

El Defensor del Pueblo en la nueva Constitución. Análisis y crítica

Gustavo Briceño Vivas
*Profesor de Derecho Administrativo en la UCAB
y Presidente del Capítulo Venezolano del Ombudsman*

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada en referéndum popular el día 15 de diciembre de 1999, incorpora dentro de sus estructuras políticas, una nueva institución denominada la Defensoría del Pueblo, encuadrada dentro de la estructura de un nuevo poder denominado Poder Ciudadano. En efecto, en los artículos 280 al 283 inclusive, se define la institución en consideración a una serie de parámetros generales y específicos que la delimitan, la institución, en consideración a aspectos variados interesantes y atractivos de analizar, desarrollar y describir. En atención a estas premisas, veamos entonces, cuales son las características y las funciones más importantes de esta institución, (I), cuales son sus vínculos con los otros poderes públicos (II), las consecuencias de su inserción en el acontecer político e institucional venezolano (III) y por último, la actuación, meses después de su aprobación por parte del referéndum popular de 1999 (IV).

II. CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONES MAS IMPORTANTES

La figura del ombudsman nació en Suecia como institución, no obstante, que existe a lo largo de toda la historia de la humanidad, un pensamiento, o mejor dicho una actuación ombudsmaniana, caracterizada por una forma de ser, una forma de actuar, una forma de sentir, lo cual implica, si se analiza con detenimiento, muchos de los problemas sociales que han acontecido en la historia de la humanidad, una real predisposición a que muchos de los representantes del Estado aparezcan vinculados a la idea de una conducta favorecedora y en beneficio del ciudadano común, por lo que se dice en consecuencia, que existen mecanismos institucionales personificados, para que pueda el ciudadano sentirse realmente protegido frente al poder del Estado. Significa pues, que indudablemente, la idea de salvaguardar y cuidar al ciudadano, existe desde los orígenes del nacimiento de la sociedad, y que la institución de la figura del ombudsman proviene desde hace realmente muchos siglos.

Si consideramos pues, que el ombudsman aparece como una figura de control, ejercido sobre el Estado, en beneficio del ciudadano común podemos citar, que por ejemplo en Atenas, los Euthynoi eran electos por el Consejo de los Quinientos y ejercían vigilancia sobre los funcionarios gubernamentales con la finalidad de asegurar y garantizar el cumplimiento de los acuerdos adoptados y pretendidos por dicha organización (1). Aquí se demuestra, que dentro de los orígenes de la figura del ombudsman, se encuentra principalmente dentro de sus competencias, el de controlar la actividad de los funcionarios a los fines de sancionar sus conductas, si no observaban el cumplimiento de las leyes y demás actos de gobierno. En Esparta, los ephoroi, eran designados por el Consejo de la Ciudad por medios populares, es decir, por vía de elección, y dentro de sus atribuciones estaba, el control de la actividad municipal velando por el cumplimiento de la ley, poseyendo poderes disciplinarios sobre el Rey,

y los demás funcionarios desempeñando en muchos de ellos específicas funciones de carácter jurisdiccional. Esta institución fue creada en el año 750 antes de Cristo. En la época del Derecho Romano, existía el llamado Defensor Civitatis, que era un defensor de la ciudad, y cuya función principal consistía en proteger a los humildes contra las exacciones ilegales de los gobernantes, así como, las opresiones de los poderosos y de los atropellos de las diversas autoridades municipales. El Derecho y su historia Española, ofrece algunas figuras jurídicas interesantes, que se señalan como predecesoras de la figura del ombudsman o defensor del pueblo. Podemos citar el caso, por ejemplo, de Sahidal-Mazalin de la época en que España fue ocupada por los árabes, y la Justicia Mayor de Aragón, nacido en el siglo XII, como consecuencia del largo proceso de resistencia de la nobleza aragonesa al ejercicio de un poder real omnímodo. Así pues, sus referencias más concretas y remotas las encontramos en Suecia y en los demás países nórdicos, en el correspondiente siglo XVI y cuya función principal era la de vigilar la actuación de los funcionarios públicos para defensor a los particulares contra los abusos y el proceder ilegal de los poderes de la administración central. (2).

