. Gallegos Fedriani la discrecionalidad es la “libertad de elección o de determinación, dentro de los límites de la ley” (Gallegos, 2006).

El Dr. Santiago Muñoz Machado esclarece acerca de la actividad de la Administración y de su poder discrecional que “dentro del marco de la legalidad, entre diversas decisiones, cuando todas las cuales son indiferentes para el ordenamiento y válidas, estamos ante una potestad discrecional” (Muñoz, 2004).

Ante esto, puede decirse que so es posible administrar si hay el margen de libertad para decidir, una vez que hay inúmeras situaciones concretas no previstas en la ley (genérica y abstracta). De esa manera, según Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“la potestad discrecional administrativa puede resultar de una disposición legal expresa que otorgue a la Administración la posibilidad de ejercerla; o de la insuficiencia de la ley para prever todas las situaciones posibles; o, además de otros, de hacer uso de dos de los llamados conceptos indeterminados de la ley (por ejemplo, bien común, urgencia, moralidad pública)”. (Di Pietro, 2012, p.48).

Otro exponente de Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello, enseña que el fenómeno de la discreción puede surgir:

1) de la hipótesis de la norma, cuando define insuficientemente o se omite las razones para la práctica del acto; 2) del dominio de la norma, cuando permite al administrador público adoptar una variedad de conductas; y 3) del objeto de la norma, tal como suele definirse a través de expresiones que contienen conceptos indeterminados y plurisignificativos.” (Bandeira de Mello, 2019, p.19).

Además, la discrecionalidad es clasificada como la libertad de actuación administrativa, dentro de los límites permitidos por la ley; es decir, la ley deja un cierto margen de libertad de decisión frente al caso concreto, de tal forma que la autoridad puede optar por una de varias posibles soluciones, todas, sin embargo, válidas ante la ley.

Delante eso, tenemos que la discrecionalidad es la facultad de elegir, dentro de los límites legales, la mejor opción a seguir por el poder Público frente a una situación concreta, asegurando la autonomía de la Administración Pública para ejercer la función que constitucionalmente le fue garantizada, con la responsabilidad de hacerlo con la observancia de la correcta aplicación del Derecho y del interés público.

Históricamente, en el antiguo Estado de los siglos XVI al XVIII, en Europa, la discrecionalidad aún se consideraba una expresión genuina de la soberanía del monarca. Sin embargo, con el advenimiento de la Revolución Francesa, se instaló una creciente preocupación por la protección de los derechos individuales del ciudadano, especialmente su libertad y su propiedad.

Desde principios del siglo XIX, la producción legislativa de los nuevos parlamentos creados en varios estados europeos y americanos se retiró al Poder Ejecutivo la prerrogativa de promulgar leyes y se sustituye la voluntad del Rey por la voluntad general del pueblo. De la teoría pragmática de la separación de Poderes, comenzaron a imponerse límites a las actividades de los órganos del Estado, todo en defensa de los derechos de los ciudadanos.

A partir de entonces, la tradicional libertad de decisión del Ejecutivo se vio confrontada con la observancia del principio de legalidad. En ese contexto,

es que la discrecionalidad administrativa pasó a ser considerada un mal dentro del Estado de Derecho, que necesitaba regular todo.

Con el pasar de los años, se comprendió que la discrecionalidad sería una necesidad real para que la Administración Pública pudiera actuar con mayor eficacia en la organización de los servicios públicos y en la atención de las múltiples demandas y reivindicaciones de las sociedades modernas.

En ese contexto, se probó que el legislador es incapaz de regular todos los casos posibles por adelantado, los cuales requieren una actuación rápida y eficaz por parte de los agentes de la Administración Pública.

Estas son las razones de la existencia de la discrecionalidad. Siendo así, la ley da al administrador un margen de libertad para establecer la ley en el caso concreto y en esta órbita prevalece la evaluación del agente de la Administración, basada en su libre decisión de acuerdo con las posibilidades legales.

En opinión de Christian Starck, el ejercicio de la discrecionalidad puede entenderse como la "competencia para aplicar el Derecho en los moldes de una fijación finalista anterior" (Starck, 1991, p. 167-171), que obviamente es establecida por el parlamento.

En ese cuadro, las normas jurídicas del actual modelo de Estado (intervencionista) tienen la función de imponer metas, resultados y fines para el propio Estado, sin precisar los medios por los cuales han de lograrse, otorgando a quienes ejercen funciones ejecutivas un amplio margen de discrecionalidad.

Sin embargo, a esa altura es interesante destacar el concepto de "facultad reglada", que se opone al de discrecionalidad. Eso porque significa que el gestor no puede elegir entre dos o más consecuencias jurídicamente posibles, que sean igualmente válidas de acuerdo con las normas, sino que debe limitarse a aplicar una determinada consecuencia precisa y predeterminada por la ley.

A ejemplo de la enseñanza de Santiago Muñoz Machado que indica:

“si los fines a que tiene que dirigirse la actuación administrativa y las decisiones que puede legítimamente adoptar, en su función de servicio a los intereses generales, están predeterminados en la norma, las potestades de la Administración están vinculadas a las previsiones de dicha regulación y se denominan, por ello, regladas”. (Muñoz, 2004)

O sea, la actuación reglada de la Administración se produce cuando no se tiene margen de actuación en una situación determinada, sino que debe ceñirse a una actuación predeterminada establecida por reglamento.

Todos los actos que realiza la Administración son reglados de alguna manera, pues no hay actos administrativos puramente discrecionales.

En el ámbito de la competencia del Estado, los actos deben reglamentarse por la norma, en la medida que ellos no pueden ser discrecionales enteramente. De esa manera, cabe al Estado regular lo que se puede hacer, lo que es permitido o no al gestor.

O sea, por medio de la facultad reglada no hay margen de libertad al administrador, al contrario, la ley establece su actuar.

En verdad, no existen poderes administrativos enteramente discrecionales y ni totalmente reglados. Hay un misto de poderes reglados y discrecionales incidentes en los actos administrativos. Esto está de acuerdo con la teoría de división de los poderes, sino sería todo obra del legislativo, donde él mismo quien tenía los poderes de ejecución y administración por medio del ejecutivo, que no cumpliría libremente su función, sólo aplicaría la ley sin evaluar los hechos, con base en sus criterios subjetivos de conveniencia y oportunidad.

En la actualidad, de acuerdo con la evolución de esa idea de vinculación de los actos administrativos a la legalidad, fue creada la necesidad de respeto a los principios generales de Derecho y no solo a las normas objetivas, así se ha creado la idea de sentido amplio del principio de legalidad, o juridicidad, o sea, se ha fijado la idea del respeto al ordenamiento jurídico como unidad.

Así, extendiendo la noción tradicional de legalidad para a de juridicidad, se ha creado la teoría del llamado “Bloque de Legalidad”, en el que los agentes públicos deben cumplir la Constitución, las leyes ordinarias, las leyes complementarias, las leyes delegadas, las medidas provisionales, los tratados y convenciones internacionales, los actos administrativos, e incluso los principios de derecho.

Además, el actuar de la Administración está reglado por la atribución de poderes por la ley. Lo que significa atribución de límites por el ordenamiento de forma expresa a la actuación del Ejecutivo. Así, el poder solo puede ser otorgado de forma limitada al gestor.

El poder de la Administración que el ordenamiento jurídico le presta puede ser como ya dicho, reglado o discrecional.

Es de naturaleza reglada cuando la Administración aplica directamente la ley al caso concreto, sin hacer juicio valorativo, reduciéndose a una mera verificadora de hechos, para proporcionar la consecuencia jurídica prevista por el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, el poder de naturaleza discrecional posee un espectro largo de margen para la Administración elegir la solución mejor, de acuerdo con su apreciación libre, adelante de los hechos de la vida. Sin embargo, actualmente es tranquilo decir que el poder discrecional tiene que respetar la legalidad, pues no hay espacio al arbitrio, o sea, solo existe la discrecionalidad vinculada a la legalidad, o mejor a la juridicidad como ya ha referenciado anteriormente.

¿Y para qué sirve la potestad discrecional? Sirve para fornecer a la autoridad pública una capacidad de alcanzar los objetivos de las leyes, una vez que el ordenamiento no puede prever todas las situaciones. Luego, el gestor, cuando de la apreciación de las posibilidades que el ordenamiento permite en los casos concretos, puede así seleccionar la opción que mejor sirve al interés público y a la preservación de derechos fundamentales.

Comparando las dos facultades. Tenemos que las regladas se refieren a la aplicación casi automática de la norma; de lo contrario, en las

discrecionales, la actuación es más libre por haber la posibilidad de elecciones por el gestor, de acuerdo con la previsión de las normas.

Actualmente, se puede decir que no hay actos plenamente discrecionales, ellos tienen solo un relativo grado de discrecionalidad. Por eso, hoy es tranquilo admitir el control judicial de los actos discrecionales, antiguamente había un cierto entendimiento que por la naturaleza de esos actos no era posible haber el dicho control.

En el caso del Derecho Administrativo y del régimen jurídico del Derecho público, la realidad de la Administración Pública y su problemática cotidiana hace imposible que se pretenda detallar en las disposiciones normativas todos los aspectos técnicos necesarios para la concreta operacionalización de las figuras jurídicas. Por lo tanto, es imposible proporcionar de manera abstracta y objetiva todos los elementos relacionados con el desempeño de las funciones ejecutivas.

En la mayoría de las situaciones, es fundamental que las normas constitucionales, legales y administrativas den lugar a la libertad de elección del agente público que tendrá sus acciones guiadas por principios consagrados en el ordenamiento jurídico y demás normas supra vigentes.

Por otro lado, en ese contexto, es importante comprender el significado de los conceptos jurídicos indeterminados, que son los conceptos imprecisos establecidos en la norma, nociones vagas, fluidas o imprecisas, y que no tienen un único significado de carácter previo y absoluto, sino que, por el contrario, se sitúan entre una zona gris, cuya certeza conceptual puede abarcar el espectro negativo y positivo, por lo que el intérprete o el aplicador, al subsumir el caso concreto a la norma, debe complementar el concepto de determinación de valores y su vinculación con el ordenamiento jurídico, de acuerdo con sus propias referencias sociales, culturales, sino también de la sociedad sobre el tema.

En este contexto, el ordenamiento jurídico utiliza fórmulas que establecen indirectamente la libertad pública de elección. En determinadas circunstancias esta libertad de la autoridad decisoria se da precisamente por el uso de los dichos conceptos jurídicos indeterminados, que son parte de la

llamada zona de penumbra que puede, en el caso concreto, impedir la definición precisa de sus efectos vinculantes sobre quienes están sujetos a ella.

La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados se ha discutido durante aproximadamente un siglo. Según Forsthoff, los austriacos Ernst Bernatzik y Friedrich Tezner fueron los primeros estudiosos del tema. Estos autores tenían puntos de vista opuestos sobre el asunto, desde entonces el tema ha cobrado gran impulso, especialmente en Alemania (Forsthoff, 1958, p. 138).

Sucede que cuando se trata de la interpretación de normas, se debe tener en cuenta que el aspecto de indeterminación es una característica del lenguaje, no es un vicio o una imperfección de ciertas palabras en el lenguaje.

En este contexto, el concepto jurídico indeterminado es la idea que, además de ser vaga inicialmente, sigue siendo indeterminada después de ser interpretada frente a una realidad.

En estos casos, es posible que, aún después de realizada la actividad hermenéutica a la luz de los principios que forman parte del régimen jurídico administrativo, el concepto tenga varias acepciones frente a una determinada realidad todavía.

Por tanto, el uso de conceptos jurídicos indeterminados puede legitimar un espacio de elección para el agente público competente.

Recordando, la discrecionalidad se encuentra presente cuando, observando todas las delimitaciones adicionales relativas al caso concreto, no es posible identificar objetivamente una solución única para el caso y la Administración tendrá un margen de libertad para elegir entre las diversas soluciones legítimas. Si existen alternativas de libre elección, se reconoce la discrecionalidad.

En caso contrario, si hay una sola acción posible y un solo hecho que da lugar al acto administrativo, hay vinculación. Y esta característica vinculada del acto no cambiará la circunstancia de que se funda en una regla cuyas hipótesis fue descrita mediante el uso de un concepto jurídico indeterminado.

Esto se debe a que el concepto inicialmente vago se determinaba en la realidad específica en la que se aplicaba, vinculando a sus destinatarios.

Una discusión para desarrollar radica en la posibilidad de confusión de entendimiento entre discrecionalidad y arbitrariedad. Discreción es actuar dentro de los límites de la ley. La arbitrariedad es el actuar fuera de los límites de la ley. La discrecionalidad comienza cuando, concluida la actividad hermenéutica, existen alternativas igualmente admitidas ante la ley en cuanto al contenido o razón del acto administrativo.

Por eso se dice que la discrecionalidad es legítima, y representa el resultado de la actividad hermenéutica que produjo opciones para el administrador.

A su vez, la arbitrariedad comienza cuando la actuación administrativa va más allá de las alternativas que consagra el ordenamiento jurídico. Consiste en una conducta ilícita, por estar fuera de los límites del ordenamiento jurídico.

Es importante insistir que, para su actuación discrecional, es necesario que la Administración tenga recibido tal facultad de la norma. Y más, la Administración debe justificar la hipótesis elegida por medio de fundamentos objetivos expresos cuando de la edición de los actos administrativos.

A su vez, existen, en la doctrina, posiciones divergentes en relación la existencia de discrecionalidad en lo que se refiere a los conceptos jurídicos indeterminados. Algunos autores prevén que los conceptos jurídicos indeterminados pueden dar lugar a cierta discrecionalidad, otros autores no menos importantes excluyen esta posibilidad.

Así, aunque tenemos corrientes doctrinales divergentes, se puede tener en cuenta que la discrecionalidad admite una pluralidad de soluciones igualmente justas en las que la decisión se guía por criterios extrajurídicos (conveniencia y oportunidad), debiéndose observar la finalidad de la norma como criterio general de decisión. A su vez, los conceptos vagos admiten sí una unidad de justa solución interpretativa independiente del fenómeno de la discrecionalidad.

Los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser empíricos o de valor, refiriéndose los empíricos a situaciones de la naturaleza y los valorativos

al concepto de valor, el último de los cuales requiere una apreciación del intérprete en términos valorativos, por supuesto los relativos a moral se encuadran en ese tipo.

En España, como enseña Miguel Sánchez Morón, existen corrientes doctrinarias que aceptan que los conceptos jurídicos indeterminados incluyen un margen de apreciación a favor de la Administración Pública, es decir, que los conceptos vagos otorgan discrecionalidad. (Sánchez Morón, 1991).

En Argentina se identifican estudiosos que hace tiempo rechazan la posibilidad de que los conceptos jurídicos indeterminados den lugar a la discrecionalidad, (Gordillo, 1969, p 216). Por otro lado, Domingo Juan Sesín, en artículo aclarador del contenido estudiado, asocia los conceptos jurídicos indeterminados con la discrecionalidad (Domingo Sesín, 2004).

En Brasil, hay estudiosos que no aceptan la tesis de que el tema de los conceptos jurídicos indeterminados es ajeno al tema de la discrecionalidad (Bandeira de Mello, 1993, p. 23). Por otro lado, algunos autores brasileños, no menos importantes, rechazan esta posibilidad (Pires, 2013. p. 201).

De forma más sencilla, a nuestro modo de ver, tenemos que la atribución de potestades por medio de conceptos jurídicos indeterminados no es ilimitada, en la verdad, ella solamente posee una especie de aplicación y abordaje especial, pues, sin duda, los conceptos jurídicos indeterminados tienen un margen interpretativo a ser llenado por el administrador en cada caso concreto, lo que justifica, en cierto modo, su distinción al fenómeno de la discrecionalidad, ya que en la discrecionalidad no hay juicio interpretativo, sino sólo la producción de un juicio de valor realizado por el administrador, que realiza un acto de voluntad al elegir una de las soluciones disponibles al caso.

Hechas estas consideraciones que hacen la diferenciación de la interpretación jurídica de los conceptos jurídicos indeterminados y de la discrecionalidad administrativa, se trata a continuación específicamente del ejercicio de la discrecionalidad en Derecho Administrativo Sancionador.

En ese cuadro de aplicación de sanciones administrativas de naturaleza económica se nota elevado grado intervencionista de la función administrativa, en consecuencia, se debe considerar más restringido sus

posibilidades discrecionales en la norma administrativa, evitándose intervenir en el patrimonio de los agentes de modo gravoso.

El Derecho Administrativo Sancionador, de un modo general y independientemente de la forma conceptual que se utilice (formal o material), trata de sanción ligada conceptualmente a la función administrativa, no hay margen de discrecionalidad para ampliar las posibilidades de aplicación de sanciones, por ser el vértice de la intervención del Estado en la libertad y garantías del administrado.

Por lo tanto, una vez calificada la conducta establecida en la norma, no existe discrecionalidad por parte del administrador para aplicar una sanción diferente de la igualmente prevista. En el Derecho Administrativo Sancionador, la función de juzgar es únicamente interpretativa, debiendo la ley establecer objetivamente, en el ejercicio de la atribución de competencia, la conducta que caracteriza la infracción y la consecuente normativa (sanción). Esa es teoría consagrada en el art. 5, inc. XXXIX, de la Constitución Federal de Brasil, norma que trae el estricto requisito constitucional de que la infracción y la sanción estén previstas en la ley. Así, excluye la posibilidad de que la Administración emita juicios discrecionales para calificar o crear hechos como infracción administrativa, o sobre los cuales se aplicarán las sanciones no previstas por la ley.

