

LOS REGLAMENTOS DISCIPLINARIOS Y EL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN BRASIL (1)

Jorge César de Assis (2)

Traducción: Milena Pedroso Muschiatti

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA

El análisis del tema que comprende los reglamentos disciplinarios y el respeto a los derechos fundamentales significa, en último análisis, verificar, si los últimos están siendo respetados por los primeros, dentro del amplio universo que constituye la sociedad militar.

El Título II, de la Constitución Federal de 1988 abarca cinco (5) grupos de derechos fundamentales del ciudadano brasileño, a saber: *Derechos individuales* (art. 5.º); *Derechos colectivos* (art. 5.º); *Derechos sociales* (art. 6.º y 193); *Derechos a la nacionalidad* (art. 12.º) y; *Derechos políticos* (art. 14 a 17).

Para José Afonso da Silva, «la afirmación de los derechos fundamentales del hombre en el Derecho Constitucional positivo se reviste de trascendental importancia, pero, como había notado Maurice Hauriou, no basta que un derecho sea declarado, es necesario garantizarlo, porque vendrán ocasiones en que será discutido y violado» (3).

(1) Palestra proferida en el seminario *Justiça Militar Contemporânea*, Organizado por la *Escola Superior do Ministério Público da União*. Auditorio de la Procuradoria General de la Justicia Militar, Brasília/DF, 22.11.2002

(2) Miembro del Ministerio Público de la Unión. Promotor de la Justicia Militar en Santa Maria/RS.

(3) Curso de Derecho Constitucional Positivo, 15.º edición Revista, Malheiros Editores, São Paulo, 1998, p. 189.

El tema propuesto plantea también un estado actual de «reacción» de la sociedad militar frente a los derechos y garantías fundamentales del ciudadano brasileño, concepto en el cual se incluye el ciudadano militar.

Esta constatación se verifica cuando el Comandante del Ejército Brasileño afirma existir una «creciente influencia del Poder Judicial en cuestiones eminentemente administrativas de la fuerza terrestre». Para esta autoridad, «el incremento acentuado de la utilización de la vía judicial viene ocasionando una sensible corrosión a los fundamentos básicos de las Fuerzas Armadas: la jerarquía y la disciplina. Las penas aplicadas, los traslados por necesidad del servicio, el licenciamiento del servicio activo, los enganches o reenganches concedidos y las pagas de beneficios obedecen estrictamente a lo prescrito en la legislación en vigor. Las anulaciones de actos administrativos disciplinarios, por medio de medidas cautelares en procesos, sin examen del fondo del asunto, comprometen la autoridad del comando y estimulan iniciativas análogas, teniendo en vista la facilidad con que tales decisiones son obtenidas» (4).

El texto es duro, mereciendo entonces, un análisis estricto, a partir de aquello que la propia Constitución Brasileña establece.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD MILITAR

La profundización en la cuestión sugiere, de hecho, la aceptación de los siguientes puntos básicos (5):

- La sociedad militar es peculiar;
- Posee *modus vivendi* propio;
- Sin embargo se somete a los principios generales del derecho, amoldándose al ordenamiento judicial nacional, puede y debe ser sometida al control judicial del cual nadie puede evadirse.
- Esta peculiaridad exige sacrificios extremos (la propia vida), que es más que el simple riesgo de servicio de las actividades tenidas como penosas o insalubres en su conjunto;
- Para condiciones tan especiales de trabajo, especial es también el régimen disciplinario, que trata de conciliar tanto los intereses de la institución como los derechos de los que a él se someten. La rigidez del régi-

(4) Conforme oficio n.º 133-A2, del 08.07.2002, del Gen. Ej. Glauber Vieira, dirigido al Ministerio de la Defensa, publicado en internet, en la página de la Asociación de las Plazas del Ejército Brasileño: www.apeb.com.br

(5) Como hizo João Rodrigues Arruda, *A natureza jurídica da sanção disciplinar e a dualidade de jurisdição*, agosto del 2002.

men disciplinar y la severidad de las sanciones no pueden ser confundidas como supresión de sus derechos.

Entre otros dispositivos constitucionales que analizaremos en el curso de este análisis, hay que tener en mente que *Las Fuerzas Armadas, constituidas por la Marina, por el Ejército y por la Aeronáutica, son instituciones nacionales permanentes y regulares, organizadas con base en la jerarquía y en la disciplina* (art.142, caput), *siendo que La ley dispondrá sobre el ingreso en las Fuerzas Armadas, los límites de edad, la estabilidad y otras condiciones de transferencia del militar para la inactividad, los derechos y los deberes, la remuneración, las prerrogativas y otras situaciones especiales de los militares, consideradas las peculiaridades de sus actividades, incluso aquellas cumplidas por fuerza de compromisos internacionales y de guerra* (art. 142, § 3.º, X). El resaltado es nuestro.