En lo que se refiere a Venezuela realmente e históricamente no existen antecedentes formales que puedan darnos una orientación en cuanto a una institución al menos análoga o parecida al Ombudsman o Defensor del Pueblo como ha sido conocido a través de la historia. En efecto, se pudiera expresar, que la figura del funcionario de quejas y reclamos creado en la época de la primera presidencia del Presidente Caldera, en 1972, ocupa el cargo de comisionado especial para oír las quejas de los ciudadanos frente a la Administración del Estado. Sin embargo, fue en general un simple comisionado, dependiente del Presidente de la República, que tramitaba quejas, pero que en ningún momento, cumplió con el rol de la defensa del ciudadano frente a los atropellos de los órganos de la administración, como ocurre en los países de Europa y de América Latina. Por otra parte, ha habido una tendencia en ciertos intelectuales y juristas respetados en nuestro país, de considerar que la Fiscalía General de la República ha hecho y se ha materializado en su rol como la figura de un ombudsman, sin embargo, estas tesis fueron definitivamente erradicadas, debido fundamentalmente a que, tanto en la Constitución de 1961, como en la nueva de 1999, la Fiscalía General de la República, aparece como una institución defensora de la legalidad de los actos del poder público, y no como un defensor real y efectivo de los ciudadanos frente a los atropellos y arbitrariedades administrativas. La Fiscalía es una institución de control de los actos del poder del Estado, pero en general no es defensora de los derechos humanos de los ciudadanos como si lo es el ombudsman o Defensor del Pueblo.

Ante la falta de una institución que defendiese de verdad los derechos de los ciudadanos, nació en los albores de 1980, una institución que aportó mucho a nuestro país, como lo es el Instituto Latinoamericano del ombudsman o defensor del pueblo, destinado a fomentar la institución del ombudsman no solo en Venezuela, sino en toda la América Latina. Nació en Caracas con motivo del primer coloquio Latinoamericano del ombudsman, celebrando de paso, el cuatricentenario del nacimiento del Libertador Simón Bolívar, e instando al gobierno de Venezuela y a todos los demás países de América Latina, en la creación de la figura, con la finalidad de proteger a los ciudadanos y enaltecer la Democracia y su sistema de libertad (3). El primer coloquio aparece pues, como el inicio en nuestro país de la existencia posible de la institución que ahora recién comenzamos a estrenar.(4) Hasta los presentes, el Instituto Latinoamericano del ombudsman ha realizado cinco coloquios internacionales. El primero en Caracas en 1983, el segundo en San José de Costa Rica en 1988, el tercero en Buenos Aires en 1991, el cuarto en la ciudad de Maracaibo en 1994 y el último en Caracas en 1999. El Instituto Latinoamericano del Ombudsman ha cumplido, existe una historicidad en su haber, y el último coloquio, contribuyó a mostrar con mucha fortaleza y veracidad a los constituyendistas de 1999, cuales serían las bases de creación de la figura del ombudsman y que fue acogida su propuesta parcialmente en la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Las características más importantes del Defensor del Pueblo en la nueva Constitución son las siguientes:

En primer lugar, la defensoría del pueblo forma parte de una nueva estructura de poder denominado Poder Ciudadano lo cual rompe con la tradición histórica y política de estar vinculado el Defensor del Pueblo, de una forma a los parlamentos o congresos. En todos los países del mundo, los ombudsmen aparecen como instituciones que dependen fundamentalmente de las Asambleas Nacionales salvo el caso de Francia y otros países, cuya designación del Defensor depende de la designación que haga el Jefe de Estado⁽⁵⁾. A nuestro entender, la figura del Ombudsman debe estar incluida dentro del sistema legislativo, por cuanto la institución como tal, deriva de la voluntad popular en forma indirecta lo que la caracteriza y fortalece el propio sistema parlamentario y en consecuencia la democracia y su régimen de libertad.

En segundo lugar, la defensoría del pueblo tiene a su cargo, la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre los derechos humanos, además de los intereses colectivos y difusos de los ciudadanos y ciudadanas. (art. 280 de la Constitución). En general la defensoría del pueblo es una institución defensora de los derechos de los ciudadanos que se encuentran consagrados o no en la nueva Constitución.