Así, norma que regula materias del Derecho Administrativo Sancionador debe guardar compatibilidad con la Constitución Federal, y suele ser considerada inconstitucional cuando atribuya competencia discrecional en la aplicación de sanciones específicas.

Por tanto, como hay un contenido sancionador inherente al acto de aplicación de sanciones administrativas de carácter económico, luego, se deben presentar todas las garantías al administrado.

Debido a todo eso, entendemos que hay un amplio margen de discrecionalidad, que posibilita incluso la no aplicación de sanciones administrativas de carácter económico, exactamente para viabilizar la elección de la alternativa más adecuada prevista en el ordenamiento, alejándose normas infra legales contrarias al que se establecen en las leyes formales.

Por tanto, sobre el ejercicio de la discrecionalidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, específicamente en la aplicación de sanciones administrativas de naturaleza económica, a nuestro sentir, no es adecuado ampliar las posibilidades de aplicación de sanciones por la propia Administración, fuera de los límites legales, a ejemplo de abreviar el proceso de cobro a ser ejecutado por ella mismo.

Según la búsqueda acerca del significado de discrecionalidad *versus* arbitrariedad, lo que sugiere su aplicación dentro de los límites legales, en la jurisprudencia de Argentina, se constató que el máximo Tribunal Federal falló en el caso “Solá, Roberto y otros c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/ empleo público”, que la conducta arbitraria tampoco su omisión del deber de fundamentación se puede confundir con su legítimo actuar basados en sus poderes discrecionales, a ver:

“(…) la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna pudo constituir un justificativo de su conducta arbitraria como tampoco de la omisión de los recaudos que para el dictado de todo acto administrativo exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad **–constituida por la legalidad y la razonabilidad– con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos** de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias, sin que ello implique la violación del principio de división de los poderes que consagra la Constitución Nacional”. (Fallos 320:2509). (Énfasis nuestros).

O sea, es pacífica en la jurisprudencia de Argentina la necesidad de motivación de los actos discrecionales, cuya legitimidad encuentra validez en la legalidad, hasta para que se pueda realizar el control, a partir de los motivos que lo fundamentaron, lo que los convierte en libre de la dicha arbitrariedad, si realizada dentro de los límites legales, alejándose del ámbito del derecho sancionador eventuales sanciones no fundamentadas en la ley.

Capítulo 3. El Pragmatismo y sus efectos en la responsabilidad administrativa de los agentes en Brasil

Se explora en este capítulo los aspectos de análisis acerca de la responsabilidad administrativa de los agentes en el Derecho brasileño, considerando los efectos del pragmatismo en el ordenamiento jurídico brasileño, considerando la reciente actualización de los dispositivos de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño – LINDB, cuyos efectos se ha sentido en la Administración Pública promoviendo cambios en las soluciones y decisiones administrativas.

Ante eso, en líneas generales, se puede definir que el pragmatismo visa sustraer, en el contexto jurídico, cuestiones metafísicas que interfieren en la objetividad para lidiar con problemas difíciles y reflexionar sobre la eficiencia y la promoción del bienestar y desarrollo de la sociedad.

Así, este bloque visa ofrecer, específicamente, subsidios para **revisar la pertinencia de la intervención administrativa, cuando la falta administrativa refiere a “error grosero” o a “culpa grave”, o si resulta más adecuada la intervención de otra instancia, en particular la judicial.**

Volviendo al pragmatismo, su fundamento lo hace diametralmente opuesto al formalismo jurídico, una vez que en el ámbito de esta segunda corriente, a ver:

“(…) no se pregunta qué funciona, pero qué reglas y decisiones formar eslabones en una cadena lógica que apunta a una fuente normativa autorizada (…)” (Posner, 2010, pág. 421).

De esa manera, el pragmatismo impacta al Derecho administrativo justamente en el sentido de ayudar a transponer los retos, los obstáculos, relevantes la Administración Pública.

En ese contexto, es importante resaltar que la Ley nº 13.655, de 25 de abril de 2018, ya señaló en su preámbulo como su objeto la inclusión de disposiciones sobre **seguridad jurídica y eficiencia** en la creación y aplicación

del Derecho público, en verdad con fuerte influencia sobre el Derecho Administrativo, en la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño - LINDB (Decreto Ley nº 4.657 / 42), que trata de la orientación y direccionamiento de la interpretación de las normas en Brasil, indicando así el modo adecuado de aplicación.

O sea, como norma sobre el Derecho, la LINDB guía y disciplina la aplicación y especialmente la interpretación de otras leyes, como las que componen el espectro de regulación de la Administración Pública, involucradas al Derecho Administrativo.

En el proyecto de la dicha ley se justifica la necesidad de una nueva ley **que promueva la calidad del proceso de toma de decisiones legales en materia pública en Brasil**, o sea que mejore el contenido de las decisiones administrativas, destacando que la regulación y aplicación de la ley deben estar sujetas a nuevas metas interpretativas de proceso y de control.

Por eso, en este punto destacamos que, en la redacción de esa ley, se constata una fuerte influencia del pragmatismo norteamericano, principalmente, en lo que toca características como el anti fundacionalismo, consecuencialismo y contextualismo, concepciones filosóficas pragmáticas que permean gran parte de las nuevas disposiciones de la LINDB.

Así, se establece, en el ámbito del Derecho Administrativo, la promoción de una mayor seguridad jurídica para el administrador público, considerando que se prevé la necesidad de evaluación de sus obstáculos y dificultades reales, que se considerarán en la interpretación de las normas, así como en la decisión sobre la regularidad de la conducta.

Cabe mencionar, sobre todo, **que la responsabilidad personal del agente solo se producirá en casos de fraude, error grosero o culpa grave.** Tal previsión parece querer valorar al agente honesto, protegiendo de los excesos de los Órganos de Control.

La intención de la ley, a nuestro juicio, es promover una actuación más innovadora y creativa por parte de las autoridades y agentes de la Administración, buscando mitigar la gestión mecánica, otorgando, así, un

mayor grado de libertad para el agente público. **Lo que nos permite decir ser una influencia del pragmatismo en su contenido.**

Sin embargo, se pregunta: ¿esa responsabilidad (cuando la falta refiere a “error grosero” o a “culpa grave”) puede ser apurada por medio de la intervención administrativa?

A ver la respuesta más adelante, después de desarrollar sobre algunos de los marcos teóricos y fundamentos relacionados de alguna manera al tema.

De ese modo, urge destacar aun, en este punto, breves consideraciones sobre el pragmatismo jurídico y sus efectos al funcionamiento de la Administración Pública, por su contenido filosófico incorporado en los dispositivos de la LINDB.

El pragmatismo jurídico apareció en Estados Unidos, a mediados del siglo XIX, como una corriente de pensamiento, desarrollada y difundida también a principios del siglo XX. Años después se presentaron ideas básicas sobre lo que se llamó “filosofía experimental”, basadas en severas críticas al predominio de la teoría aislada y el pensamiento abstracto disociado de la práctica, hasta que el pragmatismo se convierte en la forma de una teoría sistematizada, cuyo núcleo común es basado en las dichas tres ideas filosóficas principales.

Actualmente, uno de los autores más conocidos del pragmatismo jurídico, el juez estadounidense Richard Posner, defiende que el pragmatismo no es solo una mera aplicación filosófica del Derecho y que los componentes de su núcleo común son aplicables concretamente a ver a continuación. (POSNER, 2003)

Así, el anti fundacionalismo sería el rechazo de cualquier criterio o fundamento último, estático y definitivo de cualquier teoría o argumento. Hay un rechazo a la idea de certeza y de los conceptos tradicionales de verdad y realidad.

El contextualismo enfatiza el papel de la experiencia humana, con sus creencias y tradiciones. Como método esencialmente experimental, el pragmatismo trabaja con énfasis en los hechos.

Finalmente, el consecuencialismo, que establece que es necesario considerar las consecuencias prácticas antes de la toma de decisiones, pues se trata de mirar al futuro y no al pasado.

En este sentido, las disposiciones incluidas en la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño (LINDB) incorporaron el pragmatismo al Derecho positivo, ya que crearon balizas de aplicación e interpretación orientadas de acuerdo con las dichas tres corrientes filosóficas.

Sin embargo, se puede observar que esos ejes filosóficos, con más profundidad, se incorporaron al Derecho Administrativo, pues esas disposiciones impactan directamente las decisiones en el ámbito administrativo.

Además, la necesidad de aplicar las filosofías pragmáticas antes mencionadas no significa una novedad en la interpretación de las normas, pues, en la actualidad, son recurrentes las fuertes críticas a la disociación entre la norma y el contexto de los hechos, así como a los argumentos plagados de abstracción o del uso indiscriminado de los principios.

Como ya lo mencionó Carlos Ari Sundfeld, existe un ambiente de gelatina general en el Derecho público brasileño, en el que principios vagos pueden justificar cualquier decisión (Sundfeld, 1992).

En su artículo nominado: "*La relectura del Derecho Administrativo a la luz del pragmatismo jurídico*", Rafael Carvalho Rezende Oliveira criticó la metafísica tradicional y el normativismo para acercar derecho y realidad, valorando el contexto y las consecuencias de la interpretación jurídica. Sobre su óptica, en Brasil, el pragmatismo puede servir como instrumento para desmitificar dogmas del Derecho administrativo que deben ser actualizados para el nuevo contexto social, económico y jurídico. En ese sentido, sobre la necesaria conciliación entre interpretación jurídica y pragmatismo, afirmó que:

“la ley no se puede desvincular de los hechos. Las disposiciones genéricas y abstractas deben adecuarse a la realidad con el objetivo de garantizar la justicia y la equidad”.
(Oliveira, 2011, pp. 129-163).

O sea, la interpretación de la ley debe sustentarse en el contexto de los hechos. Así, el texto legal es el punto de partida para la interpretación y

aplicación de normas legales que deben complementarse con la realidad. El significado real de las palabras contenidas en los textos normativos depende de su uso por la sociedad en un momento histórico determinado, lo que impide abstracciones definitivas e inmutables. Esto significa que la interpretación jurídica está contextualizada, es decir, el significado de la norma depende del respectivo contexto histórico, social, económico y político en que se inserta.

La actividad interpretativa se liga con el pragmatismo, sobre todo por la necesidad de crear la norma a partir del texto de la ley, con la consecuente apreciación del contexto y de las consecuencias de la interpretación.

Es interesante mencionar que el pragmatismo ya ha sido utilizado por el poder judicial brasileño. Hay muchas decisiones del Tribunal Supremo Federal (STF) que han evaluado las consecuencias prácticas de sus decisiones. Como ejemplo, se puede citar, entre otros, la Acción Directa de Inconstitucionalidad No. 2.240, que tenía como objeto la Ley No. 7.619, del Estado de Bahía, mediante la cual se creó la Municipalidad de Luís Eduardo Magalhães.

La ley en cuestión fue promulgada en el año 2000, luego de, por tanto, la reforma introducida en el artículo 18, § 4º de la Constitución de la República por Enmienda nº 15, de 12 de septiembre de 1996, que estableció que la creación, incorporación, fusión y desmembramiento de Municipios, se hará por ley estatal, dentro del plazo que determine la Ley Federal Complementaria, y dependerá de la consulta previa, mediante plebiscito, a las poblaciones de los Municipios involucrados, previa difusión de Estudios de Viabilidad Municipal, presentados y publicados de conformidad con la ley.

La sentencia del caso en cuestión tuvo lugar entre el 18/05/2006 y el 09/05/2007, es decir, sólo se concluyó siete años después de la creación del municipio.

En la ocasión, el ministro relator manifestó que las situaciones fácticas derivadas de la creación del municipio, si bien se debió a la ley inconstitucional, no podían ser ignoradas, por lo que solo quedaba el Supremo Tribunal Federal reconocer y aceptar la fuerza normativa de los hechos.

Al decidir de esta manera, reconociendo la fuerza normativa de los hechos y ponderando las consecuencias de declarar la nulidad de la ley, el Supremo Tribunal de Brasil tomó en consideración no solo cuestiones de seguridad jurídica (que orientan todo el espíritu de alteración de la ley, la LINDB), pero también, principalmente, las consecuencias prácticas de la decisión.

Ese es requisito contenido en el artículo 20, introducido por la Ley nº 13.655/2018, que **prevé no se decidirá - en los ámbitos administrativo, fiscalizador y judicial - con base en valores jurídicos abstractos sin considerar las consecuencias prácticas de la decisión.**

Finalmente, se puede decir que la perspectiva del pragmatismo jurídico como ciencia viva del Derecho significa entenderlo a partir de una instancia dinámica de observación; buscar el Derecho en movimiento, en evolución.

Toda la ilustración anterior sólo pretende dejar en claro que, por consecuencia del pragmatismo constante en la LINDB, **la actividad administrativa, especialmente el control, con respecto a esa actividad de responsabilizar sus agentes, en el contexto de aplicación de sanciones administrativas de carácter económico, como puede verse, se rige por sofisticadas reglas. Son procedimientos de los cuales están informados por normas que, en resumen, exigen un conocimiento técnico jurídico depurado para construir una decisión adecuada a los mandatos del ordenamiento jurídico nacional.**

Hasta ahora se puede ver que la tarea de responsabilizar a los agentes no es sencilla, si fuera observada las disposiciones jurídicas necesarias.

Eso suscita la duda si las autoridades administrativas estarían preparadas para el ejercicio adecuado de las facultades sancionatorias de carácter económico sobre sus agentes de acuerdo las actuales disposiciones de base pragmáticas.

Así, esa duda planteada está ligada a la pregunta hecha antes, acerca de la pertinencia de la intervención administrativa cuando la falta refiere a “error grosero” o a “culpa grave” o si resulta más adecuada la intervención de otra

instancia. O sea, **¿cuándo la falta refiere a “error grosero” o a “culpa grave”**, es pertinente la intervención administrativa?

Antes de responder esta pregunta, es prudente hacer algunas reflexiones más, considerando la voluntad de la ley, LINDB, de acuerdo con sus valores (pragmáticos), que establece la necesidad de interpretar los hechos y de considerarse los obstáculos y dificultades reales del administrador y las exigencias de las políticas públicas bajo su responsabilidad, sin perjuicio de los derechos de los administrados.

Así, según Jordão, en el texto de la LINDB, en el art. 22, se consagra la primacía de la realidad y, en este contexto, también la contextualización, que reproduce una conexión íntima con el gestor público y sus dificultades. En cuanto a los obstáculos y dificultades que enfrenta el gestor público, sus decisiones deben presentarse debidamente motivadas, aclarando sus razones. En este sentido, como bien explica el citado autor:

"El gerente público debe presentar a la sociedad y a los controladores el contexto en el que tomó su decisión, incluso en lo que respecta a la presentación de las alternativas que estaban a su disposición y las razones de las opciones tomadas, en la forma, también, de el único párrafo del art. 20. Sería beneficioso para la madurez de nuestro Derecho Público, que el gerente aclare las dudas que tenía, con el propósito de contextualizar la sociedad y los controladores en los dilemas reales que rodean su desempeño y sus elecciones". (Jordão, 2018, pp. 63–92).

Asimismo, al determinar que las normas de gestión pública deben ser interpretadas teniendo en cuenta los obstáculos y dificultades reales del administrador y los requerimientos de política pública bajo su responsabilidad, el dispositivo establece también una obligación para la autoridad administrativa, que, en la su actividad de control interno de su gestión, también deberá evaluar las alternativas eventualmente existentes al momento de la elaboración del procedimiento de aplicación de sanciones administrativas de carácter económico sobre sus agentes, fundamentando su decisión.

A su vez, la actual redacción del artículo 28 de la LINDB, con matriz pragmática, promueve el desarrollo de una gestión innovadora, pues contiene una idea de protección para el gestor innovador, cuya actuación de hecho sea más innovadora y creativa, que, en caso de cometer un error, pero sin dolo, no debe ser punido. Es decir, solo en caso de dolo, o error grosero, o culpa grave responderá personalmente por sus decisiones u opiniones técnicas.

Para este estudio es posible presentar la definición de lo que sería un error (grosero) a juicio del Tribunal de Cuentas de la Unión- TCU, órgano de Control Externo de Brasil, cuyas disposiciones suelen ser paradigmas para la Gestión de modo general en Brasil, al que consideró como uno de sus parámetros la definición de error grosero, uno cuyo administrador promedio no practicaría.

Así, en artículo interesante de utilidad práctica, Juliana Bonacorsi Palma, al analizar 133 decisiones del TCU, nos brinda con la comprensión de ese Tribunal de Cuentas de lo que sería el **administrador medio**, de acuerdo con el resultado de su investigación, sintetiza que:

“el administrador medio es, ante todo, un sujeto leal, cauteloso y diligente (Ac. 1781/2017; Ac. 243/2010; Ac. 3288/2011). Su conducta es siempre razonable e irrepreensible, guiada por un sentido común que extrae su verdadero significado teleológico de las normas (Ac. 3493/2010; Ac. 117/2010). En cuanto al grado de conocimientos técnicos exigidos, el TCU duda. Por un lado, debe conocer las prácticas consuetudinarias y consolidadas, dominando con maestría los instrumentos jurídicos (Ac. 2151/2013; Ac. 1659/2017). Por otra parte, exige al administrador medio los conceptos básicos fundamentales, no requiriéndole examinar detalles de proyectos de ajustes o acuerdos administrativos que se presenten para su aprobación, por ejemplo (Ac. 4424/2018; Ac. 3241/2013; Ac. 3170/2013; 740/2013) No deja de verificar la regularidad de los pagos bajo su responsabilidad (Ac. 4636/2012), no viola la determinación de TCU y no se involucra

personalmente en irregularidades administrativas (Ac. 2139/2010)". (Palma, 2018)

Existe entonces, como se puede observar, una cierta inseguridad sobre qué puede o no clasificarse bajo el concepto de "administrador medio" y, por consecuencia, qué puede o no dar lugar a la necesidad de responsabilizar al agente.