La ley referida por la Carta Magna es el Estatuto de los Militares — Ley n.º 6.880, del 09.12.1980—.

En ella, en su art. 3.º está expreso, de forma clara, que los miembros de las Fuerzas Armadas, en razón de su función constitucional, forman una categoría especial de servidores de la Patria y son denominado militares. La Enmienda Constitucional n.º 18, del 05.02.1998, añadió al art. 142, su § 3.º, con el mismo sentido de calificación.

Dicho esto, pasaremos a examinar cada uno de los cinco grupos de derechos fundamentales referidos al inicio, para verificar la mayor o menor reacción de la sociedad militar en relación a sus integrantes, analizando las causas de la confrontación, si por acaso existen.

Es importante resaltar también, que la cuestión de la efectiva aplicación de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución para los militares, fue tema de un interesante debate, lanzado por nosotros, en el sitio español que mantiene un foro de debate sobre derecho militar (6), cuyas colaboraciones procedentes de jueces, militares y abogados de lengua hispana, podrán, al debido tiempo, ser tenidas en cuenta en este trabajo.

3. LA SOCIEDAD MILITAR Y LOS DERECHOS POLÍTICOS

El art.14 de la Constitución de la República estableció que la soberanía popular será ejercida por el sufragio universal y por el voto directo y secreto, con igual valor para todos, y, en los términos de la ley, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

(6) A propósito, confiera, [http: www.elistas.net/lista/derechomilitar](http://www.elistas.net/lista/derechomilitar)

Dirigiéndose a los militares, su § 2.º impide la inclusión como elector tan sólo de los **conscriptos**, durante el periodo del servicio militar obligatorio. Tal norma, *data venia*, es inocua, ya que la constitución ciudadana trajo, como novedad en términos de derechos políticos, la facultad de que los adolescentes mayores de 16 y menores de 18 años figuren como electores si así lo quisiesen.

Y, gracias a la madurez política de nuestra juventud, la participación electoral en esta edad es numerosa, vale decir, habitual, por lo que el conscripto ya será elector.

En verdad, esta extensión del derecho de voto a los militares ocurrió en 1988. Hasta entonces, Cabos y Soldados estaban excluidos de las listas electorales, lo que representaba, a toda evidencia, un *capitis deminutio* (7) en su ciudadanía.

Vale recordar que el § 2.º, del art. 142, de la Constitución de 1969, garantiza el alistamiento electoral solo a los oficiales, aspirantes a oficial, guardias-marina, subtenientes o suboficiales, sargentos o alumnos de las escuelas militares de la enseñanza superior para formación de oficiales.

La Carta Política de 1969 repetía prohibiciones constitucionales anteriores, desde la época del Imperio. En términos de derecho al ejercicio del voto, los cabos y soldados solamente se volvieron ciudadanos plenos a partir del 05.10.1988 (8).

En cuanto al derecho de votar y ser votado, el § 8.º del art.14, hizo más difícil que el militar pueda ser candidato y elegible, desde las siguientes condiciones atendidas:

I. Si cuenta con menos de diez años de servicios deberá apartarse de la actividad.

II. Si cuenta con más de diez años, será agregado por la autoridad superior y, si es electo, pasará automáticamente, en el acto de acreditación, para la inactividad.

En relación al inciso 1 el art.14, comienzan los primeros enfrentamientos entre los intereses del militar que pretende presentarse como candidato y los de su Corporación, ya que el texto constitucional es vago, no esclareciendo de que forma deberá ocurrir el apartamiento de la actividad.

En relación al inciso 2, caso del militar en actividad con más de diez años, la norma es clara, al presentarse como candidato (formalización en el regis-

(7) Disminución de capacidad; pérdida de autoridad. Paulo Ronai, *Como anda seu latim*, 5.º edição, Editora Nova Fronteira, 1980, p.38

(8) A ese respecto, escribimos el texto '*Cabos e soldados da PM: Enfim o direito de votar*', mostrando incluso la evolución constitucional. Periódico *Correio de Notícias*, Curitiba, 31.10.1988, p.11.

tro de la candidatura por el Partido Político) será naturalmente agregado, que es la situación en la cual deja de ocupar vacante en la escala jerárquica de su Cuerpo, Cuadro, Arma o Servicio, permaneciendo en ella sin numero (9).