En tercer lugar, la defensoría del pueblo vela por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, es decir amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos y difusos de las personas, contra las arbitrariedades y desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los servicios públicos por parte de los órganos de la Administración del Estado. (art. 281 de la Constitución). Aquí, se encuentra el verdadero origen del ombudsman en Europa y en América Latina. El Defensor del Pueblo, en España, por ejemplo, es básicamente un mediador entre la Administración Pública y los administrados, como sujetos destinatarios de las diversas acciones del Estado. La Constitución Española de 1978, en su artículo 54 dice lo siguiente: *...Una ley Orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración dando cuenta a las Cortes Generales...* (lo subrayado es nuestro). Es decir, la principal actividad del ombudsman español es controlar la actividad de la Administración Pública por mandato expreso del texto de la Constitución.

En cuarto lugar, el Defensor del Pueblo puede instar a la Fiscalía General de la República para que, ejerza las acciones en pro de la defensa de los derechos humanos, y lograr el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la actuación de la administración o de sus funcionarios públicos. (art. 281 numeral 2 de la Constitución).

En quinto lugar, puede el Defensor del Pueblo ejercer recursos de inconstitucionalidad e ilegalidad por ante los tribunales y principalmente por ante el Tribunal Supremo de Justicia, cuando considere que un acto público viola derechos de los ciudadanos, cuando fuere procedente de conformidad con la ley. (Art. 281 numeral 3 de la Constitución)

En sexto lugar, puede formular, el Defensor del Pueblo, por ante los órganos correspondientes, las recomendaciones y observaciones necesarias para la protección de los derechos humanos, lo cual podrá desarrollar mecanismos de comunicación permanente con órganos públicos o privados, nacionales e internacionales, de protección y defensa de los derechos humanos. (Art. 281 numeral 10 de la Constitución).

Por último el Defensor del Pueblo, es un defensor de los pueblos indígenas, de los consumidores y usuarios, en general de los servicios públicos y todo lo que tenga relación con los sujetos ciudadanos en sus necesidades principales.

En la Constitución de 1999, no se tomó en consideración el hecho importante de que el ombudsman es fundamentalmente un poder de persuasión del Estado, de allí una de sus principales características en todas partes donde existe la figura del ombudsman. Y, por otra parte, la materialización del actuar del defensor del pueblo es que sus decisiones no son ejecutivas y en consecuencia no coercibles, no dicta actos administrativos ni mucho menos sentencias, lo cual caracteriza su funcionamiento y lo diferencia de los otros órganos del Estado.

En todo caso, la Constitución Bolivariana de Venezuela escogió, por así decir, una institución con unas características propias, que hasta cierto punto, la diferencian de otros órganos del Estado de igual importancia como la Fiscalía General de la República y otras instituciones, veamos que relaciones existen entre ellas.

III. LA RELACION DEL DEFENSOR DEL PUEBLO CON OTRAS INSTITUCIONES

De acuerdo con el artículo 273 del texto de la Constitución Bolivariana de Venezuela, el Poder Ciudadano se ejerce por el Consejo Moral Republicano integrado por el Defensor o Defensora del Pueblo, el Fiscal o Fiscal General de la República y el Contralor o Contraloría General de la República. Mas adelante expresa que, el Poder Ciudadano es independiente y sus órganos gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa. Su organización y funcionamiento se establecerá en ley orgánica.

La Defensoría del Pueblo no es independiente, sino que se encuentra pues, incluida dentro del denominado Poder Ciudadano, poder creado en la nueva Constitución, y cuya inclusión supone una interrelación institucional tanto con la Fiscalía General de la República como con la Contraloría General.

La Fiscalía General de la República es una anciana institución en nuestro país. Forma parte principal del Ministerio Público, y cumple una función correctora de los actos de los poderes públicos. La Fiscalía General interviene pues, en los tres poderes del Estado en forma activa y preponderante. De acuerdo a la Constitución de 1961, el Ministerio Público vela por la exacta observancia de la Constitución y de las leyes y por el respeto de los derechos y garantías constitucionales. Es decir, la Fiscalía General es una institución que controla la constitucionalidad y legalidad de los actos de los diversos poderes públicos, y las leyes le indican la forma de hacerlo. Destaca dos atribuciones muy importantes. Una, destinada a ejercer la acción penal en los casos que para intentarla o proseguirla no fuere necesario a instancia de parte, sin perjuicio de que el tribunal proceda de oficio cuando lo determine la ley. Y otra, intenta las acciones a que hubiere lugar, para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones. Así lo expresa la Constitución de 1961 en sus artículos 218 y 220.