Este escenario es contrario a lo que implementó la nueva LINDB, ya que establece la necesidad de que la falta cometida sea intencionada o grave, en los términos de su artículo 28.

Solo hay que complementar que el artículo 28 admite el **falibilismo** del gestor público, es decir, el gestor o agente público también se equivoca. Cuál es una característica humana natural.

Así, como no puede ser diferente, en una administración realista y eficiente, la innovación es una característica destacable, con el experimentalismo presente y, ante esto, la ocurrencia de errores es inevitable, y solo es posible mitigarlos, a partir de un estudio y gestión de riesgos efectiva de los procesos de la gestión organizacional.

En ese contexto actual de comprensión del funcionamiento de la Administración, es posible admitir un error como razonable cuando de la evaluación de aplicación de sanciones administrativas de carácter económico sobre sus agentes, es sin duda un desafío que se ha afrontado la dirección (las autoridades) de los órganos públicos, dado que la ley tiene como propósito brindar soluciones innovadoras a los problemas de gestión actuales, para que las mismas instituciones puedan lograr sus objetivos y propósitos públicos establecidos.

A su vez, a respeto del erro grosero en cuanto el contenido del artículo 28, se puede citar como ejemplo clásico en la doctrina, la elaboración de una opinión sobre un problema contemporáneo establecido en base a una ley derogada.

Luego, el concepto de "error grosero", la entrada en vigor de la Ley hubo una cierta evolución en el entendimiento del TCU, con énfasis en el Decisión nº 1628/2018 - Relator Min. Benjamin Zymler, en la que se utilizó en el

previsto en el artículo 28, para dejar de responsabilizar a un servidor en el caso. En el caso, el TCU examinó la legalidad de la gestión de los recursos financieros del Sistema Único de Salud de Brasil (SUS) que utiliza el municipio en la contratación de servicios.

En el caso analizado por el TCU, gran parte de la contratación se debió a no realización de licitación y se encontró que los empleados municipales eran socios de las empresas contratadas. Ocurre que las empresas prestaron servicios al hospital desde 2012, lo que fue decisivo para que la ministra llegara a la conclusión de que el servidor habría sido engañado. Pero, la fundamentación más importante fue a de que “el administrador actuó de acuerdo con la práctica comúnmente adoptada en el municipio”, incorporando los conceptos pragmáticos de la ley para no responsabilizar, bajo la conclusión que el erro no fue grosero, aunque que el error esté configurado.

Los siguientes son extractos de la decisión:

(...) Entiendo, por tanto, que el pregonero (servidor responsable por el procedimiento de licitación) se engañó al asumir la presunción de que las empresas estarían en una situación regular por el hecho de que ya estaban prestando servicios al hospital. Otro hecho que funciona a favor de los responsables es la ausencia de un dictamen legal o manifestación del Tribunal de Cuentas del Estado sobre el correcto procedimiento que debe adoptarse. Es decir, lo que se verifica es que el administrador actuó de acuerdo con la práctica comúnmente adoptada en el municipio, y correspondería a las autoridades superiores revisar esta metodología para adecuarla al entendimiento de este Tribunal de Cuentas.

40. Por tanto, aunque que el error esté configurado, no veo suficiente desaprobación en la conducta del pregonero para justificar la aplicación de la sanción. "Art. 28. El agente público responderá personalmente de sus decisiones u opiniones técnicas en caso de dolo o error grave". (Ac

1628/2018 - Pleno del Tribunal Federal de Cuentas - Ponente Min. Benjamin Zymler).

Sin embargo, como manifestación de un mayor avance aun en la observancia de la LINDB, en la jurisprudencia del TCU cabe mencionar la **Decisión 2391**, de fecha 17.10.18, - Relator Min. Benjamin Zymler. Dicho juicio trajo parámetros para la configuración del error grosero, así como exploró el tema de la responsabilidad de los agentes públicos:

81. De acuerdo con los arts. 22 y 28 de LINB, recientemente introducido por la citada norma: (...)

82. Dicho esto, es necesario conceptualizar lo que resulta ser un grave error para el ejercicio de la potestad sancionadora de este Tribunal de Cuentas. Según el art. 138 del Código Civil, el error, sin ningún tipo de calificación en cuanto a su gravedad, es el “que podría ser percibido por una persona de normal diligencia, ante las circunstancias del negocio” (énfasis agregado). Si es sustancial, en los términos del art. 139, anula el negocio legal. Si no es así, se puede validar.

83. Tomando como base este parámetro, el error leve es el que solo sería percibido y, por tanto, evitado por una persona de extraordinaria diligencia, es decir, con un grado de atención por encima de lo normal, considerando las circunstancias del negocio. El grave error, a su vez, es lo que podría percibir una persona con una diligencia por debajo del estándar, es decir, que sería evitado por una persona con un nivel de atención por debajo de lo ordinario, considerando las circunstancias del negocio. En otras palabras, el grave error es el que resultó de un incumplimiento grave de un deber de cuidado, es decir, que se practicó con grave culpa.

El referido fallo del TCU, se elaboró con un elogiado contenido didáctico, tanto que contiene una tabla sobre la gradación del error, a ver:

Graduación del error	Persona que podría percibir el error	Efecto sobre la validez del negocio legal (si es sustancial)
Error grosero	con diligencia inferior a la normal	Anulable
Error (sin calificación)	Con diligencia normal	Anulable
Ligero error	Con extraordinaria diligencia - por encima de lo normal	No anulable

Lo ideal hubiera sido que la ley tuviese traído mandamientos más objetivos con respecto con la definición de error grosero, como hipótesis en las que la ocurrencia de tal error quedaría completamente excluida, como una decisión u opinión basada en jurisprudencia o doctrina, aunque no pacificado, en orientación general o, aún, en interpretación razonable, aunque no sea posteriormente aceptado por órganos de control o judiciales. Como estaba previsto en su proyecto inicial, pero que fue vetado.

Otras decisiones siguieron a lo anterior, reforzando la posición del TCU en los parámetros utilizados para la aplicación de la sanción. El entendimiento jurisprudencial del Tribunal de Cuentas, como lo demuestran las siguientes declaraciones de su jurisprudencia seleccionada, refuerza la orientación anterior. A ver:

La conducta culposa del responsable que escapa a la referencia del “administrador medio” que utiliza el TCU para valorar la razonabilidad de los actos sometidos a su valoración caracteriza el “grave error” a que se refiere el art. 28 del Decreto Ley 4.657/1942 (Ley de Introducción a las Normas del

Derecho Brasileño), incluido por la Ley 13.655 / 2018. (Sentencia 1.628 / 2018 - Pleno, Ponente: BENJAMIN ZYMLER);

El grave error al que se refiere el art. 28 del Decreto Ley 4.657 / 1942 (Ley de Introducción a las Reglas de la Ley Brasileña), incluido por la Ley 13.655 / 2018, se configura cuando la conducta del agente público se aleja de lo que se esperaría del administrador medio, evaluado en el caso específico. (Sentencia 2.860 / 2018 - Pleno, Relator: AUGUSTO SHERMAN);

A los efectos del ejercicio de la potestad sancionadora del TCU, un error grave es el que resultó de una falta grave de observancia del deber de diligencia, es decir, que se practicó con culpa grave. (Sentencia 2.391 / 2018-Plenaria, Ponente: BENJAMIN ZYMLER y Sentencia 2.924 / 2018-Plenaria, Ponente: JOSÉ MUCIO MONTEIRO);

A los efectos de la rendición de cuentas ante el TCU, un error grave es aquel que puede ser percibido por una persona con una diligencia deficiente o que puede ser evitado por una persona con un nivel de atención por debajo de lo normal, como resultado de una falta grave de observación, un incumplimiento del deber de cuidado. (Sentencia 3.327 / 2019-Sala Primera, Ponente: VITAL DO RÊGO);

O sea, reforzando la posición del TCU en los parámetros utilizados para la aplicación de la sanción, se consagra su entendimiento jurisprudencial en el sentido de considerar un grave error derivado de un incumplimiento grave del deber de diligencia, es decir, que se practicó con culpa grave (Sentencias 2.391 / 2018-TCU-Pleno, Ponente: Min. Benjamin Zymler, 2.924 / 2018-TCU-Pleno, Ponente Min. José Mucio Monteiro, 11.762 / 2018-TCU-Sala 2, Ponente: Min. Marcos Bemquerer, y 957, 1.264 / 2019 y 1.689 / 2019). (Ac 1941/2019 - Pleno - Ponente Min. Augusto Nardes, de 21 de agosto de 19).

Adviértase que el análisis de los precedentes del TCU es importante para evaluarse la pertinencia de la intervención administrativa cuando la falta refiere a “error grosero” o a “culpa grave”, en el ámbito de la determinación de la aplicación de sanciones administrativas de carácter económico sobre sus agentes.

Por todo eso, en nuestra opinión, no hay pertinencia de la intervención administrativa para responsabilizar al agente, **cuando la falta refiere a “error grosero” o a “culpa grave”**, sobre todo porque se trata de evaluación de naturaleza abstracta donde hay la necesidad de ponderación de muchos aspectos técnicos de la ciencia jurídica de modo profundizado sobre la presencia de la culpa grave o grado del error, no siendo suficiente y adecuado la mera subsunción (a un dispositivo de una Ordenanza), alejándose al formalismo jurídico. Ya que, por el contrario, es algo detallado y sofisticado para obtenerse una decisión administrativa, necesitándose de ponderación incluso acerca de los derechos fundamentales y de los principios como proporcionalidad. Por eso, sería más interesante ser realizada por otra instancia, a ejemplo de la judicial, pues tendría más condiciones de juzgar adecuadamente a los dictámenes de la ley.

Finalmente, en síntesis de este capítulo, se regresa a la filosofía del pragmatismo, que fue la base de actualización de la LINDB, lo que permitió establecer la solución arriba, pues solo es posible debido a los términos pragmáticos que la estructuran (fundamentos filosóficos comprometidos con los resultados y efectos concretos en el ámbito de la Administración, buscando imprimir una actuación innovadora y efectiva) que se ha incorporado a la LINDB, lo que impacta directamente en el modo de interpretación de las normas administrativas y su consecuente aplicación, por los gestores, que recibieron una mayor responsabilidad en lo que toca la interpretación de las normas administrativas aliñada con los dichos fines.

Sino también se puede concluir que el pragmatismo favorece a efectividad de principios como la proporcionalidad, que significa, como enseña la doctrina argentina, “actuar de acuerdo con la razón, justo, moderado y prudente”, (Alonso Regueira, 2013, p. 381), lo cual establece que los medios utilizados por la Administración sean adecuados a los fines perseguidos por la

norma, evitándose la intervención administrativa para responsabilizar el agente, a través de su evaluación con respecto a la falta que refiere a “error grosero” o a “culpa grave”.

CAPÍTULO 4. La discrecionalidad de las facultades sancionatorias de carácter pecuniario del Ejército brasileño sobre sus agentes

En ese capítulo, considerando el específico problema estudiado (la previsión de la Ordenanza No. 1324, del Comandante del Ejército, de octubre 4, de 2017, en su Art 20, inc. I, a respeto del descuento directamente sobre el sueldo de los militares, por orden de la propia autoridad administrativa militar), se buscó presentar la explicación de cómo puede ocurrir el dicho descuento en la nómina de la persona interesada (civil o militar) directamente por determinación de la autoridad militar, al tiempo que se buscó analizar conceptualmente la referida Ordenanza Nro.1324/2017 para determinar sus estándares de aplicación y relevar casos de su aplicación y de no aplicación, identificando los argumentos aportados por la autoridad administrativa decisora. Además, se buscó relevar si hay eventual generalización de la práctica de aplicación de sanciones administrativas de carácter económico sin control judicial.

Así, en este capítulo se explora hechos recurrentes en la vida cotidiana de la Administración Militar, desde el acto del agente público que genera el daño, hasta el trámite administrativo que, al final, la autoridad determina insertar el descuento en el sueldo de los responsables. Lo que es reglado por el Derecho Administrativo Sancionador aplicable de acuerdo con la Ordenanza 1324/2017.

4.1 Estándares y casos de aplicación de la Ordenanza No. 1324, del comandante del Ejército, de 4 de octubre, de 2017

La referida Ordenanza 1324, de 4 de octubre de 2017, del comandante del Ejército Brasileño, como se ha afirmado, regula, en especial de más interés a este estudio, el procedimiento para realizar el descuento directamente sobre el sueldo del militar, por orden de la autoridad a quién estuviera subordinado la persona alcanzada por la orden de descuento.

Así, en concreto, en su inciso I, del art. 20, establece que independientemente del reconocimiento de la deuda, la autoridad determinará el descuento en el sueldo del responsable.

En ese contexto, los casos que se presentan involucrando posibles daños que pueden dar lugar al procedimiento de descuento coercitivo en el sueldo militar son los más variados.

Es decir, los hechos que generan descuentos en los sueldos militares, según lo que determine la autoridad militar que tiene esa obligación legal, como es el Ordenador de Gastos de las Unidades del Comando del Ejército, pueden surgir de varias situaciones.

Así, es posible presentar ejemplos que ilustren casos potenciales de aplicación de la disposición de descontar el sueldo por orden directa de la autoridad militar, según su propia decisión.

Esas situaciones que implican la necesidad de reembolso a la tesorería de la Gestión Militar se pueden identificar en cuatro grandes grupos, a saber: casos que implican problemas en la gestión de licitaciones y contratos; casos que involucran problemas en la gestión de pagos del personal; casos que involucren problemas de falta de control o daños a los materiales en general; y casos relacionados con problemas de incumplimiento de ingresos.

De esa manera, los actos administrativos, por ejemplo, desde la fase de planificación de los procedimientos de licitación hasta la fase final de ejecución contractual que eventualmente den lugar a irregularidades y/o provoquen daños a la tesorería, o sea, cuyo defecto está relacionado con el daño causado pueden llevar a la instauración de procedimientos administrativos para apuración.

Por esto hecho, la culpabilidad del agente al dictar el acto puede ser apurada mediante un procedimiento de investigación, ofreciendo contradictorio y amplia defensa a los militares, cuya solución puede imponer valor para el reembolso por parte de los militares. Además, la autoridad, en caso de no reconocimiento de la deuda por los militares alcanzados, puede incluir el descuento del valor calculado en el cheque de pago del militar o responsable.

Otros ejemplos de situaciones que pueden dar lugar a reembolso, relacionadas con activos (materiales) no controlados o daños a activos y materiales en general, podemos mencionar: material registrado en los sistemas de control corporativo en desacuerdo con lo que realmente existe, lo que puede significar pérdida de materiales diversos; en general, daños a vehículos de transporte terrestre, acuático o aéreo; daños a las instalaciones, daños a los bienes inmuebles y otros.

A su vez, casos de incumplimiento de ingresos varios, por ejemplo: no recepción de montos por cesión de uso, o permiso de uso de instalaciones militares; falta de recaudación de fondos de los hoteles de tránsito y similares.

Existen otras irregularidades en el Gasto Público, que pueden ocasionar daños a la tesorería, por ejemplo: inversión en la etapa de gasto; irregularidades en la ejecución del suministro de fondos; irregularidades en el pago de viáticos, dietas, transporte o pasaje; mal uso de propósito en la aplicación de recursos; y omisión en la rendición de cuentas.

Oportunamente, es necesario aclarar que se denomina etapas del gasto público en Brasil, según la Ley nº 4.320/1964, la ejecución del gasto público presupuestario que pasa por tres etapas: compromiso, liquidación y pago. Estas etapas deben ser obedecidas por el administrador/autoridad. El incumplimiento de esta regla a menudo puede resultar en daños a la tesorería.

A su vez, el suministro de fondos es una forma excepcional de incurrir en gastos, que consiste en el anticipo de numerario (dinero) otorgado a un agente, a discreción y bajo la responsabilidad del Ordenador de Gastos, con un plazo determinado de solicitud y comprobante de gastos. Está previsto en los artículos 68 y 69 de la Ley N ° 4.320/1964 y debe utilizarse para gastos que no puedan esperar el tiempo necesario para el ciclo normal del gasto público, precedido de licitación, de acuerdo con la Ley de Licitaciones. Se utiliza para dar una respuesta rápida para satisfacer una necesidad pública. Así, es una autorización para la ejecución presupuestaria y financiera en forma diferente a la normal, utilizando como medio de pago la Tarjeta de Pago del Gobierno Federal, siempre precedida de un compromiso con la asignación presupuestaria específica, con la finalidad de incurrir en gastos que, por su excepcionalidad, no pueden subordinarse al proceso normal de solicitud.

Otros problemas que pueden ocurrir en la vida diaria de la Administración Militar, que pueden causar daños a la tesorería, son los relacionados con irregularidades en el pago de transporte o pasajes.

Hay circunstancias como el desplazamiento para cumplir misiones y el movimiento para servir en otro lugar del país, que son hechos generadores de derechos remuneratorios a los militares, los cuales son instrumentalizados a través de actos administrativos, que pueden contener los más variados errores, como meros errores de cálculos y, como resultado, pueden generar pagos indebidos a los militares y obvios daños a la tesorería.