La ley militar trata de la agregación por cese temporal, cual sea, por haberse presentado como candidato a un cargo electivo, desde que cuente con 5 (cinco) años o más de servicio, contada a partir de la fecha del registro como candidato hasta su acreditación o regreso a la Fuerza Armada a la que pertenece, si no hubiera sido electo (10), estando tal norma legal en sintonía con el art.98, incisos I, II, III, de la Ley n.º 4.737, del 15.07.1965 —Código Electoral, *pero no necesariamente en sintonía con la actual Constitución, que dio nuevo tratamiento a la materia*—.

La regla del art.98, del código Electoral (militar con menos de 05 años de servicio será, al presentarse como candidato a un cargo electivo, **excluído del servicio activo**, militar con 05 años o más, al presentarse como candidato al cargo electivo será **alejado temporalmente del servicio activo, como agregado**) data de la Constitución de 1946 (párrafo único del art.138), repitiéndose en la de 1967 (párrafo único del art.145) y en la de 1969 (§ 1.º, del art. 150).

La regla constitucional, hoy, es otra.

La cuestión sin embargo, se encuentra en el Supremo Tribunal Federal, en vías de pronunciamiento del Recurso Extraordinario n.º 279.469/RS. Se trata de un recurso extraordinario interpuesto por el *Estado do Rio Grande do Sul*, contra acuerdo de su Tribunal de Justicia, que había reconocido a un ex-funcionario militar —que había sido cesado *ex-officio*, con base en el citado artículo, por haber pedido el apartamiento para presentarse como candidato al cargo de «vereador» cuando contaba con **menos de diez años de servicio**— el derecho a la reintegración al servicio activo, con indemnización de los derechos adquiridos.

El Tribunal, acogiendo propuestas del Relator, acordó que efectuasen el pronunciamiento de la causa en *plenario* (11).

4. DERECHO A LA NACIONALIDAD

En el Derecho Constitucional brasileño vigente, los términos nacionalidad y ciudadanía, o nacional y ciudadano, tienen sentido distinto. Nacio-

(9) Art. 80, del Estatuto de los Militares.

(10) Art. 82, XIV, del Estatuto de los Militares.

(11) STF, 2.º Grado, Relator Ministro Maurício Correa, juzgado en 14.05.2002, publicado en el DJU, del 03.09.2002-12-08

nal es el brasileño nato o naturalizado, o sea, aquel que se vincula, por nacimiento o naturalización, al territorio brasileño. Ciudadano califica el nacional en el gozo de sus derechos políticos y en los de participación en la vida en el Estado (arts. 1.º, II y, 14) (12).

Perciban que el § 2.º del art.14, de la Constitución, asegura que la ley no podrá establecer distinción entre brasileños natos y naturalizados, *salvo los casos que ella misma prevé*, como por ejemplo, el siguiente § 3.º, cuando estableció los cargos que son de prestación obligatoria por los brasileños natos y, entre ellos, en el inciso VI, el de Oficial de las Fuerzas Armadas.

La garantía en ese caso, pensamos, alcanza mucho más que el dignificante cargo (Oficial de las Fuerzas Armadas) comprendiendo a cada brasileño nato de un modo general, ya que el empleo de oficial presupone el cumplimiento de una serie de requisitos establecidos por la ley, por parte de los interesados.

No se tiene noticia, salvo error por el que desde luego nos excusamos, de cualquier cuestionamiento en cuanto a esta clase de derechos. Se advierte, mientras, que, impedido de ser Oficial de las Fuerzas Armadas, el brasileño naturalizado puede, a toda evidencia, alcanzar el grado de Oficial de las Policías Militares y de los Cuerpos de Bomberos Militares, siendo claramente inconstitucional, cualquier restricción en ese sentido: donde la Constitución no distingue, no cabe al intérprete o al legislador infraconstitucional hacerlo!

5. EFECTIVACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Están los derechos sociales previstos entre los artículos 6.º y 11, de la Constitución Federal.

José Afonso da Silva enumera una clasificación de los derechos sociales del hombre como trabajador y consumidor (13).

Entran en la categoría de los derechos sociales del hombre trabajador los siguientes: la libertad de asociación social (Instrumento de acción colectiva). el derecho de paro, el derecho de que el trabajador pueda determinar las condiciones de su trabajo (contrato colectivo de trabajo), el derecho de cooperar en la gestión de la empresa (co-gestión o autogestión) y el derecho de obtener empleo. Son los derechos previstos en los artículos 7.º a 11.