En lo que se refiere a esta institución en la nueva Constitución, hubo un cambio interesante, por cuanto la Fiscalía General de la República sigue siendo un contralor de la constitucionalidad de los actos de los poderes del Estado, pero en lo que se refiere a los derechos y garantías constitucionales, las atribuciones del Ministerio Público se limitan a garantizar los derechos humanos *en los procesos judiciales.*, Y no fuera de él, es decir, frente al juez, cuando resuelve controversias entre los particulares, o entre estos y el Estado. La defensa de los derechos de los ciudadanos, se encuentra en definitiva dilatada, por así decir, y en la defensoría del pueblo a lo largo de todo el ordenamiento jurídico del Estado, incluyendo la necesidad que tenemos, los propios ciudadanos, en la defensa de nuestros propios derechos. Así las cosas, todos somos controladores y vigilantes de la constitucionalidad de los actos del Estado.

Entendido así las cosas, la forma de la defensa y su comportamiento frente a los derechos humanos se encuentra la clave de la diferencia entre la función de la Fiscalía General de la República y el Defensor del Pueblo. En efecto, la Defensoría del Pueblo, aparece como una institución que media las relaciones interpersonales entre el Estado, concretamente la Administración Pública en el ejercicio de la función administrativa, y el ciudadano, como sujeto activo y pasivo de esta específica función. (6). El Defensor del Pueblo, es una institución encargada de velar por el cumplimiento de la ley, pero en un sentido personal, inmediato y directo. El Defensor del Pueblo acompaña al ciudadano, va con él, de su mano, a pie, con la finalidad de instar al órgano público, en la necesidad que tiene de cuidar los derechos en interés de este concreto ciudadano. El Defensor del Pueblo es pues, un órgano personal, que resuelve problemas concretos, sin procedimiento alguno, es materializar la acción prescrita del Derecho en las diferentes normas jurídicas, es hacer ejercicio de libertad, es ejercitar la democracia y su formal régimen. La Defensoría del Pueblo, es una institución no formal, que ayuda al ciudadano a encontrarse con el Estado, es decir, con el poder y las consecuencias de su uso. Entre otras cosas, la característica principal de su actuación lo constituye su poder de persuasión que lo utiliza para interrelacionarse con el Estado, siempre con la Administración Pública, en el ejercicio de la función administrativa, como bien lo expresa la Constitución Española de 1978. Por esta razón persuasiva, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los ombudsmen se impone una norma en la cual se expresa el valor de la justicia frente a aquel de la legalidad, que entre otras cosas, es un término muy vinculado a los aspectos de la formalidad. Los ombudsmen no controlan la formalidad estricta de la ley, como si lo hace el fiscal general, pero sí, la oportunidad y el mérito de las decisiones administrativas. El Defensor del Pueblo, jurídicamente hablando, es un controlador de la discrecionalidad administrativa. Es un límite al poder discrecional de la Administración.(7).

En efecto, La Administración del Estado, actúa de conformidad con el principio de la legalidad, esto es, el sometimiento de la acción de la administración pública y en general de toda la actividad del Estado, a las leyes, o dicho en forma técnica, al Derecho. Cualquiera fuere la actividad del Estado en contradicción con el ordenamiento jurídico, nace en favor del ciudadano, el derecho de acudir a la propia administración y a los tribunales para lograr el restablecimiento de los derechos subjetivos infringidos por la actividad de la Administración Pública, lo cual se consagra el principio de la legalidad, como un mecanismo técnico apropiado para distinguir un Estado de Derecho por un Estado Autoritario.