Además, como es propio de la Administración pública, los detalles de la ejecución presupuestaria y financiera están previstos en la ley, y el propósito de la aplicación del recurso también está contenido en la norma. Así, la ejecución presupuestaria se planifica para lograr una meta específica marcada en una determinada política pública, es decir, existe una definición en la ley presupuestaria de una determinada cantidad de recursos para cumplir con un fin público específico.

Ocurre que no es infrecuente que la aplicación de recursos se desvíe del propósito de la ley, es decir, la contratación o adquisición de partidas distintas a las previstas en la ley de presupuesto. Esto ocurre por varias razones, ya sea por un error en la interpretación de la norma o por la aplicación del recurso en bienes y servicios que solo indirectamente sirven al propósito. Este hecho, según el caso, puede entenderse también como un daño.

La omisión en la rendición de cuentas sea por mero error en la técnica de su elaboración, también puede entenderse como un hecho que ocasiona perjuicios a la tesorería.

Y finalmente, pero de gran importancia, hay una grande cantidad de casos de pagamentos indebidos a los militares o a sus pensionados motivados por errores operativos, los cuales representan un problema delicado porque se involucran situaciones sensibles, cuyos efectos prácticos y jurídicos pueden ser de compleja resolución.

De esta manera, visto anteriormente algunas situaciones que pueden generar perjuicios a la tesorería, a continuación, describimos cómo se da el

trámite administrativo interno, en el ámbito de la Unidad de Gestión, para la aplicación del reintegro de valores, culminando con el descuento directo en el sueldo de los militares.

En los casos u ocurrencia de hechos en los que exista evidencia de daño a la tesorería, la máxima autoridad de la Organización Militar ordena el inicio de un procedimiento de investigación administrativa, con el fin de conocer los hechos, identificar a los responsables, cuantificar el daño y obtener reembolso.

Por tanto, al final de un procedimiento, ofreciendo una defensa amplia y el contradictorio, cuya duración inicial se prevé que sea de 30 (treinta) días, prorrogables hasta por 20 (veinte) días, pudiendo estar sujeta a prórrogas sucesivas de veinte días, siempre que se circunstanCIAS que así lo recomienden, tales como fuerza mayor, situación de complejidad o dificultad extrema, todos ellos relacionados con el hecho investigado. Cabe decir, una vez vencido el trámite, dentro del plazo mencionado anteriormente, si la solución de la investigación concluye que hubo daño y que hay un responsable identificado, en términos generales, corresponde a la autoridad militar, dentro del plazo estipulado, cobrar el monto establecido, a través de la Guía de Cobro de la Unión.

Si no se produce el pago del monto establecido, independientemente del reconocimiento de la deuda, de acuerdo con la Ordenanza 1324/2017, en el inciso I, del art. 20, la autoridad determinará el descuento en el sueldo de la persona alcanzada.

Este acto es objeto de estudio de la presente investigación, en lo que toca a la discrecionalidad administrativa en la aplicación de esta norma administrativa de la Fuerza Terrestre Brasileña.

Se podría puntuar la duda sobre la obligatoriedad o no de esta medida, por parte de la autoridad. Ocurre que la ordenanza no deja lugar a dudas al respecto, pues establece claramente que solo no es posible implementar un descuento por el alto valor, o por la falta de margen consignable en las nominas de los militares, o cualquier otro motivo que haga imposible el

descuento, solo entonces, se deberán hacer arreglos para la inscripción en la deuda activa y, observando la legislación en los casos previstos.

Y, aún así, es claro que, si el descuento no se puede realizar en una sola cuota, la autoridad podrá otorgar la cuota, descontada en los vencimientos, estableciendo el monto de la cuota con el número mínimo y límite máximo de cuotas.

Ante esto, parece que es un deber del administrador, de la autoridad, cobrar la deuda establecida en la investigación, que fue instituida por esa misma autoridad, determinando la aplicación de sanción administrativa de carácter económico sobre su agente.

Tal escenario permite imaginar o preguntar lo siguiente: ¿si la autoridad, a través de un ejercicio hermenéutico, no ejecuta el descuento directo en el sueldo de la persona alcanzada, y elige otra línea de acción, como, por ejemplo, reenviar la deuda para su inscripción en Deuda Activa de la Unión, se le puede responsabilizar por ello?

Pues bien, antes de la contesta, destacase que la ordenanza informa detalladamente las acciones a desarrollar por la autoridad, sin dejar lugar a dudas (del punto de vista literal por lo menos) sobre la necesidad de descuento directamente. A su vez, dicta sobre la ejecución de la inscripción en deuda activa solo en casos de imposibilidad de implantación en el sueldo, lo que refuerza la idea de obligatoriedad.

Es decir, partiendo de la literalidad de la norma, la respuesta es que no cabe duda en el trámite a realizar por la autoridad militar, en el sentido de tener que implantar obligatoriamente el descuento en el sueldo de la persona alcanzada, con la finalidad de reembolso, una vez cumplido el rito previsto de instituir una investigación, verificación, conclusión y solución, indicando, al final, el responsable.

Como puede observarse, una vez iniciado el procedimiento de investigación administrativa, constatado y comprobado que una determinada persona (sea natural, civil o militar; o jurídica), fue responsable por un determinado daño, debidamente cuantificado, corresponde a la autoridad firmar plazo para el reconocimiento de la Deuda.

En este punto (del reconocimiento de la deuda) es oportuno se realizar una ponderación, la mayoría de los casos de recibimiento indebido de valores de salarios, los militares que son señalados como responsables de la devolución de esos montos, al recibir la notificación de pago de la deuda, acompañada del mencionado plazo de reconocimiento de deuda, realizan este reconocimiento sin resistir el reclamo de la administración.

Naturalmente, esto ocurre sin mayor resistencia, a nuestro juicio, por un verdadero temor reverencial del supuesto responsable, o, en cierta medida, por la vergüenza que la situación le ocasiona al responsable o puede causar, siendo la alternativa menos traumática para él, aceptando la inclusión del descuento, mediante reconocimiento de deuda.

Sin embargo, uno de los focos de análisis del problema de esta investigación para su solución y confirmación de hipótesis de ese trabajo, está en la conclusión acerca de la adecuación del descuento directo en el sueldo del militar, por orden de la autoridad militar, considerando los aspectos legales y constitucionales a las posibilidades discrecionales del Ejército.

Cabe mencionar que la aplicación del descuento también es aplicable a los funcionarios civiles en activo, jubilados o pensionados del Comando del Ejército, según la Ordenanza 1324/2017.

Además, la ordenanza también establece que, en caso de orden judicial, determinando que se interrumpa los descuentos, la autoridad deberá, en resumen, cumplir esa determinación, como sería obvio.

La predicción del descuento directo en el sueldo parece muy coherente con el procedimiento, desde un punto de vista práctico, porque si se comprobó administrativamente que hay valor a reembolsar, a partir de un análisis basado en el sentido común, su efectividad sería una medida lógica y un verdadero poder deber del administrador, considerando además la disposición de la ordenanza.

Sin embargo, es necesario investigar si este procedimiento administrativo de descuento directo, por orden de la autoridad militar, está en consonancia, sobre todo, con los mandamientos constitucionales que involucran la materia.

Es también importante resaltar la disposición de la ordenanza acerca de la necesaria inscripción en deuda activa de la Unión, cuando no sea posible implementar o continuar el descuento. Oportunamente, se registra la definición de Unión Federal en la legislación brasileña, a saber, el art. 18 de la Constitución Federal (CF/88), la define como parte autónoma de la organización político-administrativa de la República Federativa de Brasil, a lado de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios.

Como comentario paralelo, tenemos que la organización (político-administrativa) de la República Brasileña conferida por la CF/88 prevé como entidades autónomas, la Unión, Estados, Municipios y el Distrito Federal, cada uno de los cuales tiene sus atribuciones constitucionales definidas, ejecutivas y legislativas, que se complementan, configurando así la división de tareas estatales, federales, estatales y municipales en el ámbito de la federación del Estado brasileño.

En general, la Unión representa internamente al Gobierno Federal, siendo la persona jurídica de derecho público que persigue el interés público secundario, es decir, el interés de la institución del gobierno federal (poder ejecutivo), a través de la defensa de los intereses patrimoniales del Estado brasileño a nivel interno. Así como, la entidad Unión, en el ámbito externo, es responsable de la representación de la República Federativa de Brasil (lo que no es objeto de nuestro estudio).

De esta forma se aclara el significado de deuda activa de la Unión, que son los derechos que tiene la Unión frente a otras personas jurídicas y físicas. Es decir, es el conjunto de deudas impagas de otras personas (físicas y jurídicas) ante toda la estructura que incorpora los organismos públicos federales, que pueden ser de carácter tributario y no tributario, según del art 201, del Código Tributario Nacional de Brasil, Ley N ° 5.172, de 25 de octubre de 1966.

En este punto, insta a aclarar cómo se produce la inclusión de montos en deuda activa de la Unión, a través de los procedimientos en ámbito de una Unidad de Gestión del Ejército Brasileño, cuya disposición está contenida en los artículos 32 y 33 de la misma Ordenanza 1324/2017.

Por lo tanto, el proceso de inscripción en deuda activa será remitido por la Unidad Militar a la Procuraduría General del Tesoro Nacional (PGFN), a través de la Región Militar, que es el Gran Comando Administrativo, encargado de coordinar diversas actividades administrativas de las Unidades Administradoras, según la división territorial.

El referido trámite enviado a PGFN para el registro en la deuda activa, es un acto de control administrativo de legalidad y regularidad, tal como se define en el § 3º del art. 2º de la Ley N ° 6.830/1980 - Ley de Fiscalización Tributaria, mediante la cual una deuda, vencida e impaga, se registra para control y cobro judicial posterior.

Desde que la PGFN realiza el examen de legalidad, regularidad, certeza y liquidez, luego hay la inscripción en deuda activa, la deuda pasa a gozar de la presunción de liquidez y certeza, la cual solo puede ser removida mediante prueba inequívoca en contrario.

Sin embargo, si el pago se realiza antes de la remisión para interponer la acción de ejecución tributaria, se aplica un descuento a la carga legal, en el porcentaje del 10% (diez por ciento) sobre el monto de la deuda, según lo dispuesto en el art. 3 del Decreto Ley No. 1.569, de 8 de agosto de 1977.

A la vista de las explicaciones anteriores sobre la deuda activa del Gobierno Federal, retomando el texto de la norma de la Ordenanza 1324/2017, se prevé que ante la imposibilidad de descontar directo en la nomina, debido al alto valor de la deuda, a la limitación del margen consignable u otros motivos, la autoridad deberá remitir la deuda para su registro en Deuda activa del Gobierno Federal y medidas posteriores para cobranza judicial.

O como otra posibilidad, observando la legislación relacionada, establecer un proceso administrativo complejo llamado "Tomada de Cuentas Especial", a ser juzgado, al final, por el TCU. Pero, todo esto puede funcionar en paralelo con las medidas de la administración militar, relacionadas a inscripción en la Deuda Activa de la Unión.

En otras palabras, la secuencia de acciones de acuerdo con el texto de la Ordenanza, dentro del ámbito de la Unidad militar, sería la siguiente. Primero, la autoridad ordena el descuento en el cheque de pago militar. En la

imposibilidad, por alto valor o limitación del margen consignable, solo después de eso, debe enviarse a la deuda activa de la Unión.

En este contexto, la pregunta que se puede plantear es: ¿en qué situación no se podría implementar o continuar el descuento implantado, debido a limitación del margen consignable?

Aquí está la respuesta, según lo dispuesto en la Ordenanza No. 5-SEF, de 20 de febrero de 2019, que aprueba las Normas de Consignación de Descuentos de Nómina: en la aplicación de los descuentos de nómina, el militar o pensionado no puede recibir una cantidad menor a 30 % (treinta por ciento) de su pensión, remuneración o ganancias (Mínimo legal), considerando que el margen consignable en la nómina no puede exceder el 70% (setenta por ciento) de la remuneración o ganancias de los militares, o pensión de jubilado.

Para todo lo expuesto hasta el momento, se pueden identificar las normas que establecen los procedimientos de las autoridades militares relacionadas con la actividad de control administrativo, que cubre la investigación y responsabilidad por hechos que causen daños, culminando con el procedimiento de determinación de la inclusión de un descuento en la sueldo de los militares, pudiendo, respetando los supuestos previstos en las reglas de la ordenanza, remitir los importes calculados para su inclusión en la deuda activa de la Unión.

O sea, está claro que el problema de ese estudio, sobre el descuento en el sueldo de los militares de Ejército Brasileño, independientemente del reconocimiento de la deuda, determinado por la autoridad militar, es una regla que puede tener la naturaleza obligatoria para la autoridad militar, considerando la interpretación literal y aislada de la Ordenanza.

De esa manera, ella establece una típica actividad de control para el gestor, una obligación, basada de cierta forma en la concepción de sanción administrativa de naturaleza económica, pero que lleva en cuenta solo la esencia del positivismo, sin mayores reflexiones y/o profundizaciones sobre cuestiones jurídicas esenciales.

Así, la Ordenanza 1324/2017, por todo arriba, está encuadrada como típica norma de Derecho Administrativo Sancionador, considerando los

siguientes factores presentes en su texto: (i) predicción de sanciones administrativas, bajo la égida de la teoría de la acto administrativo, con la descomposición de sus elementos y presupuestos, así como la investigación de los aspectos discrecionales de la competencia administrativa sancionadora, incluyendo el análisis de los atributos de presunción de legitimidad y veracidad, imperativo, ejecutoriedad y auto ejecución en el ámbito de las sanciones; (ii) la necesidad de elaboración del proceso administrativo, a raíz del desarrollo científico del debido proceso legal como garantía fundamental en el ámbito administrativo sancionador; (iii) de la aplicabilidad de los derechos y garantías.

En verdad, a nuestro sentir, eso se basa en la capacidad que tienen las personas jurídicas de Derecho Público de imponer sanciones a los administrados, fundamentada en el poder administrativo, inherente a la Administración de las entidades políticas, dentro de los límites de sus respectivas competencias. Así, tiene especial interés el poder de policía administrativa, “que ejerce la Administración Pública sobre todas las actividades y bienes que afecten o puedan afectar a la comunidad” (Hely Lopes Meireles, 2018).

Específicamente, en las situaciones donde hay una comprobación y cuantificación, en el ámbito administrativo, de que un agente sea responsable por daño, el Art 20, inc. I, de la Ordenanza 1324/2017, prevé que la autoridad militar aplique la sanción de descuento en la nómina del dicho responsable directamente. Esa es la previsión sencilla y literal de la norma.

La medida simple de descuento directo, de modo bien abreviado, solo por medio de análisis sencilla de la Administración militar, y sin evaluar los principios y garantías individuales y los refinados y detallados métodos hermenéuticos necesarios para la construcción de una decisión adecuada del punto de vista jurídico, además de no considerar el amplio margen discrecional disponible al Ejército, puede destruir la vida financiera de los agentes.

Veamos a continuación los casos de aplicación de la Ordenanza, identificando los argumentos aportados por la autoridad administrativa decisora.

4.2 Estudio de casos de la aplicación de la Ordenanza Nro.1324/2017- del comandante del Ejército

Fueron analizados un muestreo de procesos constantes del Sistema de Monitoreo de Daños al Tesoro (SISADE) los cuales presentaran casos concretos de aplicación y de no aplicación de la Ordenanza 1324/2017, donde se puede identificar argumentos aportados por la autoridad administrativa decisora en esos procesos.

Se analizaron algunos casos de 2016, antes de la entrada en vigor de la Ordenanza 1324/2017. Se verificó en todos esos casos que la solución en su momento determinó que luego de la notificación de la solución de la investigación, los militares responsables tendrían un plazo para pagar al Tesoro Nacional, al final, si no había pago, el proceso se enviaba al organismo competente para su cobro, pero el descuento no se determinaba directamente en el nomina del militar. Por lo tanto, se concluye que en esta época la autoridad militar, de un modo general, no determinaba un descuento directo en el sueldo, pero solo enviaba los procesos a los órganos de la Abogacía de la Unión para que se procediera al cobro judicial, de acuerdo con ley específica (Ley N ° 6.830/1980, a ser vista en otro capítulo) todavía vigente hasta hoy.

Se analizó un caso en que la autoridad militar determinó la deducción del salario de un militar por haber dañado un instrumento musical (trompeta), perteneciente a la Unión Federal. Resulta que el hecho se debió a un accidente de tránsito donde el soldado cayó de la moto que conducía, dañándose la trompeta que llevaba consigo. En consecuencia, el militar mencionado interpuso demanda judicial, en cuyo fallo: “otorgó amparo urgente, para que la UNIÓN, en el plazo máximo de 10 (diez) días, contados a partir de la citación de la sentencia, se abstenga de efectuar la descuento en el valor de R\$ 6.699,81 (seis mil seiscientos noventa y nueve reales con ochenta y un centavos) en la nómina del militar, actor de la acción”. O sea, la justicia de Brasil en este caso comprendió que no se puede hacer descuentos en la nómina de los militares de esta manera.