(12) Conforme José Afonso da Silva, obra citada, página 320

(13) Ob. cit., p. 290

En la categoría de los derechos sociales del consumidor entran: los derechos a la salud, a la seguridad social (seguridad material), al desarrollo intelectual, el igual acceso de los niños y adultos a la instrucción, a la formación profesional y a la cultura y garantía al desarrollo de la familia, que son, como se nota, los indicados en el art. 6.º y, desarrollados a partir del art. 193.

Siguiendo su línea de orientación con relación a los militares brasileños, la Constitución Federal resolvió especificar, en el art 142, § 3.º, inciso VIII, cuales serían los derechos sociales garantizados en el art. 7.º, aplicados a los integrantes de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Auxiliares: 13.º sueldo (inc. VII); salario familiar (inc XII); vacaciones anuales remuneradas aumentadas con un tercio del sueldo normal; licencia de maternidad de 120 días (inc. XVIII); licencia de paternidad de 05 días (inc. XIX); y, asistencia gratuita a los hijos y dependientes hasta 06 años en guarderías y pre-escolar (inc. XXV).

El enumeración es limitada y no admite interpretación extensiva.

Tajante también es la prohibición, dirigida a los militares brasileños, de algunos derechos que son garantizados al trabajador brasileño en general: el derecho al sindicalismo, el derecho a la huelga y, el derecho de afiliación a partidos políticos mientras está en actividad (art. 142, § 3.º, IV y V) (14).

6. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

No podríamos dejar de citar un derecho constitucional importante, en estrecha relación con las Instituciones Militares.

Se trata de la *objeção de consciência* al servicio militar, por la cual, a las Fuerzas Armadas compete, en la forma establecida por la ley, atribuir un servicio alternativo a los que, en tiempo de paz, luego de alistados, aleguen imperativo de conciencia, entendiéndose como tal la invocación de creencia religiosa y de convicción filosófica o política, para que sean eximidos de actividades de carácter esencialmente militar (art. 143, § 1.º).

Esta obligación impuesta a las Fuerzas Armadas, proviene de la garantía escrita en el art. 5.º, VIII, de la Magna Carta, según el cual, nadie será

(14) Apesar de la prohibición expresa en la Constitución, desde 1997, policías militares de los Estados Brasileños vienen realizando, en proporciones crecientes, movimientos huelguistas, que encuentran identidad en varios dispositivos del Código Penal Militar. Sobre la cuestión, ver 'A greve nas Policias Militares', en la unidad 'A ação da Polícia frente as greves', *apud* Lições de Direito para a Atividade Policial Militar, 5.º edição, Editora Juruá, Curitiba, 2002.

privado de derechos por creencia religiosa o de convicción política, salvo si las invoca para eximirse de obligación legal a todos impuesta y negarse a cumplir prestación alternativa fijada en ley.

La pérdida o suspensión de los derechos políticos está prevista en el art. 15, IV, de la Constitución Federal.

La ley n.º 8.239, del 04.10.1991 regula la Prestación del Servicio Alternativo al Servicio Militar Obligatorio, cuyo Reglamento fue aprobado por la *Portaria* n.º 2681 —COSEMI—, de 28.07.1992.

Sin embargo, el derecho de objeción de conciencia en Brasil, todavía no adquirió la amplitud que posee, por ejemplo, en Europa (15). De él, nada se discute al respecto, primero porque la demanda por el servicio militar obligatorio (*causada principalmente por la desigualdad social, ir para el cuartel termina siendo un modo de supervivencia*) es mayor que la oferta de vacantes por las Fuerzas Armadas: solo el 10 % de los alistados anualmente son utilizados y, segundo porque el Ministerio de la Defensa no hace la debida propaganda de la existencia de tan importante derecho de objeción de conciencia, a pesar de ser reconocido por la Magna Carta.

A ejemplo de ilustración, cabe recordar la Resolución n.º 337, del 26 de enero de 1967, aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, cuando destaca ser necesario informar a las personas obligadas al servicio militar, de los derechos que tienen a este respecto, inmediatamente después de haberse alistado o antes de ser llamados a la incorporación.

Destaca igualmente que, cuando la decisión relativa al reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia compete, en primera instancia, a una autoridad administrativa, el organo de decisión competente en la materia debe estar separado de la autoridad militar, y garantizado en su composición con el máximo de independencia e imparcialidad (16).

7. DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS

Si hasta ahora no encontramos grandes problemas en la relación derechos fundamentales *versus* Reglamentos Disciplinarios (*o legislación militar como un todo*), en el ejercicio de los derechos individuales principalmente es en donde la controversia gana proporciones de entidad, en las

(15) Antonio Millan Garrido, catedrático de la Universidad de Cadiz, en España, realizó un minucioso estudio sobre el tema, que publicó en la obra *La Objeción de Conciencia*. Editorial Tecnos, S.ª, Madrid, 1990.

(16) *La Objeción de Conciencia*, citado, p. 43.

innumerables veces en que el Poder Judicial es llamado a manifestarse sobre el empleo del método adecuado para impedir reclamaciones entre soldado y subordinado, en el día a día del servicio militar.

EL *HABEAS CORPUS* CON SEDE EN LA TRANSGRECIÓN DISCIPLINAR

La sanción disciplinaria es el medio por el cual el superior jerárquico conduce a la normalidad deseada la disciplina, rota por el subordinado que sirve a su mando.

Principios constitucionales como el de la legalidad (art. 5.º, II), y el del control por el Poder Judicial (art 5.º, XXXV), son siempre fundamentales, al lado de la alegada violación al derecho de circular libremente de los militares, frente a una eventual y cuestionada aplicación de la sanción disciplinaria restrictiva de libertad.

Sin embargo debemos decir que hay un impedimento constitucional en cuanto a la materia (imposibilidad jurídica de la petición) recalcada en el art. 142, § 2.º —*no cabrá habeas corpus en relación a sanciones disciplinarias y militares*. Este impedimento, está en armonía con el inciso LXI del art. 5.º, del mismo precepto— *nadie será preso sino en infraganti delito o por orden escrita y fundamentada de una autoridad judicial competente, salvo los casos de transgresión militar o crimen propiamente militar, definidos en ley*.

La prohibición, adviertase, no es absoluta. El Poder Judicial, hasta ahora en el curso de su apreciación, no entrando en el fondo del acto administrativo (*que es prerrogativa del Comandante*), podrá evaluar, jurídicamente, algunos requisitos propios del acto administrativo disciplinario, como la competencia, la legalidad y las formalidades de las medidas restrictivas de libertad.

Fundamentalmente, deben restringirse a tres, las alegaciones pertinentes al análisis por el Poder Judicial del acto administrativo disciplinario y militar: ¿es competente a la autoridad?; ¿hay previsión legal para la punición?; ¿hubo posibilidad para el ejercicio del derecho de defensa?

En cuanto al ejercicio de la amplia defensa, José Armando da COSTA, hace más de dos décadas (17), ya criticaba el entender mezquino de muchas comisiones que se limitaban a constatar faltas funcionales, reduciendo el instituto a simple pieza escrita, ofrecida por el militar acusado, en el momento propio de su realización.

(17) Teoria e Prática do Direito Disciplinar, Editoria Forense, São Paulo, 1981, p. 318

Proponía aún el festejado autor, como previendo la futura Constitución Ciudadana, que la amplia defensa debería tener el más dilatado alcance, para posibilitar al acusado, dentro del contexto de los medios de prueba que el Director admite, el papel de aportar todos los hechos que le interesen en la totalidad del proceso.

Y concluyó: Así como la comisión todo puede y todo hace, se debe dar al acusado la oportunidad de constituir todas las pruebas que sean relevantes para su defensa. Solo de esa forma, se puede alcanzar el equilibrio procesal pretendido por el Derecho.

Resaltó sin embargo el autor, que el Derecho Castrense a pesar de su rigor, no admite sanción sin que, por lo menos, sea oído el acusado: el Reglamento Disciplinario de la Marina (Decreto n.º 38.010/55) lo hace en su art. 34, y el del Ejército (Decreto n.º 78.985/77), en su art. 36 (18).

De las tres Fuerzas, solo el Ejército editó nuevos Reglamentos Disciplinarios: El Decreto n.º 90608, de 04.12.1984, que mantuvo el principio en su art. 37 (19).

El nuevo Decreto n.º 4346, del 26.08.2002, dio un nuevo y amplio tratamiento a la materia, trayendo en su anexo IV, las «Instrucciones Para Padrinazgo Del Contradictorio y de la Amplia Defensa», sedimentando así, en el texto del propio Reglamento Disciplinario, lo que ya venía siendo tratado por la *Portaria* del Comandante del Ejército, n.º 157, del 02.04.2001, acerca de la cuestión.