Ahora, esta construcción técnico-jurídica, proveniente históricamente de los inicios de la revolución francesa, y todo lo que ello implica en el acontecer universal, va unido, al pensamiento democrático, y paradigmático y hasta extraño, en el sentido de que, la administración debe actuar, para la mejor satisfacción de los servicios públicos, es su fin primordial, y de allí, su real y efectiva justificación. Y, para lograr sus cometidos, la administración no puede ni debe encuadrarse, dentro de cánones legislativos estáticos que imposibiliten el manejo administrativo de la propia administración, por cuanto su existencia real no tendría cabida o sentido, en una sociedad moderna, lista o presta para actuar en beneficio de las colectividades a los cuales se encuentra destinada en sus competencias. La discrecionalidad es una forma de actuar de la Administración Pública, técnica, cuya función u objetivo, es permitir o habilitar a los propios administradores, en su seno, para que puedan según su prudente arbitrio, decidir ciertas cuestiones de naturaleza administrativa, en beneficio de los intereses públicos. La doctrina administrativa dice, oportunidad y mérito de las decisiones de la administración (8). Pues bien, y hablando de nuestro tema, el ombudsman, realmente es un controlador de esa actividad, es un controlador que observa la discrecionalidad administrativa, no impide, pero si advierte, a la administración, que con su actuación discrecional puede violar los derechos de los ciudadanos, extrañamente o justamente, en la realización y hasta en la materialización de los servicios públicos.

Con motivo de la presentación de nuestro proyecto de ombudsman vecinal, o defensor vecinal para las diferentes alcaldías del país, en su articulado, incluimos una norma que dice lo siguiente: *Si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento (el defensor vecinal) de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma, en beneficio de los intereses colectivo, o en beneficio de los derechos humanos*, lo cual plasma a mi juicio, la intromisión sana, del ombudsman, en las actividades legislativas y administrativas del Estado, y lo diferencia en forma amplia, de las actividades del Ministerio Público y todo lo que sus competencias y atribuciones implican en un determinado ordenamiento jurídico. Es decir, el Defensor del Pueblo, además de ser un corrector de la legalidad como le corresponde al fiscal, es un contralor de la actividad ajurídica o no formal del Estado. La tendencia del Defensor del Pueblo es vigilar y controlar que la actividad del Estado no se detenga en la sola atribución de carácter procedimental sino en la que aquella actividad, sea ajustada mas a la justicia que a la estricta actividad procedimental y formal. Así, el control de la Fiscalía General de la República es mas un control dedicado a vigilar la actividad procedimental del Estado, al contrario, el control ejercido por el Defensor del Pueblo está destinado a vigilar la actividad como fin del Estado, o la actividad objetiva. El Defensor del Pueblo, no se limita, como lo hace el fiscal, a vigilar el proceso, sino que acompaña al ciudadano durante el proceso, *lo lleva de*, sino una parte importante que sugiere a la administración criterios más cónsonos con la justicia que con el simple procedimiento formal.

Las diferencias anteriores se nos pone de manifiesto aún mas, dentro de la esfera del Derecho Administrativo sancionatorio, donde en nuestros países han sido escasos los supuestos normativos en los cuales la ley admite la participación del fiscal, y sin lugar a dudas es en estos casos, donde tiene cabida la actuación del Defensor del Pueblo, participando cuando fuere menester en busca de pronunciamientos *la mano*, es decir, no es tanto un tercero extraño a la relación jurídico-administrativa de la administración ajustados a los aspectos legales y sociales envueltos, aun mas, pensamos se le podría otorgar iniciativa legislativa o para mejorar las leyes que regulan los procesos correctivos y sancionatorios de la administración, su objetivo, es pues, el resguardo de los derechos humanos, y en consecuencia el mejor ejercicio de las libertades ciudadanas.

El Defensor del Pueblo, tiene relación con otras instituciones importantes del Estado, entre ellas con el poder judicial y en especial con el Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, el Defensor del Pueblo, puede intentar recursos de inconstitucionalidad de acuerdo al texto de la nueva Constitución, y recursos de ilegalidad cuando observare que cualquier acto normativo o administrativo, viole directamente los derechos humanos, además por supuesto, puede instar a los jueces, para que dicten las sentencia, a los cuales se encuentran obligados por las leyes, cuando los jueces deniegan justicia e impiden la satisfacción en los derechos de los recurrentes durante los procesos.