Se analizaron varios casos en los que la solución de investigación de la autoridad militar señaló que si el responsable se niega a firmar el Término de Reconocimiento de Deuda, **que se aplique el descuento mensual de la**

cantidad percibida indebidamente en la nómina de los militares, observando los procedimientos contenidos en la Ordenanza 1.324/2017; y en la imposibilidad de implementar el descuento en la nómina de militares, las autoridades suelen determinar el registro en la Deuda Activa de la Unión. O sea, se percibe que las autoridades hacen exactamente de acuerdo con el previsto en la Ordenanza 1324/2017.

Se analizaron algunos casos en los que la solución de la investigación de la autoridad militar determinó: “Determino la adopción de las siguientes medidas administrativas: notifique el militar para pagar, dentro de 15 (quince) días, la cantidad de la pérdida imputada a él a través de guía de colección de la unión federal.” Por lo tanto, en esos casos la opción de la autoridad fue no realizar la cobranza directamente en el sueldo en momento posterior, pero posibilitar al militar pagar la deuda por medio de guía voluntariamente.

Sin embargo, no se identificó casos explícitos de no aplicación de la Ordenanza, o de la aplicación de otra norma que presentasen argumentos en ese sentido.

Como conclusión de este capítulo, se puede decir, por la muestra analizada, que las autoridades militares no realizan un estudio profundizado para hacer uso de su discrecionalidad, con el fin de aplicar la norma más adecuada, aun que sea distinta de la Ordenanza 1324. Es decir, simplemente en general aplican la literalidad de la norma de la Ordenanza 1324. Con excepción de algunos casos en que la autoridad determina inicialmente el pago a través de una Guía de Recaudación, mitigando el rigor de la orden de descuentos directos.

Se realizó un esfuerzo con el fin de verificar una posible generalización de la práctica de aplicar sanciones administrativas de carácter económico sin control judicial. De ese modo, se notó que las sanciones administrativas de carácter económico son generalizadas sí, pues para todos los casos la solución es siempre la misma, el cobro administrativo, la aplicación de sanción de naturaleza económica, sin control judicial. O sea, se puede notar que es casi automático la aplicación de sanción administrativa en los casos aun que haya la posibilidad por la ley por otra instancia, en especial la judicial.

Po lo tanto, se identificó la tendencia de aplicación de sanciones administrativas de carácter económico sin control judicial.

Luego, este estado de cosas y de disposición normativa de la Administración militar aumenta enormemente los riesgos de lesionar a los derechos de los militares, mismo habiendo la posibilidad de libre escoja disponible a las autoridades, que será estudiada más adelante a luz de sus facultades discrecionales de modo más profundizado.

De forma sencilla, se puede decir que la propia autoridad militar, aplicando otra regla a ejemplo la que prevé el cobro vía judicial después del registro regular en deuda activa de la Unión, es libre para escoger decidir de otra forma, desde que fundamentada y llevando en cuenta la oportunidad y conveniencia de acuerdo con las circunstancias del caso.

De esa manera, se puede concluir parcialmente que estaría sí dentro de los límites y posibilidades de la discrecionalidad administrativa permitir a Autoridad militar del Ejército Brasileño **no** aplicar la disposición que prevé los descuentos directos en la nómina.

4.3 La aplicación de descuento directamente a la nómina de los militares y sus efectos en los derechos de los militares, a la luz del ordenamiento jurídico vigente en Brasil

Adviértase que el problema más significativo de la Ordenanza 1324/2017, en el sentido de determinar la aplicación del descuento directamente en la nómina de los militares, es acortar demasiado el camino para el reintegro del daño al fisco, más aún considerando que existen leyes específicas que regulan integralmente la forma en que la Administración debe realizar el procedimiento.

O sea, como hay varias normas (leyes) que regulan el camino para la aplicación de sanciones administrativas de carácter económico, la autoridad militar tiene la libertad, exactamente por las posibilidades presentadas por el ordenamiento que le confiere (amplio margen discrecional) para decidir no aplicar descuentos directos y sí otro medio para apuración de eventuales sanciones administrativas de carácter económico.

Es en este punto de la margen de discrecionalidad, que la autoridad militar tiene disponible para decidir y determinar el modo del descuento, es el factor decisivo para que la ejecución de su *munus* público sea al mismo tiempo eficiente y respete los derechos fundamentales del administrado.

Igualmente, cuando las conductas que llevan a la aplicación de sanciones constituyen conceptos jurídicos indeterminados, que pueden ocurrir basadas en las ideas vagas como urgencia, interés público, etc., la autoridad militar con más propiedad aun no debe aplicar el dicho descuento directo, una vez que para ello se necesita una valoración más profunda que normalmente no existe en estos casos.

Por lo tanto, muchas conductas que dan lugar a sanciones se constituyen a partir de conceptos jurídicos indeterminados, pero el margen discrecional de que disponen las autoridades militares permite que en estos casos no se apliquen descuentos directos.

Además, de acuerdo con las posibilidades constantes en el bloque de legalidad, estaría sí dentro de los límites y posibilidades de la discrecionalidad administrativa permitir al administrador del Ejército Brasileño no aplicar lo dispositivo que determina directamente el descuento sobre el salario de los militares, por orden de la propia autoridad administrativa militar, por su poder de elección.

Probándose así el amplio margen de discrecionalidad para la determinación de la aplicación de sanciones administrativas de carácter económico sobre sus agentes.

De forma a ilustrar el trabajo interpretativo, vamos a presentar una confrontación de esa norma con leyes vigentes en Brasil.

Acerca del análisis de las leyes cuya disposición merece confrontarse directamente al texto de La Ordenanza 1324/2017, tenemos que verificar si la previsión de su inc. I, art 20, estaría en desacuerdo con las normas de esas leyes informadas a continuación.

La primera norma, el inc. I, del art 28 de la Ley N° 8443, de 16 de julio de 1992, la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Cuentas del Brasil, dispone que, transcurrido el plazo estatutario, sin manifestación del responsable, el

Tribunal podrá determinar el descuento total o fraccionado de la deuda sobre los sueldos, salarios o ganancias del responsable.

En ese caso, la Ley N° 8443/1992 autoriza solamente al Tribunal de Cuentas determinar el descuento sobre los sueldos y salarios.

Así, la pregunta es: ¿sería lícito a un acto administrativo normativo, como lo es la Ordenanza 1324/2017, autorizar que la autoridad administrativa militar realice descuento directamente en la nómina del militar, una vez que la ley establece que el Tribunal de Cuentas de la Unión podrá determinar el descuento de la deuda sobre los sueldos, salarios del responsable, pero sin alargar tal posibilidad expresamente a cualquiera otra autoridad administrativa, solamente al órgano del Control externo de la Administración?

Muy resumidamente, creamos que, a partir de un breve ejercicio hermenéutico, no se puede extender el contenido de naturaleza restrictiva y sancionatoria existente en la Ordenanza 1324 cuando hay texto de ley que regula a materia plenamente, no estableciendo la posibilidad de la extensión de la aplicación de sanciones por otras autoridades administrativas. O sea, si según la disposición legal solo el Tribunal (TCU), Control Externo, puede aplicar los descuentos, no se puede extender a otros órganos o autoridades tal posibilidad, mismo cuando es regulada por medio de acto normativo interno.

Eso porque el Control Externo de la Administración, previsto en la CF/88, posee un *plus* en sus prerrogativas sancionatorias en el ámbito de la Administración. Así, si existe norma de una ley con la posibilidad del TCU aplicar los dichos descuentos, por lo menos, debería haber igualmente ley para autorizar a la autoridad de la Administración para hacerlo y no acto administrativo normativo interno, como lo es la Ordenanza.

En esos casos más aun, pues solo es considerada una persona como responsable en el ámbito del TCU tras un procedimiento, con amplia defensa y contradictorio del interesado, lo cual es analizado por profesionales experimentados y expertos, que emiten sus opiniones formales en el proceso, hasta que se lo decidan los ministros del TCU.

Preguntase: ¿Por qué la Administración Militar estaría autorizada, por norma interna, cuando existe una ley que prevé la posibilidad de que la Corte

de Cuentas (TCU) haga lo mismo, o sea estaría autorizada, en esas circunstancias, la Administración a crear una obligación y cobrarla ella misma sin ley que la permita?

Nuestra opinión es que no está autorizada, debida la necesidad de la efectividad de la amplia defensa de naturaleza constitucional. Salvo en la hipótesis que exista una ley que así lo disponga, que no hay.

A su vez, nuestro Código de Procedimiento Civil establece la inembargabilidad (en portugués se dice: "*impenhorabilidade*") del salario. En ese sentido, específicamente, es oportuno decir que en el Derecho de Brasil la prenda es el acto mediante el cual el juez (es decir, solo el poder judicial puede hacerlo) realiza la constricción sobre los bienes del deudor con el fin de garantizar la ejecución del pago para, posteriormente, lograr la satisfacción directa o indirecta del derecho del acreedor.

Así, el art. 833, en su inciso IV y párrafo 2º del Código de Procedimiento Civil de Brasil, establece la inembargabilidad del salario como regla general. Pero, establece la excepción en dos situaciones. Cuando los montos superen los 50 (cincuenta) salarios mínimos mensuales y para satisfacer la deuda relacionada con la pensión alimenticia.

El problema es que la Ordenanza 1324/2017 crea una hipótesis real de aplicación de sanciones administrativas de carácter económico y cobro forzoso efectivo, mediante descuento en los sueldos de los militares, por orden de la autoridad militar, sin tener en cuenta que solo al poder Judicial es permitido hacerlo, aunque haya la previsión en otra ley del TCU también procederlo, no obstante, no lo hay la dicha previsión en ley para la autoridad militar hacerlo.

Delante de eso, ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la Ordenanza 1324/2017? ¿Estaría la dicha norma autorizada a crear tales obligaciones a los militares?

Para responder a estas preguntas, se puede definir las ordenanzas como actos administrativos internos, por los cuales el titular del Poder Ejecutivo (o de los Poderes Legislativo y Judicial, en funciones administrativas), o los jefes de órganos, oficinas o servicios, dictan determinaciones generales o especiales a sus subordinados, o designar servidores públicos para funciones y

cargos secundarios. Además, las ordenanzas no forman parte del proceso legislativo regido por la Constitución.

Por tanto, ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la Ordenanza 1324/2017?

R- Es un acto normativo interno. ¿Estaría la dicha norma autorizada a crear tales obligaciones a los militares? No está autorizada, pues acto administrativo no se puede obligar a los particulares, considerándose así los agentes militares, que en esos casos de sanciones económicas estarían en situación análoga a los particulares.

Finalmente, como el salario debe ser entendido de modo semejante a una entidad sagrada, pues a partir de él la persona mantiene su dignidad, creamos que debe ser solo la ley que tenga la capacidad de determinar descuentos en los sueldos y salarios.

4.3.1 El descuento directo en la nómina del militar y su incumplimiento del art 5º de la CF/88 y de normas internacionales

Actualmente, se puede decir que América Latina vive un momento histórico de consolidación de sus democracias. De esta manera, es seguro decir que los derechos humanos son la piedra de toque de la democracia, cuyas disposiciones históricamente fueran incorporadas en el Derecho brasileño en el art 5º, de la CF/88.

Así, enseña el profesor Farinella acerca del Derecho Internacional (DI) de los derechos humanos (DDHH), en su sitio web: <https://faviofarinella.weebly.com/derechos-humanos.htm>:

“La Declaración Universal de DDHH fue emitida por la Organización de Naciones Unidas en 1948, a iniciativa entre otros de Eleonor Roosevelt y René Cassin. Podemos considerarla como el inicio del Derecho Internacional de los DDHH. Junto con los Pactos Internacionales de Derechos de la década de los sesenta, conforman la Carta Internacional de DDHH, verdadero paradigma de la posmodernidad.” (Farinella, 2018)

Y lo mismo autor enseña, en otras palabras, a continuación.

Los derechos humanos son, antes de todo, expresiones de una concepción política. No son meras fórmulas jurídicas, pero un conjunto de valores que se prestan a regir las relaciones humanas. Se puede decir que gozan de autonomía, ya que no dependen de ningún acto de voluntad.

Luego, en situaciones donde no se respetan los derechos humanos, el entendimiento apropiado es que hay violación y no negación, ya que no existe un poder estatal que pueda otorgar o negar tal derecho, ya que es inherente a la condición humana.

Además, son para todos sin distinción. El significado de los derechos humanos está íntimamente ligado a la idea de igualdad, libertad y universalidad, así como, sobre todo, a la de limitación del poder del Estado. O sea, “decimos que son conceptos políticos antes que jurídicos”.

Históricamente, se originan como una técnica de limitación del poder del Estado, cuyo objetivo consistió en establecer una barrera frente al poder estatal sobre los individuos. De esta manera, el Estado tiene la obligación de no vulnerar (violar) los derechos humanos. Lo que se llama de obligación “negativa”.

Así, con el desarrollo del concepto, el Estado pasó también a tener la obligación “positiva” de promover los derechos humanos, de promover el desarrollo de la persona humana y la protección de su dignidad.

La clasificación clásica de los Derechos Humanos, también clasificados como derechos fundamentales en plan interno de los estados, sostiene acerca de las llamadas Tres Generaciones de Derechos Humanos, la primera, la segunda y la tercera.

Sin embargo, no se desarrollarán en este estudio, ya que no son necesarios para nuestra propuesta de pesquisa, a pesar de eso, se puede establecer, según lo enseñado por Cuevas, que los Derechos de PRIMERA GENERACIÓN surgen con la Revolución Francesa como rebelión contra el absolutismo del monarca y son los denominados derechos civiles y políticos, los cuales imponen al Estado el respeto a los Derechos Fundamentales del ser humano (a la vida, la libertad, la igualdad, etc). A su vez, los de SEGUNDA

GENERACIÓN constituyen los Derechos colectivos, los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, ellos constituyen una obligación de hacer del Estado. Y los de TERCERA GENERACIÓN, que son conocidos como Derechos de Solidaridad y son efectos de la necesidad de cooperación entre las naciones y grupos sociales.

En ese contexto, el Derecho Internacional y sus implicaciones prácticas para los Estados y para las personas adquieren una importancia cada vez mayor; así, el análisis del fenómeno internacional y de su regulación legal (basada en la cooperación y en los intereses nacionales) son necesarios para comprender los desafíos del mundo globalizado. Luego, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos hoy es fundamental para los Estados de América Latina, siendo de alcance global, una vez que es destinado a proteger la vida, la salud y la dignidad de las personas.

Él se aplica en todo momento, sea en tiempos de paz o de conflicto armado. Es un sistema de normas que busca la promoción y protección de los derechos humanos como límite al accionar estatal.

Así, se puede decir que la teoría de los derechos humanos, nacida para limitar de cierto modo la soberanía del Estado, en la actualidad, la complementa y califica. El desafío actual del Derecho Internacional, en este mundo de riesgos globalizados, es desarrollar un nuevo orden global, basado en el estado de derecho constitucional y en el valor global de los derechos humanos. Al mismo tiempo, en la medida del posible, respetando la soberanía nacional y los derechos de los Estados.

4.3.2 Del Control de convencionalidad

Se destaca, en ese contexto internacional, el moderno instituto del control de convencionalidad, que establece que las normas internas deben guardar conformidad con los tratados internacionales ratificados e internalizados en el Estado. Esto va más allá de la mera validación de la norma al examinar su compatibilidad con la Constitución.

En este punto ya podemos someter el dispositivo de la Ordenanza 1324/2017, directamente, al control de convencionalidad. Entonces, preguntase

¿el texto a continuación, contenido en el § 10, del art 8º, de la Ordenanza 1324, se ajusta a las convenciones internacionales de los DDHH o no?

§ 10. Si no se evita el daño, Cmt, Ch o Dir OM, sujeto a lo dispuesto en estas reglas, **deberá:**

I - **determinar la implementación de un descuento en el sueldo**, informando si el descuento debe ser de una sola vez o en cuotas, independientemente del reconocimiento de la deuda y la autorización del descuento en el sueldo; (énfasis añadido)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), el denominado Pacto SAN JOSÉ DA COSTA RICA, que fue adoptado y abierto a la firma en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José de Costa Rica, el 22.11.1969. , y fue ratificado por Brasil el 25 de septiembre de 2002, según el Decreto No. 678, de 6 de noviembre de 1992, establece en su artículo 8 - Garantías judiciales, del mismo Capítulo II - DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, que las determinaciones de obligaciones de carácter civil o de otra índole, deberán ser establecidas por juez o Tribunal competente:

"1. Toda persona tendrá derecho a ser escuchada, con las debidas garantías y en un plazo razonable, **por un juez o tribunal competente**, independiente e imparcial, previamente establecido en la ley, en la investigación de cualquier cargo penal en su contra, **o en la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil**, laboral, tributario **o de cualquier otra índole"**. (énfasis añadido)

Además, la dicha disposición es complementada por la contenida en su artículo 25 - Protección judicial, ya que esta, a nuestro juicio, tiene el significado de garantizar el principio de que no se puede negar la jurisdicción, que es la principal garantía de los derechos subjetivos, que, según el art. 5, XXXV, del CF/88, se fundamenta en lo siguiente: "la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial el daño o amenaza a la ley", lo que permite acudir a los tribunales para garantizar derechos que simplemente se encuentran amenazados. Luego, a ver el Art 25, de la Convención:

"Artículo 25 - Protección judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo, ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que vulneren sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tales la violación es cometida por personas que actúan en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

Por lo tanto, se puede concluir que el ítem 10, del § 10, del artículo 8, de la Ordenanza No. 1324/2017, no se encuentra en conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Derechos Humanos (1969), ya que solo el Estado juez puede determinar obligaciones de carácter civil o de cualquier naturaleza.