A nuestro parecer, como ya dijimos anteriormente (20), las faltas disciplinarias deben ser divididas en dos grandes grupos, en razón de las posibles sanciones que a ella pueden ser impuestas;

a) *Grupo de las sanciones ordinarias*: advertencia, reprensión, detención y prisión militar, forman parte del cotidiano de la vida militar. No ofrecen, para su aplicación la instrucción de procedimiento; basta que sean aplicadas por la autoridad competente y obedeciendo la forma legal.

El derecho de defensa es ejercido por el transgresor, y evaluado y juzgado de forma prudente y firme por su Comandante. El transgresor podrá rebatir la acusación presentando una causa de justificación. La justifica-

(18) Ob. cit. p. 321.

(19) A bien de la verdad los dos RDE anteriores, apenas aseguraban que «ningún transgresor sería interrogado o punido en estado de embriaguez o sobre la acción de psicotrópicos, pero quedaría, desde luego, preso o detenido.

(20) *O direito de defesa: da transgressão disciplinar ao processo administrativo*, apud Lições de Direito para a atividade policial militar, 5.º edição, Editoria Juruá, Curitiba, 2002, pag. 91/101

ción podrá o no ser aceptada. Si hubiese testigos el Comandante deberá oírlos. Se hace, en el caso, lo que se llama de averiguación sumaria:

b) *Grupo de sanciones extraordinarias*, que presentan un plus en relación con las primeras, por implicar una interrupción de la relación de trabajo, y son: licenciamiento por razones de la disciplina, exclusión para el bien de la disciplina, despido y, jubilación. Implican pérdida patrimonial (financiera, de la función) y suponen siempre el proceso administrativo en que se le asegure la amplia defensa y el carácter contradictorio. Procedimiento formal, con previsión legal, con requisitos específicos, cuyo no cumplimiento implicará nulidad. Reglamentariamente, se componen de Sindicancia (*sumario*), Consejo de Disciplina y Consejo de Justificación.

De las tres Fuerzas, fue exactamente el Ejército, cuyo Comandante se queja de la interferencia judicial, la que más reguló la formación de sus actos administrativos disciplinarios, aprobando normas para la realización de sindicancias (*Portaria n.º 202, del 26.04.2000 - Instruções Gerais para a Elaboração de Sindicâncias em el Âmbito del Ejército Brasileño*), y estableciendo un requisito formal para el ejercicio de la amplia defensa (*Portaria n.º 157/2001*).

O sea, actos como la sindicancia (Sumario), que la doctrina y propia jurisprudencia siempre reconocieron como una investigación administrativa desprovista de formalidad, pasaron a ser actos administrativos vinculados al rito que la propia Administración Militar se impuso.

Recuérdese que el acto reglado es aquél para el cual la ley establece requisitos y condiciones para su realización.

En esa categoría de acto, las imposiciones legales y reglamentarias absorben, casi que por completo, la libertad del administrador, una vez que su acción queda limitada a los presupuestos establecidos por la norma legal. No cumpliendo ningún requisito, se comprometen la eficacia del acto practicado, siendo posible su anulación por la propia Administración **o por el Poder Judicial, si así lo requiere el interesado** (21).

Sin embargo, no basta actualizar los reglamentos e introducir perfeccionamientos que traten de armonizarlos con el ordenamiento jurídico nacional, hay que —principalmente—, cumplirlos en su totalidad.

Ad argumentandum tantum, entre las de que se tiene noticias, tuvimos la oportunidad de evaluar la decisión judicial proferida en 1.º instancia en el HC n.º 2001.71.02.000271-0-RS, promovido por la 2.º Vara Federal de Santa Maria, contra el acto del Comandante del 7.º Batallón de Infantería Blinda-

(21) Cfé Hely Lopez Merelles. *Direito Administrativo Brasileiro*, 22 edición, actualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Delcio Balestero Aleixo y José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, 1997, p. 150.

do 7.º BIB, y también en el HC n.º 2002.71.02007207-8-RS, contra el Comandante del 29.º BIB, pudiéndose constatar de plano el celo de la autoridad judicial autora de la orden, manifestándose apenas después de que la autoridad mencionada como coactora hubiera aportado las informaciones de costumbre, poniendo de manifiesto la imposibilidad jurídica de la petición, y decidiendo con base en la violación del principio de la estricta legalidad al cual todo administrador (*incluso el militar*) está obligado (art.37, CF), sin entrar en el fondo de la decisión cuestionada: *1.º caso*: credencial de libertad en relación con la prisión disciplinaria como consecuencia de la no presentación del militar en cuestión al Batallón, para cumplir expediente de Plano de Llamada de Militares, siendo que el mismo no fue contactado por el Batallón por que no poseía teléfono en su residencia, siendo sancionado incluso por ese motivo; *2.º caso*: salvoconducto para impedir sanción disciplinaria decidida en sindicancia (sumario) debilitada de nulidad, por no haber sido obedecido el requisito formal establecido por las normas específicas.