En resumen, tomamos como premisa básica de la presente reflexión la importancia del derecho internacional de los derechos humanos que afecta incluso a los militares (aunque con ciertas reservas), pero que no incluye excepciones absolutas, debido precisamente a estas normas internacionales. Así como la necesidad de mantener los principios de jerarquía y disciplina en las instituciones militares. De esto, y de la lectura de los instrumentos internacionales, internalizados en la legislación brasileña, se concluye que las prohibiciones o restricciones indiscriminadas al ejercicio de los DDHH, no son compatibles con el filtro de convencionalidad. A su vez, la jerarquía y la disciplina son fundamentales para el funcionamiento de la institución militar. Pero, esta circunstancia no impide en absoluto el ejercicio de la ciudadanía, como, por ejemplo, el ejercicio de la amplia defensa, con respecto a cuestiones patrimoniales.

A continuación, presentase el escenario normativo lleno de limitaciones y restricciones al ejercicio de la ciudadanía plena por parte de los militares, la cual establece una Relación Especial de Sujeción, que puede influir o no en el entendimiento o en la aplicación de esa norma enfoque de este estudio.

De esa manera, es necesaria el análisis de la relación entre esa sistemática restrictiva de ejercicios de derechos (mitigación a los derechos de

los militares) con la discrecionalidad de las facultades sancionadoras de carácter económico del Ejército Brasileño sobre sus agentes.

4.3.3 Los militares y las relaciones especiales de sujeción al Estado

La Carta Magna de 1988, que presenta un catálogo de libertades y garantías individuales, en especial en su art 5º; sin embargo, en su artículo 14, inciso 2, prohíbe el registro como elector a los llamados conscriptos, que son quienes realizan el servicio militar inicial obligatorio, restringiéndoles expresamente el ejercicio de capacidad electoral activa, consecuencia lógica del atributo de ciudadanía.

La misma CRFB/88 (Inc. V, do Art 142) excluye a los militares del servicio activo, entre otros, el derecho a la afiliación política partidaria, o sea, establece una verdadera mitigación de sus derechos políticos.

En verdad, estos individuos están subordinados de manera diferente al estado. Están en una relación especial de sujeción. Se insertan en una relación de sujeción extendida a la entidad estatal o, incluso, que estén sujetas a un estatuto especial. Esta proximidad entre el Estado y el militar, titular individual de derechos fundamentales, justificaría la restricción de sus derechos y garantías fundamentales.

Esas relaciones especiales de sujeción ocurren históricamente en las relaciones de poder humanas, de acuerdo con que enseña GARCIA Macho: “se tiene conocimiento de antecedentes de relaciones especiales de sujeción desde la época conocida como Alta Edad Media, comprendida entre los siglos V y XI D.C., periodo en el que por el llamado compromiso de lealtad que el vasallo le ofrecía al señor feudal por medio de un juramento”

Según García de Enterría, “las relaciones especiales de sujeción se entienden como un mecanismo que dota a la administración de poderes extraordinarios para ejercer potestades; como toda sujeción supone la eventualidad de soportar los efectos de una potestad de otro sobre el propio ámbito jurídico”. (García de Enterría. 2001, p. 23)

Sin embargo, las relaciones especiales de sujeción no legitiman la supresión de los derechos fundamentales a menos que haya una justificación, la cual no hay en los casos de descuentos directos, pues la relación especial entre militares y Estado no involucra nada que necesite o justifique la aplicación de descuentos en sueldos de los militares.

Además, Camazano, en esa línea enseña que:

“una vez determinada una relación con la administración y calificada justificadamente como de “especial sujeción”, se determina cuál es su finalidad concreta, así como los derechos fundamentales que pueden tener una modulación especial, y con qué intensidad, de acuerdo con su propia peculiaridad y la necesidad de orden que conllevan”. (BRAGE CAMAZANO, 2004, pág. 429)

O sea, no se puede confundir relaciones especiales de sujeción con arbitrios injustificados, ya que vulnera los derechos fundamentales, cuyas limitaciones impuestas son jurídicamente inadecuadas.

Además, no se observa disposición semejante para los civiles, por eso, se puede decir, de modo general, que hay también mitigación del principio de la igualdad para los militares con relación a los otros ciudadanos, de acuerdo con el ordenamiento jurídico brasileño.

La doctrina está llena de lecciones que explican la relevancia del principio de la igualdad para el sistema democrático, que se remonta a Grecia, pasando por las monarquías constitucionales de la Edad Media, siendo una de las banderas de la revolución francesa y una de las garantías expresamente previstas en el *caput* del art. 5 de la CRFB/88.

Lo que, por medida de economía, no requiere profundización, en ese trabajo, del estudio de un instituto tan caro, como es el principio de la igualdad, principalmente sobre su significado, debido su clara sedimentación en medio de la comunidad jurídica en general.

En este contexto, sin embargo, se destaca el concepto de igualdad jurídica, según la doctrina y la jurisprudencia, que significa "tratar a los iguales

por igual y desigualmente los desiguales, en la medida en que sean desiguales", buscando siempre el equilibrio entre todos.

Para los militares existen varias normas que los colocan en la situación de ciudadano de segunda clase, en la medida en que se suprimen o mitigan varios de los derechos y garantías individuales con respecto al ejercicio de la ciudadanía.

Debido a ese tratamiento legal desigual conviene presentar, una vez más, la lección explicativa del adocrinador Luigi Ferrajoli acerca de la injerencia del principio constitucional de la igualdad en lo sistema normativo, en su obra, *Derechos y Garantías: La ley del más débil*.

Ferrajoli enseña que la validez de las normas incluye también principios substanciales, como el de la igualdad, que limita y vincula al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma – por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad – a ejemplo de la norma que trata los militares como ciudadano de segunda clase, por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma substancial. (Ferrajoli, 1999, p. 20/21)

Con más relevancia y aplicación para nuestro estudio, el reconocido autor afirma sobre el reconocimiento de la universalidad de los DDHH, una vez que “se asume que son fundamentales todos los derechos universales, es decir, reconocidos a todos en cuanto personas o ciudadanos, (...), cuya universalidad no está excluida (...).” (Ferrajoli, 1999, p. 47).

O sea, considerando la igualdad y la universalidad de los DDHH, suscita la indagación si hay diferenciación entre civiles y militares en ese punto de las sanciones administrativas de carácter económico.

Ante eso, se juzgó interesante verificar se hay en el ordenamiento jurídico brasileño dispositivo similar de la aplicación de descuento directamente en la nómina de los funcionarios públicos civiles, de la misma forma que hay para los militares, o sea, la investigación también se encaminó específicamente a descubrir la existencia de reglas que autoricen el descuento, directamente

por parte de la autoridad administrativa en la nómina de los servidores públicos en general.

Así, de acuerdo con el resultado de la investigación en la legislación vigente, no se encontró norma que autorizara el descuento en los sueldos de los servidores públicos, mediante procedimiento administrativo, directamente por orden de autoridad administrativa en la Administración pública.

Aún de acuerdo con esta investigación, se encontró que en el art. 46 de la Ley 8.112 de 1990, Estatuto de los funcionarios públicos federales civiles en Brasil, existe la disposición sobre la posibilidad sí de reembolsos e indemnizaciones a Hacienda. Sin embargo, la investigación se extendió a la jurisprudencia brasileña, con éxito en la resolución del asunto (reembolsos e indemnizaciones por el agente por los servidores civiles) por el Tribunal Superior de Justicia – STJ.

Antes de estudiar la dicha decisión, es interesante presentar un poco sobre el STJ de Brasil. El STJ está compuesto por 33 ministros. La misión constitucional del Tribunal Superior de Justicia (STJ) es procurar la uniformidad en la interpretación de la Ley Federal, por medio sobre todo del juicio de tesis.

Luego, volviendo a la investigación realizada en la jurisprudencia del STJ, se encontró la siguiente decisión judicial, la Apelación Especial N°. 669953:

ADMINISTRATIVO. EMPLEADO ESTATAL.
RESPONSABILIDAD CIVIL. DAÑO AL ERARIO.
RESTITUCIÓN. UNIÓN. PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO. IMPOSIBILIDAD. PROCESO JUDICIAL.
RUTA ADECUADA. El Estatuto de los Servidores Públicos prevé la responsabilidad civil del servidor público, cuando éste ocasione daños a la hacienda pública o a terceros, sin embargo, la forma adecuada para determinar el daño causado y la consecuente aplicación de la pena de restitución del daño debe ser el proceso judicial ordinario. Recurso no conocido.
(STJ - REsp: 669953 RJ 2004 / 0104499-9, Relator: Ministro

FELIX FISCHER, Fecha de sentencia: 16/11/2004, T5 - Fecha de publicación: -> DJ 6/12/2004 p. 362)

Además, abajo se enumera otra decisión del STJ sobre el asunto:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. RESPONSABILIDAD CIVIL POR MALA CONDUCTA O CULPABILIDAD QUE CAUSA DAÑO AL ERRARIO. CARGA ADMINISTRATIVA MEDIANTE EMISIÓN GRU. AUSENCIA DE AUTORIZACIÓN EXPRESA Y FORMAL. NECESIDAD DE PROCEDIMIENTO JUDICIAL. PRECEDENTES.

1. En el caso de responsabilidad civil de un servidor público por conducta dolosa o culposa que cause perjuicio a la tesorería, sólo si se cuenta con una autorización formal será posible realizar descuentos en sus vencimientos de las cantidades adeudadas en concepto de devolución, en el marco de los términos del arte. 46 de la Ley N ° 8.112 / 90, o su cobro mediante la emisión de GRU, según sea el caso. Sin embargo, si no existiera su consentimiento expreso, es necesario entablar una demanda por parte de la Administración con el fin de, constatar su responsabilidad civil subjetiva, condenarle a indemnizar el daño causado a la Hacienda Pública.

2. "El Estatuto de los Servidores Públicos prevé la responsabilidad civil del servidor público, cuando éste ocasione perjuicios a la Hacienda Pública o a terceros, no obstante, la forma adecuada para determinar el daño causado y la consecuente aplicación de la pena de restitución del daño debe ser el proceso judicial. Regular". (REsp 69953 / RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ 6/12/2004).

Juicio. Los ministros de la Sexta Clase de la Corte Superior de Justicia, habiendo visto, informado y discutido los registros en los que las partes anteriores son partes, acordaron: "La Clase desestimó por unanimidad el recurso de

apelación, de acuerdo con el voto del Ministro informante". Los ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior y Vasco Della Giustina (Juez convocado del TJ / RS) votaron con el ministro Ponente. La ministra Maria Thereza de Assis Moura presidió el juicio.

De acuerdo con las referidas decisiones, parece tranquilo entender, en el ámbito del STJ, que no se autorizaría un descuento en el salario del funcionario, por orden de la autoridad administrativa civil.

Así, incluso puede existir la aplicación de otra sanción administrativa disciplinaria, pero no una orden de reembolso, salvo que el interesado autorice el descuento sobre sus sueldos.

Luego, establecida una primera premisa: no está permitido hacer un descuento directamente sobre los sueldos de los funcionarios civiles de la Unión por parte de la autoridad administrativa.

Y volviendo a la cuestión del principio de la igualdad, es necesario verificar si habría justificación para en este punto establecer un trato desigual entre civiles y militares.

Por lo tanto, la presente investigación debe responder si hay una base en el ordenamiento jurídico nacional para establecer tal diferenciación o una razón justa y adecuada para ello.

Ante esto, ¿los militares serían desiguales con los civiles, para justificar el trato desigual, relativamente la fruición de los DDHH específicos al tema involucrado a las sanciones administrativas de carácter económico, y cuales las implicaciones de eso en lo que toca a margen de discrecionalidad para determinación de la aplicación de las dichas sanciones administrativas de carácter económico sobre los agentes del Ejército?

La respuesta nos parece ser negativa (en este punto no hay que haber diferenciación), ya que las limitaciones regulatorias sobre los militares se dan por la necesidad de manutención de los principios de la jerarquía y disciplina en el ámbito de la Institución Ejército y, sobre todo, la necesidad de garantizar la estabilidad del Estado, a través del estricto control de los profesionales de las armas, evitando golpes de estado y todo tipo de actos de violencia que

atenten contra la paz social. O sea, no hay relación entre la mitigación de derechos relacionados a jerarquía y disciplina con el tema de las sanciones administrativas de carácter económico.

Por todo eso, con respeto a la otra respuesta sobre las implicaciones del tratamiento desigual, tenemos cierto que la igualdad, en la verdad, sirve como uno de los fundamentos de la decisión discrecional, lo que puede desobligar la aplicación por las autoridades de la dicha sanción administrativa de descuento directo en la nómina de los agentes, probándose así que el Ejército dispone de amplio margen de discrecionalidad para la determinación de la aplicación de sanciones administrativas de carácter económico sobre sus agentes.

De la misma forma, lo que podría justificar cualquier diferenciación entre militares y civiles, en general, serían cuestiones en las que la seguridad y estabilidad del país, la nación, pudieran verse perjudicadas, en lo que toca a la soberanía y orden pública en general.

Por lo tanto, desde el punto de vista material, no hay nada que justifique la diferencia en estos casos de derechos patrimoniales, pues no hay perjuicio a la disciplina o jerarquía y demás preceptos de la vida militar. Hasta porque para el mantenimiento del *status quo* interno regular de la Institución militar (según la disciplina y jerarquía) existe el instrumento del procedimiento administrativo disciplinario específico, con su amplia gama de sanciones, incluida la restricción de la libertad en el ámbito disciplinario, pero una vez más se observa que tales circunstancias no tienen relación con sanciones administrativas de carácter económico sobre los agentes del Ejército.

Por otro lado, puede creerse que la Ordenanza, al establecer la posibilidad de descuentos directos en los salarios, sin más elaboración y trámites, ha olvidado de la necesaria protección de la remuneración, que favorece una existencia digna.

En resumen, tomamos como premisa básica de la presente reflexión la importancia de la preservación de los derechos y garantías que afectan a todos, incluso a los militares (aunque con ciertas reservas). Así como la necesidad de mantener los principios de jerarquía y disciplina en las instituciones militares.

Es decir, la jerarquía y la disciplina son fundamentales para el funcionamiento de la institución militar. Pero, esta circunstancia no impide en absoluto el ejercicio de la ciudadanía, como, por ejemplo, el ejercicio de la amplia defensa, con respecto a las cuestiones patrimoniales.

Así, considerando una serie de normas legales y administrativas que limitan o prohíben el libre ejercicio de algunos derechos por parte de los militares, se comprende que en el caso de las cuestiones que versan sobre el mero ejercicio de la ciudadanía, como es el caso del ejercicio de amplia defensa en los procedimientos relacionados a sanciones administrativas de carácter económico, hay un grave perjuicio a los agentes militares, porque les quitan a priori la posibilidad de análisis por otra instancia al ejecutar el descuento directo en la nómina de los militares.

No obstante, el antídoto de eso está en el amplio margen de discrecionalidad para la determinación de la aplicación de sanciones administrativas de carácter económico sobre sus agentes que disponen las autoridades del Ejército, las cuales pueden elegir la aplicación de otra norma, favoreciendo el ejercicio de derechos y garantías consagrados.

Por otro lado, reafirmase que cuando se trata de materias relacionadas con la misión de la Institución Militar, es decir, que puedan estar relacionadas con la defensa de la patria, la estabilidad de las instituciones y poderes de la República, a nuestro juicio, los principios constitucionales de jerarquía y disciplina deben superponerse.

Eso porque, en esos casos se justifica la relación especial de sujeción entre militares y el Estado, relacionada a la misión de la Fuerza Armada, pues el ejercicio completo de las libertades de sus agentes representaría un peligro para la estabilidad de la Institución Militar y, en consecuencia, del propio Estado, y, en la verdad, representaría la posibilidad de daños a la sociedad.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con lo dispuesto en la ordenanza 1324/2017, que nada tiene que ver con la especial relación de sujeción entre militares y Estado, considerando el ámbito de las sanciones de carácter económico.

Como conclusión parcial de este capítulo, añadimos que según la doctrina argentina de Marcela Lauria, de acuerdo con las disposiciones de los arts. 18 y 19 C.N. y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

“la potestad sancionatoria le debe ser acordada a la administración por medio de una ley formal, por ende, las sanciones y delitos solo gozan de legalidad si son creados por el legislador”. (LAURIA, Marcela, 2007, p. 541).

De esa manera, concordamos con esa postura con respeto a la potestad sancionatoria, que es basada desde los fundamentos de la Convención Americana de Derechos Humanos, de allí reservamos al capítulo siguiente al desarrollo de la eventual aplicación de penalidades con base reglamentaria y el principio de legalidad.

Por todo eso visto en ese capítulo, **comprendemos que hay subsidios para decir que la autoridad cuando de su examen de los procesos administrativos puede no aplicar directamente el descuento en el sueldo**, al lado de que comprobase también, de esa manera, que las autoridades del Ejército Brasileño disponen de un amplio margen de discrecionalidad para la determinación (o no) de la aplicación de sanciones administrativas de carácter económico sobre sus agentes, lo que resulta factible la elección de la mejor solución del punto de vista jurídico, a priorizar las normas creadas por el legislador.

CAPÍTULO 5. El principio de legalidad aplicado al Derecho Administrativo Sancionador

Delante de las facultades represivas del Estado, es necesaria la definición previa de las infracciones y de las sanciones que correspondan como consecuencia de la infracción cometida.

En el estado de Derecho, hay la necesidad de conocerse previamente cuáles son las conductas clasificadas como infracción y de la misma manera las sanciones que, eventualmente, debe soportarse como consecuencia de un comportamiento antijurídico.

Luego, se presenta el celebrado principio de legalidad, según el cual nadie puede ser condenado por actos u omisiones que, de acuerdo con la ley estricta entonces vigente, no constituyan infracción o sanciones.

En el contexto del Derecho administrativo sancionador, en ese capítulo abordarse la discusión que se plantea acerca de las condicionantes sobre las facultades sancionatorias de la Administración impostas por el principio de legalidad.

Así, preguntase: ¿hay necesidad de ley en sentido formal –oriunda del Poder Legislativo- para tipificar la infracción y las consecuentes sanciones administrativas, es decir, su regulación debe ser por norma que tenga la naturaleza de ley en sentido estricto para los casos en que se atribuya facultades sancionadoras a la Administración, tales como, la formulación de las infracciones con sus correspondientes establecimientos de sanciones, y atribución al órgano sancionador?

De ante mano, es necesario reconocer que no estamos ante un entendimiento unísono entre los estudiosos del tema en el Derecho Administrativo.

La doctrina brasileña trata el tema con varios matices. Hay parte de la doctrina que defiende la aplicación del principio de estricta legalidad a las sanciones administrativas, afirmando la necesidad de una ley formal para establecer con claridad y seguridad las conductas antijurídicas y los límites de las respectivas sanciones, ejemplos de representantes de esa corriente en

Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello, Carlos Ari Sunfeld, y Marçal Justen Filho.

En esta línea de razonamiento y defendiendo la incidencia del principio de legalidad, en ese sentido de reserva legal, se advierte que no hay sanción administrativa admisible sin previa capitulación en ley, es decir, la sanción administrativa invariablemente resulta de una ley formal anterior, cuyo contenido y naturaleza no vengán a expresar precariedad, solo así se puede fijar las infracciones y sus respectivas sanciones en su totalidad y de modo compatible a una norma válida y definitiva.

Por tanto, esa corriente doctrinaria aboga la tesis que sólo la ley estricta, en el Derecho Administrativo sancionador, puede responsabilizar a las personas de acuerdo con su imposición propia (de la ley vigente). Os sea, solo la ley en sentido formal, formulada por el Poder Legislativo, repítase, puede definir la infracción administrativa y la sanción correspondiente.

A su vez, con respeto al sistema argentino, es pertinente citar que hay normas positivadas, en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, que consagran el Principio de legalidad. Además, oportunamente, citamos el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que se aplica a la legislación de ambos países.

Por otro lado, algunos autores admiten mayor libertad de la Administración Pública en la formulación/calificación de infracciones y sanciones, aceptando, sin más restricciones, que ella misma establezca/formule el tipo administrativo específico, y se utilice incluso de conceptos jurídicos indeterminados y abiertos, o haga uso de la creación de infracciones mediante normas en blanco. Otros autores entienden que tal libertad por parte del Poder Público es compatible con el ordenamiento jurídico, pero sólo frente a las dichas relaciones especiales de sujeción.

En ese cuadro específico, es interesante a nuestro estudio observar las liciones de Juan Alfonso Santamaría Pastor, uno de los exponentes de la doctrina que aboga que es posible a la Administración elaborar los tipos concretos, pues según ello, hay una infinidad de conductas reprobables en el ámbito administrativo, por las cuales sería imposible describirlas anticipadamente todas en el texto normativo de la ley formal. Ante eso, regla general, los legisladores las describen a través de descriptores genéricos o de

manera finalista, lo que resulta en la necesidad de mayor flexibilidad, posibilitando que la Administración la integre formulando los dichos tipos administrativos, pero de modo a conferir razonable certeza a los sancionados en cada caso, lo que tornaría así el sistema adecuado. (Santamaría Pastor, 2004, p. 388-389).

Por lo tanto, a depender de la corriente, la agencia administrativa, en general, puede formular el tipo o no.

Sin embargo, insta destacar que en el Derecho argentino el artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional reserva al Congreso (legislativo) la facultad de dictar el código penal. De esa manera, de modo análogo, las posibilidades de cualquier agencia administrativa de dictar normas o resoluciones de índole sancionatoria, por el eventual carácter punitivo de esos actos, puede ser discutida y contestada.

En este contexto, la CNCom, en Argentina, sostuvo que:

“... si bien en este campo no se observa una estricta vigencia de los principios del derecho penal común, esa exclusión no puede llevarse más allá de ciertos límites, pues, ante sanciones que lesionan bienes jurídicos fundamentales del individuo, deberá exigirse una mínima previsión en cuanto a las infracciones y sus consecuencias, como garantía del principio de legalidad”. Cf. Sala III, “Banco Internacional S.A. s/ recurso”, 05/07/1984, cons. n° 5.

Aun sobre los efectos del principio de legalidad en materia sancionatoria administrativa, en la formulación del tipo punitivo, añadido a la dicha discusión jurídica anterior, preguntase: ¿de acuerdo con ese principio de legalidad, en materia administrativa, cual es la autoridad competente, en general, para la imposición/aplicación de las sanciones administrativas, o sea, a todo evento cual es la autoridad competente para la imposición, la autoridad del poder judicial o es posible a del ejecutivo también?

Para ese cuestionamiento, para aplicaciones de sanciones de un modo general, al lado de la legalidad tenemos claro la incidencia de la necesaria prerrogativa sustantiva de la Administración, la ejecutoriedad administrativa, que, se puede decir, es esencial para el funcionamiento adecuado de la

Administración, una vez que debe garantizar la continuidad del ejercicio de actividades de la Administración, que es propio del régimen administrativo y resulta que la propia autoridad administrativa necesita actuar y de manera autónoma en la gran mayoría de los casos, con fundamento en el principio de ejercicio obligatorio de la actividad pública.

En otras palabras, en términos generales, habría un grave daño a la acción estatal si el poder ejecutivo competente no pudiera aplicar sanciones en algunos casos. Sería imposible si a todo evento hubiera la necesidad de intervención del Poder Judicial.

Así, en esa orden de ideas, cabe otra cuestión involucrada que igualmente genera discusiones en torno al principio de legalidad: ¿Podría una ley autorizar la adopción al Poder Ejecutivo de una medida sancionatoria patrimonial semejante a del estudio presente, sin intervención del Poder Judicial?

Para esa cuestión, sin embargo, tenemos que hacer una mirada más específica, pues se trata de sanciones de naturaleza especial, de esa manera, para comprender sobre la posibilidad o no de la Administración aplicar tales sanciones de manera autónoma, comporta recordar el estudio de la jurisprudencia del STJ, de Brasil, en líneas anteriores, en el capítulo 4, donde se concluyó que la forma adecuada para medida de esa naturaleza especial sólo puede ocurrir a través de un proceso judicial, o sea, solo es posible la adopción de tales medidas, de ese punto de vista, solo por medio de la intervención del Poder Judicial, de modo a determinar la responsabilidad civil con fundamento en una orden judicial.

En ese sentido, es oportuno destacar a la enseñanza de Luigi Ferrajoli con respecto a sus principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad (Ferrajoli, 2005, pp. 33-38), cuyo modelo garantista, aunque por vías indirectas, hace luces en la aplicación de sanciones por la autoridad administrativa, reprobándole, una vez que pretende restringir el poder punitivo del Estado en general, resultando en la tutela de los derechos fundamentales contra la arbitrariedad en todos los ámbitos, incluso administrativo, lo que concretamente se efectiva por la observancia de esos principios (de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad) al vedar que la autoridad administrativa ejecute tales sanciones.

Sino también, todavía se identifica en la enseñanza de Luigi Ferrajoli sobre el principio del “juez natural”, que sería una garantía (involucrada y reflejo del propio principio de legalidad), cuyo fundamento establece el respeto al régimen de competencias, conceptuado en general como la medida de la jurisdicción de cada juez, cuya importancia se revela al determinar que solamente por medio de la previsión legal se determine los criterios que lo definen, excluyéndose que otros actores decidan sino solo el juez natural de acuerdo con la ley.

Lo que claramente, a nuestra comprensión, sugiere desautorizar, en esos casos de sanciones pecuniarias, que los juzguen la autoridad administrativa, debido no ser previsto en la ley como su juez natural.

Así, tenemos la “zona de reserva del Poder Judicial” en esas materias de garantías constitucionales y defensas amplias, por lo que, conforme a la Constitución de Brasil y también de Argentina, sólo el Poder Judicial tiene la potestad de determinar medidas de naturaleza invasiva, como tocar en el patrimonio de la persona en los moldes del tema estudiado. Por otro lado, en el caso argentino, la llamada “zona de reserva de la Administración”, es efecto del principio de separación de poderes, cuyo fundamento positivo es el art. 99, inc.1° de la Constitución de Argentina, que atribuye al Poder Ejecutivo la regulación de materias propias a las funciones que se le han adjudicado como responsable de la Administración estatal. En efecto, según la Corte Suprema Nacional se encuadran en esta categoría las actividades reguladas por el Estado, sobre todo en el ejercicio de su poder de policía, fundamentado en el interés público. (Marienhoff, 2020, p 220).

A su vez, tenemos presente que, **en la jurisprudencia de Argentina, a respecto de reflejos del principio de legalidad a esto aspecto de sanciones pecuniarias**, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) declaró la inconstitucionalidad de la norma (art. 92 ley 11.683) que facultaba a la adopción de medidas sancionatorias asimilables (vg. cautelares “administrativas”, dispuestas por un ente integrante del PE – AFIP - que incidían en el patrimonio de las personas, por considerar que eran unas que ingresaban dentro de la “zona de reserva” del Poder Judicial), conforme lo resuelto en autos “Fisco c/ Intercorp” (Fallos: 333:935).

En efecto, la teoría de la zona de reserva y el precepto constitucional en que se nutre, se aplican para mantener el equilibrio institucional estatal fundamentado en la separación de los poderes.

Por lo tanto, de acuerdo con el desarrollo de ese capítulo, **me afilio al entendimiento que defiende que el principio de la legalidad aplicado al Derecho Administrativo Sancionador representa verdadera tutela de los derechos fundamentales** contra la arbitrariedad en el ámbito administrativo, al vedar que la Administración formule tales tipos y que la autoridad administrativa ejecute sanciones económicas de esa naturaleza, a los moldes del problema estudiado.

CONCLUSIÓN

En esta tesis, habíamos inicialmente propuesto como objetivo general analizar la discrecionalidad de las facultades sancionatorias de carácter económico del Ejército brasileño sobre sus agentes y planteados otros objetivos específicos constantes de la Introducción, los cuales permitirán el desarrollo de la Tesis. Donde se evalúa que ellos fueron atingidos plenamente, conforme la revisión a continuación presentada.

Preliminarmente, es relevante destacar que la originalidad de esa Tesis se debe en gran parte por el escaso desarrollo del "Derecho Administrativo sancionador" y que su análisis, si bien se limita a peculiaridades de un universo de caso estudiado específicamente del problema planteado (previsión en norma administrativa de descuento directamente sobre el sueldo de los militares, por orden de la propia autoridad administrativa militar del Ejército brasileño), es generalizable a otras situaciones fácticas.

En esta investigación, para lograr los objetivos planeados, se estudiaron algunos de los puntos más relevantes del Derecho Administrativo, haciéndose una travesía teórica del análisis de su origen histórica, su concepto histórico y de su actual significado como fenómeno jurídico; de los aspectos de la teoría del acto administrativo; del instituto de la discrecionalidad; del pragmatismo en el contexto de las decisiones administrativas, aterrizando en el análisis conceptual y de orden práctico de la Ordenanza 1324/2017, además del estudio de legalidad en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador.

Así, se concluyó que el Derecho Administrativo se presenta como una disciplina teórica que históricamente se firmó como independiente del Derecho, estableciendo que hay sujeción de la Administración al estado de Derecho, que pasa a orientar sus relaciones con los particulares.

Tras la revisión de conceptos básicos inherentes al acto administrativo, control administrativo y responsabilidad, se concluyó sobre la importancia de la elaboración de los actos administrativos "saludables," en lo que corresponde a la estructuración de las decisiones sobre la responsabilidad de los agentes públicos, con la observancia de los contenidos amplios de juridicidad.

Además, se vio, al estudiar, específicamente, el Derecho Administrativo sancionador, que se le pueden aplicar ciertas normas que habitualmente se reservan para el derecho penal. Al mismo tiempo, se concluyó que, en el ámbito administrativo, se deben garantizar los derechos fundamentales.

También se puede concluir, en esta Tesis, que el pragmatismo influyó concretamente en la actualización de la LIND de Brasil y que impactó en el ámbito de la Administración, sugiriendo que las conductas cometidas con (culpa grave o error grosero) deben ser evaluadas por otra instancia, como a judicial. Se puede verificar, así, que la responsabilidad personal del agente administrativo (a través de sanciones administrativas económicas) solo se producirá cuando haya culpa grave o error grosero en su actuar.

Se verificó, con apoyo en las enseñanzas de exponentes del tema, en especial de la doctrina argentina, sobre el dicho fenómeno de la discrecionalidad, que es la libertad de elección o determinación de las posibilidades, dentro de los límites de la ley, por parte de la Administración.

Sobre el ejercicio de la discrecionalidad en ese ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, específicamente en la aplicación de sanciones administrativas de naturaleza económica, se concluyó que ese valioso instituto de la discrecionalidad debe ser utilizado para la elección de soluciones, por la autoridad, con la finalidad de alejar las posibilidades de aplicación de sanciones económicas previstas y llevadas a cabo por la propia Administración.

Se señala como producto conclusivo del estudio sobre la discrecionalidad que se trata de una estrategia intencional del legislador para que el administrador gestione oportunamente, de acuerdo con la realidad del caso concreto.

Destacamos específicamente la importante conclusión relacionada a la discrecionalidad de las facultades sancionatorias de carácter pecuniario del Ejército brasileño sobre sus agentes, que logró relevar que sus autoridades disponen de un amplio margen de discrecionalidad para la determinación de la aplicación de esas, lo que resulta factible la elección de la mejor solución del punto de vista jurídico, incluso se puede elegir la aplicación de otra norma (que

no la específica del problema estudiado), favoreciendo el ejercicio de derechos y garantías consagrados.

Con relación al principio de la legalidad aplicado al Derecho Administrativo Sancionador, se concluyó que, incluso con fundamento en jurisprudencia y doctrina argentina, él veda la formulación de tipos sancionadores por la Administración y que la autoridad administrativa ejecute sanciones de esa naturaleza pecuniaria.

Así, llegamos a la importante conclusión de que la norma de la ordenanza, que determina a la autoridad militar aplicar descuentos directos en los sueldos de los militares, **no lo es considerada adecuada su aplicación.**

De esa manera, se ha comprobado la existencia del amplio margen discrecional para la determinación de la aplicación (o no) de sanciones administrativas de carácter económico, sino también que está disponible al Ejército el uso de reglas legales y normas principios (como el de la razonabilidad) que justificadamente pueden eliminar la aplicación de la dicha regla de la ordenanza.

Además, se concluyó que es necesario que la autoridad militar evalúe la falta, el grado del error, y sus circunstancias, como los obstáculos y dificultades reales del agente para elaboración de una decisión justa, que proteja el interés público y respete a los derechos de los militares/agentes, en observancia al pragmatismo.

En síntesis, de acuerdo con el análisis del problema planteado en esa investigación, se puede verificar que la regla de la Ordenanza 1324/2017, sobre el descuento en el sueldo de los militares del Ejército Brasileño, determinado por la autoridad militar, no posee naturaleza obligatoria para la autoridad.

Asimismo, se verificó que la ley sólo permite que el Poder Judicial ingrese en el salario del ciudadano, por medio de rito propio y también se permite hacerlo al TCU, en los supuestos previstos por la ley.

Además, no prevé esta prerrogativa para las demás autoridades administrativas en sus actividades ordinarias. Luego, se concluyó que, según las leyes, las autoridades militares son responsables únicamente por las

medidas preparatorias para la cobranza y no pueden invadir el salario de las personas bajo su administración, concluyéndose que es más adecuada la evaluación por otra instancia como la judicial, mejor preparada para procesar y juzgar.

En ese sentido, se verificó que la dicha disposición de la Ordenanza No. 1324/2017 mitiga la posibilidad del ejercicio efectivo de las garantías judiciales, previsto en la CF/88 como reflejo, en el sistema jurídico de Brasil, de la incorporación de las directrices de los DDHH.

Sino también se concluyó que colide con la proporcionalidad, a través de desproporción entre el medio empleado (descuento en la nómina) y el fin de la norma.

Con peculiar relevancia se verificó que las sanciones económicas de los descuentos directos no se encuadran en la categoría clasificada como “relaciones especiales de sujeción”, que el Estado históricamente establece con sus militares.

En ese mismo sentido, se concluyó que el principio de legalidad aplicado al Derecho Administrativo Sancionador establece que no es adecuado la formulación de tipo administrativo sancionador de esa naturaleza (sanciones pecuniarias) por la Administración y ni la aplicación autónoma por la misma Administración.

Por todo eso, se concluyó que las autoridades del Ejército Brasileño disponen de un amplio espectro de leyes a aplicar en sustitución de la regla de la Ordenanza 1324/2017.

Además, se concluye que la presente investigación ofrece una contribución para evolución de la Gestión del Ejército Brasileño, en la medida que presenta la inadecuación de la norma infra legal, inculpada en su Ordenanza 1324/2017.