Por ahí se ve, que al contrario del alegato, la Justicia no está interfiriendo indebidamente en el conjunto de asuntos administrativos militares, sino tan sólo corrigiendo actos administrativos realizados en disconformidad con la ley y con los reglamentos vigentes.

Le falta a la Administración Militar, a nuestro ver, la tramitación adecuada para los litigios jurídicos de los que no podrá librarse.

Esta deficiencia, *data venia*, parece provenir de la ausencia de un cuerpo jurídico especializado para las Instituciones Militares (22), ya que los Oficiales del Cuadro Complementar de Derecho, que prestan Asesoría Jurídica a los Comandos Militares, están impedidos de abogar en favor de la Fuerza (EAOAB, art. 3.º, de la Ley 8906, del 04.07.1994 - *el ejercicio de la abogacía es privado de los inscriptos en la OAB*) y los Abogados de la Unión, que hacen ese papel, no tienen, salvo raras excepciones, el conocimiento necesario de la dinámica de la vida durante el servicio militar y sus peculiaridades, por no estar destinados exclusivamente para ese menester.

8. MANDATO DE SEGURIDAD Y LAS ACCIONES ORDINARIAS, INCLUSO CON ANTICIPACIÓN DE TUTELA

Sin necesidad de entrar en estudio más profundamente de este subtema, suficiente es decir que a cualquier ciudadano, incluso el militar, se

(22) Además, está es una propuesta importante del Comandante del Ejército, contenida en el oficio 133-A2, entre la sugerencias para el Legislativo, n.º3, letra «b».

garantiza el acceso al Poder Judicial, para anular una controversia que entienda pueda serle perjudicial. Ahí se encuadra, con toda evidencia, aunque que contra voluntad de algunas autoridades militares, los traslados por necesidad de servicio, el licenciamiento del servicio activo, los enganches y reenganches concedidos o negados y los pagos de beneficios, todo debidamente establecido en la legislación militar en vigor, que debe ser obedecida. El administrador, al contrario del particular —que puede hacer todo lo que la ley no prohíbe, sólo puede— y debe, hacer lo que la ley permite (art. 37, CF).

Por eso, la concesión de medidas cautelares en los procesos judiciales que cuestionen decisiones administrativas militares tienen, como presupuesto básico, la demostración, por la parte de aquel que va a Juicio, de los ya conocidos *fumus boni iuris* (el humo del buen derecho) y el *periculum in mora* (el peligro en la demora de la satisfacción pretendida), sin lo que, la expedición de medidas cautelares no debe ocurrir.

Además, es de sabiduría popular que para la aprobación de tales medidas cautelares la jurisdicción cautelar está basada en la simplicidad de la estructura de su procedimiento.

Para Ovídio A. Batista da SILVA, *la tutela pretende tan sólo alejar una situación peligrosa, sin declarar nada al respecto del alegado interés amenazado, por esa situación de riesgo, pero, al mismo tiempo, como consecuencia de una situación anormal, se justifican los poderes especiales conferidos al magistrado para decidir sin una amplia aportación de pruebas, satisfaciéndose con la demostración de una simple verosimilitud del invocado derecho (fumus bonis iuris) y con una suma de demostración del riesgo a que ese derecho está expuesto (periculum in mora)* (23).

Pensar lo contrario sería suponer una «conspiración de la Justicia Federal destinada a desestabilizar a las Fuerzas Armadas», que a toda evidencia no ocurre, ni nunca ocurre.

Cabe traer a colación, la fecunda colaboración del Dr. José Manuel González Acuña, al foro de discusión en el sitio español, ya referido al inicio, de la manifestación de la Sala Militar del Tribunal Supremo de España, en sentencia del 1.º de marzo de 1994 (24), coincidente, además con la postura de la Justicia Brasileña:

(23) As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil, 3.º edição, Editoria Forense, Rio de Janeiro, 1980,p.48

(24) Mensaje 33, del 22.10.2002. <http://www.elistas.net/lista/derechomilitar/archivo/indice/25/msg/33/>.