De esa manera, se evalúa que la Institución Ejército puede por medio de esas conclusiones, empezar un estudio con el objetivo de revisar tales normas internas con vistas a superar interpretaciones equivocadas, fortaleciendo su régimen normativo administrativo.

En ese sentido, esa libertad discrecional es lo que debe guiar la actividad de la autoridad administrativa, llevando a superación de desafíos y mejorando la calidad de la gestión y a innovación, según las nuevas disposiciones de la LINDB (bajo al pragmatismo).

Desde el punto de vista de la investigación científica, éste trabajo puede considerarse apenas un primer estudio acerca de problemas jurídicos que impactan sensiblemente la Gestión del Ejército. Así, se buscó la solución de tal problema cotidiano a través de la aplicación del método científico y de la interpretación de normas legales, infra legales, constitucionales, convencionales, jurisprudenciales y doctrinas.

Además, se buscó otorgar subsidios a la alta administración, autoridades administrativas legislativas de la Institución-Ejército Brasileño, en el sentido de la posibilidad de evaluar, a la luz de fundamentos y motivaciones desarrolladas en esta investigación, de eventual revocación de contenido de la norma investigada en el punto estudiado y por consecuencia la edición de una actualización material de la norma, de acuerdo con los normativos ya existentes que regulan la materia.

Finalmente, como principal resultado práctico de esa investigación, presenta este estudio el probable impacto de otorgar subsidios jurídicos a los gestores del Ejército, basándose en la comprobación de la hipótesis de que el Ejército Brasileño dispone de un amplio margen de discrecionalidad para la determinación de la aplicación (o no) de sanciones administrativas de carácter económico sobre sus agentes. De esa manera, estableciendo que no hay la necesidad de ejecución directa de los descuentos en los sueldos de sus agentes, pero sí incentivándoles las autoridades militares a fundamentar sus decisiones con mayor robustez del punto de vista jurídico y filosófico, contribuyendo así para formular una solución que puede llevar a una aplicación general a todos los casos.

Bibliografía

ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Derecho Internacional Público. 11ª ed. São Paulo: Saraiva.

AGOSTINI, Alexandra Comar de; HOSSEPIAN S. L. JUNIOR, Arnaldo. La invasión incondicional del derecho penal y del derecho administrativo sancionador como mecanismo de legitimación y control del poder punitivo del Estado. En: BLAZEK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). Derecho administrativo sancionador. São Paulo: Barrio Latino, 2015.

ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. 2. Ed. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2008.

ALONSO REGUEIRA, Enrique M., Estudios de Derecho Público, 1º ed., Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, Buenos Aires, 2013, pág. 381.

ALVES, J. A. Lindgren – Derechos humanos como tema global, SP Perspectiva/FUNAG, 2014.

ALVES, J. A. Lindgren – Derechos humanos en la posmodernidad, SP Perspectiva/FUNAG, 1994.

ANNONI, Danielle (coordinadora). Los nuevos conceptos del nuevo Derecho Internacional: ciudadanía, democracia y derechos humanos. Río de Janeiro: América Legal, 2002.

ARAÚJO, Clarice von Oertzen de; y ALVES, Pedro Spíndola Bezerra (eds.). Reflexiones sobre el pragmatismo filosófico y jurídico. Curitiba: CRV, 2019.

ATALIBA, Gerardo. Prefacio. En: AMARAL, Antonio Carlos. Extinción del acto administrativo. São Paulo: Revista de los Tribunales, 1978, p. VIII.

ATIENZA, Manuel. (2005). LAS RAZONES DEL DERECHO. Teorías de la argumentación jurídica; México, DF: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

BALBÍN, Carlos F., Curso de derecho administrativo, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Derecho Administrativo. 34ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Discrecionalidad y control judicial. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Principios generales del derecho administrativo. 3ra ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.

BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. Principios constitucionales del proceso administrativo disciplinario. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. El Derecho Constitucional y la Eficacia de sus Normas: Límites y Posibilidades de la Constitución Brasileña. Río de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, G.; CYRINO, A. El Arte. 28 de LINDB - La cláusula general de error administrativo. Revista de Derecho Administrativo, [S. l.], pág. 203–224, 2018. DOI:10.12660/rda.v0.2018.77655. Disponible en: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>. Consultado el: 11 de enero. 2022.

BOBBIO, Norberto. Teoría del sistema jurídico. 10 Edición. Brasilia: Editora Universidad de Brasilia, 1999.

BONAVIDES, Pablo. Curso de Derecho Constitucional. 8vo. Edición. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Los límites a los derechos fundamentales, Madrid, Dykinson, 2004, pág. 429.

BRASIL. Constitución de la República Federativa de Brasil. Brasilia, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto Ley N ° 1.025, de 21 de octubre de 1969.

BRASIL. Decreto Ley No. 1.569, de 8 de agosto de 1977.

BRASIL. Regula lo dispuesto en el art. 20 al art. 30 del Decreto-Ley nº 4.657, de 4 de septiembre de 1942, que establece la Ley de Introducción a las normas del Derecho Brasileño. Decreto N° 9830, de 10 de junio de 2019. Brasília, DF: Senado Federal, 2018.

BRASIL. Estatuto de Normas Generales de Derecho Financiero para la elaboración y control de los presupuestos y balances de la Unión, Estados, Municipios y Distrito Federal - Ley N° 4.320/1964. Brasília, DF: Senado Federal, 1964.

BRASIL. Estatuto de los Militares - Ley N° 6.880/1980. Brasília, DF: Senado Federal, 1980.

BRASIL. Incluye en el Decreto-Ley N° 4.657, de 4 de septiembre de 1942 (Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño), disposiciones sobre seguridad jurídica y eficacia en la creación y aplicación del derecho público - Ley N° 13.655, de 25 de abril de 2018. Brasília, DF: Senado Federal, 2018.

BRASIL. Cobranza Judicial Ley de la Deuda Activa del Tesoro Público - Ley N° 6.830/1980, DF: Senado Federal, 1980.

BRASIL. Ley Orgánica del Ministerio Público - Ley Complementaria N° 73/1993. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Ley Orgánica del Tribunal Federal de Cuentas - Ley N° 8.443/1992. Brasília, DF: Senado Federal, 1992.

BRASIL. Nuevo Código de Procedimiento Civil - Ley N° 13.105/2015. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. La facultad de celebrar tratados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

CÁMARA, Alexandre Freitas. Lecciones de Derecho Procesal Civil. 22. ed. São Paulo: Atlas. 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. La protección internacional de los derechos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Derecho Administrativo. 30ª edición. São Paulo: Atlas, 2017.

CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho administrativo, 8a. ed., Abeledo-Perrot, 2006, t. I.

CASSAGNE, Juan Carlos, La Discrecionalidad Administrativa, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 1056.

CORVALÁN, Juan G., Control judicial de la discrecionalidad administrativa, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 1159

CUEVAS, Magdalena Aguillar. Las Tres Generaciones de los Derechos Humanos. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/view/5117/4490>. p. 93. Accedido en 20 Nov 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoría General del Estado. São Paulo: Saraiva, 2015.

DE GÉRANDO, Joseph-Marie (Baron). *Institutes du droit administratif français, ou éléments du code administratif réunis et mis en ordre*. 2. ed. (1. ed. em 1829). Paris: Chez Nêve, Librairie de la Cour de Cassation, 1842. Tomo I. pp. 1-2.

DIAS, Eduardo Rocha. Sanciones administrativas aplicables a licitadores y contratistas. São Paulo: Dialética, 1997.

Derecho administrativo sancionador: estudios de honor del profesor emérito de la PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello / José Roberto Pimenta Oliveira (coordinador). – São Paulo: Malheiros, 2019.

DI PIETRO, María Sylvia Zanella. Derecho Administrativo. 34ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, María Sylvia Zanella. La discrecionalidad administrativa en la Constitución de 1988, 2012.

DOMINGO SESÍN. Juan. El control judicial de la discrecionalidad administrativa. Documentación Administrativa / n.º 269-270 (mayo-diciembre 2004).

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, Ariel, Barcelona: 1984.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. (Revisor técnico Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: RT, 2014. v. II.

FARINELLA. Favio. DDHH y Garantías. Disponible en: <https://faviofarinella.weebly.com/derechos-humanos.htm>: Accedido en 10 nov 2021.

FERREIRA, Daniel. Sanciones administrativas. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías: la ley del más débil. Trotta, Madrid:1999.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón – Teoría del garantismo penal, 7ª edición, Trotta, Madrid, 2005.

FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. por Sabino A. Gendin. Barcelona/Madrid/Buenos Aires: Editorial Labor, 1933, p.25.

FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid: Instituto de Estudio Políticos, 1958, p. 138.

FURTADO DE MENDONÇA, Francisco Maria de Souza (Conselheiro). *Excerto de derecho administrativo patrio*. São Paulo: Typographia Allemã de Henrique Schroeder, 1865; p 20.

GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., Las medidas cautelares contra la Administración Pública, Ed. Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2006.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo, Edit Civitas, Madrid. Reimpresión. 2001. Tomo II, pág. 23.

GARCIA Macho, Ricardo. Las Relaciones de Especial Sujeción en la Constitución Española. Edt. Tecnos, Madrid, 1992.

GORDILLO, Agustín, El acto administrativo, Buenos Aires, 1969.

GUYOMAR, Mattias. Les sanctions administratives. Paris: LGDJ, 2014.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. Revista de Derecho Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1945.

JORDÃO, E. Art. 22 da LINDB – Se acabou el romance: refuerzo del pragmatismo en el derecho público brasileño. Revista de Derecho Administrativo, [S. l.], pág. 63–92, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77650. Disponible en: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>. Consultado el: 11 de enero. 2022.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFERRIÈRE, Louis Firmin Julien. *Cours de droit public et administratif*. 5. ed. (1ª em 1839). Paris: Cotillon, 1860. Tomo I. (pp 8-9).

LAURIA, Marcela, “El derecho administrativo sancionador en el ordenamiento jurídico argentino”, El derecho administrativo, t. 2007, p. 541.

LOBO DA COSTA, Regina Helena. Derecho administrativo sancionador y derecho penal: la necesidad de desarrollar una política sancionadora integrada. En: BLAZEK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). Derecho Administrativo Sancionador. São Paulo: Barrio Latino, 2014.

LENZA, Pedro. Delineado el Derecho Constitucional. São Paulo, Método, 2017.

MAYER, Otto. *Le droit administratif allemand*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903. Tomo I, pp 15-16.

MADALENA, Luis Henrique. Una teoría da discrecionalidad administrativa. São Paulo, Juspodivm, 2020.

MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, T. I, 5.a. edición actualizada, reimpresión, Buenos Aires, 2020, p 220.

MEDAUAR, Odete. discreción de la gerencia. Revista dos Tribunais, año 75, vol. 610, agosto de 1996. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discrecionalidad y control judicial. São Paulo: Malheiros, 1992.

MEDAUAR, Odete. Derecho Administrativo Moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. Derecho Administrativo Brasileño. 4ª ed. a., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Curso de Derecho Internacional Público 15ª edición. Río de Janeiro: Renovar, 2004.

MELLO, Rafael Munhoz de. Principios constitucionales del derecho administrativo sancionador: sanciones administrativas a la luz de la Constitución Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO FILHO, João Aurino de (coord.). Aplicación de la aplicación de impuestos: análisis pragmático del proceso de aplicación de impuestos. 2ª ed. rev., actual. y amperio Bahía: Jus Podivm, 2013.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. El verdadero cambio de paradigma en el derecho administrativo brasileño: del estilo tradicional al nuevo estilo. Revista de Derecho Administrativo, Río de Janeiro, v. 265, pág. 179-198, 2014.

MERCADO, Francisco García Gómez de. Sanciones administrativas: garantías, derechos y recursos del responsable. Granada: Comares, 2004.

MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Edição a cargo de José Luis Monereo Pérez). Granada: Comares, 2004 (texto original de 1927);p 1.

MORAIS, Alexandre de. Derecho constitucional. São Paulo: Atlas, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCÍA, Flavio Amaral. Principios en el derecho administrativo sancionador. Revista electrónica de derecho económico administrativo, Salvador, n. 28 de noviembre/enero 2011/2012. Disponible en: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=610>. Consultado el 10 de diciembre de 2021.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 2004.

NASSER, Rabib Alí. ¿Qué es la Investigación Jurídica? São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

NIETO, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. 5. ed. Madri: Tecnos, 2017. p. 163

NINO, C. (2003). Introducción al Análisis del Derecho; Buenos Aires;:Astrea.

OLIVEIRA, R. C. R. La relectura del Derecho Administrativo a la luz del pragmatismo jurídico. Revista de Derecho Administrativo, [S. I.], v. 256, pág. 129–163, 2011. DOI: 10.12660/rda.v256.2011.8496. Disponible en: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496>. Consultado el: 13 de noviembre. 2022.

ONU: Asamblea General, **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 993, p. 3, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/4c0f50bc2.html> [Accesado el 2 diciembre 2021].

Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

Ordenanza N° 1.324, de 4 de octubre de 2017, del Comando del Ejército: Aprueba las Normas para la Investigación de Irregularidades Administrativas (EB10-N-13.007) y otras disposiciones. SEPARADO al Boletín del Ejército N° 41/2017.

Ordenanza N° 1845, de 29 de septiembre de 2022, del Comando del Ejército: Aprueba las Normas para la Investigación de Irregularidades Administrativas (EB10-N-13.007), disponible en: http://www.sgex.eb.mil.br/sq8/005_normas/01_normas_diversas/01_comando_do_exercito/port_n_1845_cmdo_eb_29set2022.html

OSORIO, Fabio Medina. Derecho administrativo sancionador. 5. ed. Rdo. actual. y amperio São Paulo: RT, 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Consultado el 27/11/2018.

PEREIRA, André Gonçalves. Error e ilegalidad en el acto. Lisboa: Ática, 1962.

PEREIRA DO REGO, Vicente. Elementos del derecho administrativo brasileño, comparados con el derecho administrativo francés, según el método de P. PRADIER-FODERÉ. Recife: Tipografía Universal, 1857; pág. 3.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Control judicial de la discrecionalidad administrativa: de los conceptos jurídicos indeterminados a las políticas públicas. 2ª ed. Belo Horizonte: Foro, 2013. p. 201

POSNER, R. Law, Pragmatism and Democracy, Harvard University Press. Cambridge, Massachussetts, 2003.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Derecho internacional público y privado, 11. ed., rev., Salvador, JusPODIVM, 2019.

PRADIER-FODERÉ, Paul. *Précis de droit administratif*. 3. ed. Paris: A. Marescq e E Dujardin, 1856. p. 15.

REZEK, José Francisco. Ley internacional pública. 17ª edición. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Principii fondamentali di diritto amministrativo*. 2. ed. (1. em 1814). Firenze: Stamparia Piatti, 1832., p 9.

ROSA, Iris Vania Santos. Poder discrecional. Enciclopedia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga y André Luiz Freire (coords.). Tomo: Derecho Tributario. Paulo de Barros Carvalho, Maria Leonor Leite Vieira, Robson Maia Lins (coordinador del tomo). 1ra ed. São Paulo: Pontificia Universidad Católica de São Paulo, 2017. Disponible en: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/282/edicao-1/poder-discrecional>

RIBAS, Antonio Joaquín. derecho administrativo brasileño. S/l: Ministerio de Justicia, 1968 (reimpresión del texto original de 1861).

SÁNCHEZ MORÓN, M. El control de las Administraciones Públicas y sus problemas, Madrid: Instituto de España (Espasa-Calpe), 1991.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo general. Madrid: lustel, v.2., 2004. p. 388-389.

SILVA, José Afonso da. Curso de derecho constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2005.

STARCK, Christian. Das Verwaltungsermessen und seine gerichtliche Kontrolle, in: FRANBEN, E. et alii (Hrsg.). Bürger, Richter, Staat-Festschrift für Horst Sander, München: C.H. Beck, 1991.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Derecho Público. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

TAVARES, André Ramos. Curso de Derecho Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEODORO JUNIOR, Humberto. La Reforma de la Ejecución del Título Extrajudicial – Ley n.º 11.382, de 6 de diciembre, 2006. Río de Janeiro: Forense. 2000.

TEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de derecho procesal civil. 41ª edición. Río de Janeiro: Forense, tomo III, 2021.

VEIGA CABRAL, Prudêncio Giraldes Tavares (Directorio). Derecho administrativo brasileño. Río de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859; pág. 12.

VORONOFF, Alicia. El derecho administrativo sancionador en Brasil: justificación, interpretación y aplicación. Belo Horizonte: Foro, 2018.

LA DISCRECIÓN EN LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEGITIMIDAD DE LAS FACULTADES SANCIONATORIAS DEL EJÉRCITO BRASILEÑO SOBRE SUS AGENTES

En ese estudio, partiendo de los substratos teóricos más importantes del Derecho Administrativo, profundizando en las enseñanzas que nos brindan los adoctrinadores y expertos en algunos de sus más relevantes aspectos, hicimos un aterrizaje en problema que se relaciona con la Gestión del Ejército Brasileño, específicamente a un acto administrativo normativo interno, que prevé el descuento directamente sobre el sueldo de los militares, por orden de la propia autoridad administrativa militar, a través de un proceso administrativo, en el ámbito de la Organización Militar, en los casos en que exista responsabilidad administrativa de los agentes.

Autor

Home Editora
CNPJ: 39.242.488/0002-80
www.homeeditora.com
contato@homeeditora.com
91984735110
Av. Augusto Montenegro, 4120 - Parque
Verde, Belém - PA, 66635-110