«Hay que dejar bien entendido que los derechos fundamentales son siempre merecedores de mayor protección judicial, en nuestro ordenamiento jurídico, que el valor importante de la disciplina, ciertamente en el ámbito castrense pero en modo alguno supremo.»

9. CONCLUSIÓN

Sin pretender agotar la materia - nos faltan condiciones para tanto, pero queriendo principalmente incentivar la reflexión de los estudiosos, la conclusión que se impone es la siguiente:

a. Nadie duda que la sociedad militar es peculiar. La propia Constitución así la presenta basada en la disciplina y en la jerarquía, que constituyen la esencia de las Fuerzas Armadas. Asimismo peculiar, se integra la Administración Pública brasileña como un todo, obedeciendo los principios previstos en el art. 37, *caput*, de la Carta Magna: legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia.

b. Si los derechos fundamentales fueran correctamente entendidos por las Fuerzas Armadas y Fuerzas Auxiliares, no hay que entrar en la ruta de colisión con los derechos de los militares, ya que obligan los primeros exactamente, a tutelar los segundos.

c. Las restricciones impuestas a los militares son aquellas relacionadas por la propia Constitución. De ahí proviene que, al contrario del ciudadano común, la carrera de las armas requiere cierta limitación de libertad. Quien en ella no se encuadra, debe buscar sus objetivos en el amplio dominio de la vida civil, donde la libertad y la libre iniciativa constituyen valores.

d. Sin embargo, la sociedad militar se somete a los principios generales del Derecho. Puede y debe ser sometida al control del Poder Judicial, del cual a nadie es dado hurtarse en un Estado Democrático de Derecho. Mientras se tenga como cierto que el uso del poder es prerrogativa de las autoridades, no raras veces estas abusan de él, sea por la práctica del exceso de poder (*misma autoridad competente para practicar el acto, va más allá de lo permitido, exorbitando en el uso de sus facultades administrativas*), sea por el desvío de finalidad (*cuando, la misma autoridad competente, practica el acto por motivos o finalidades diversas de los objetivos por la ley o exigidos por el interés público*).

e. Este control de los actos administrativos militares debe, sin embargo, reducirse a los aspectos internos del acto, o sea, el control sobre si fue-

ron atendidos los requisitos necesarios para su formación: La *competencia*, que resulta de la ley y por ella es limitada; la *finalidad*, que es el objetivo de interés a lograr; la *forma*, que debe comprender ese requisito reglado e imprescindible y; el *motivo*, que es la situación de derecho o de hecho que autoriza la realización del acto administrativo. Hoy, a la vista del principio del acceso a la Justicia, conjugado con el de la moralidad administrativa, la motivación es, reglamentariamente, obligatoria (25).

f. Sin embargo, no debe el Poder Judicial, jamás, analizar el fondo del acto administrativo, prerrogativa de los Comandantes, Jefes y Directores Militares - especialmente en la delicada asociación del *habeas corpus* en las transgresiones disciplinarias, bajo el riesgo de estimular o dar oportunidad a interminables litigios judiciales entre Oficiales y subordinados, y con ellas, la inexorable dejación de la jerarquía y de la disciplina.

g. El sistema jurídico militar vigente en Brasil presupone una indisociable relación entre el poder de mando de los Comandantes, Jefes y Directores Militares (*conferido por la Ley y delimitado por ésta*) y el deber de obediencia de todos los que le son subordinados, relación ésta tutelada por los Reglamentos Disciplinarios y por la Legislación Penal Militar.

h. Finalmente, no hay en modo alguno, intromisión del Poder Judicial en las cuestiones esencialmente administrativas militares. Por eso, desde la instauración de su primera República, en 1891, Brasil adoptó el *Sistema de Jurisdicción Única*, o sea, el del control administrativo por la Justicia común, sea ella federal o estatal.

El Poder Judicial es el último bastión en defensa del ciudadano brasileño. Restringir su actuación frente a cuestiones militares, sería un retroceso injustificable para la Democracia.

De la misma manera con que el Poder Judicial analiza las peticiones que le son dirigidas por los militares - que se estiman violados en sus derechos fundamentales, analiza con igual atención y prudencia las respuestas y justificaciones de las Instituciones Militares, dentro de un debido proceso legal y, la victoria, con toda evidencia, se otorgará a quien demuestre el mejor Derecho.

(25) Conforme Hely, obra citada, p. 134/137.