Por otra parte, las organizaciones no gubernamentales Pro-Derechos Humanos, constituyen instituciones importantes que pueden eventualmente relacionarse con la institución de la Defensoría del Pueblo. Derivado del propio texto de la Constitución, las organizaciones no gubernamentales pro derechos humanos, son asociaciones o agrupaciones constituidas por particulares para promover y divulgar los derechos fundamentales de la persona humana. Como expresa Silverio Tapia Hernández, la esencia operativa de este tipo de organizaciones es que no persiguen fines lucrativos ni partidistas (9). Su función es de tipo estrictamente social y humanitaria, y se desenvuelven dentro de la comunidad a la que pertenecen. Estas organizaciones no gubernamentales en defensa de los derechos humanos tienen un rol muy importante en defensa de la democracia y de la libertad del hombre, conjuntan esfuerzos y mecanismos apropiados para la defensa de los derechos humanos y de la Democracia en un determinado país. Algunos de ellas, tienen un ámbito de carácter internacional como es el caso de Amnistía Internacional y Americas Watch's, cuyas investigaciones, estudios y sugerencias, a los gobiernos nacionales, tienen serias repercusiones a nivel internacional.

En Venezuela, no existe propiamente una legislación específica que regule estas sociedades, tan necesarias en un país democrático que regule sus actividades y funcionamiento. En general, actúan con sus estatutos y sus documentos personales. Pero siempre es menester recordar, la necesidad que tienen de limitarse única y exclusivamente a la promoción y difusión de la cultura de los derechos humanos ayudando a los organismos del Estado para el cumplimiento de sus atribuciones y fines, pero no pueden ser considerados como dependientes de estos. Y, mucho menos en una posible relación de jerarquía o de dependencia.

Estas organizaciones pueden jugar un rol importante en la defensa de los derechos humanos, en compañía con el ombudsman o Defensor del Pueblo. En la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo debe incluirse una norma que anuncie la necesidad de que, la institución del ombudsman se vincule con estas organizaciones para lograr la mayor defensa de los derechos humanos, siempre dejando a salvo que, quien dicta la política general en materia de derechos humanos es la Defensoría del Pueblo y no estas organizaciones no gubernamentales.

Veamos después de lo anterior, cuales son las consecuencias de la introducción de esta institución en el acontecer político y social venezolano.

IV. LAS CONSECUENCIAS DE SU INSERCIÓN EN VENEZUELA

La inclusión del Defensor del Pueblo en la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha sido un hecho positivo, si tomamos en consideración la necesidad que tiene esta nación de fortalecer el sistema democrático de libertad, porque entre otras cosas, el Defensor del Pueblo, por ser una institución que solo puede instalarse en un régimen de libertad, su ubicación es importante, y la plaza que ocupa y debe ocuparse estructura, no solo, para ayudar al ciudadano en la defensa de sus derechos e intereses, sino para ser dique de contención, frente a cualquier manifestación del Estado, sobre todo del Ejecutivo, que implique un atentado a los derechos humanos y todo lo que el concepto de derechos humanos significa en nuestro diario acontecer. Pues bien, tomando en consideración la premisa anterior, digamos, que existen varios significados que explican la justificación de la inserción del ombudsman, valorado en los siguientes aspectos. En primer lugar, su inserción implica un nuevo y novedoso control para la administración del Estado. En segundo lugar, su institucionalización implica una mejor y amplia protección de los derechos humanos. En tercer lugar, fortalece el poder legislativo. En cuarto lugar, consolida el sistema democrático y social de derecho y por último, depura en general el sistema constitucional y legal del país.

1. La Administración Pública en nuestro sistema latinoamericano es paquidérmica y engorrosa. Esta situación ocurre, por cuanto existen dos elementos que implican situaciones desfavorables que juntas constituyen un atentado contra los derechos de los ciudadanos. Son en este orden, la existencia de una burocracia asfixiante y lenta, que conspira contra el ciudadano en su organización y funcionamiento, y en segundo lugar, una situación de orden psicológico, psico-social, que actúa contra el funcionario público que lo desalienta y lo desanima fundamentalmente en su actuación de servidor público. Así, la existencia de un sistema burocrático inservible e irracional, por cuanto entre otras cosas, las reformas que en nuestro país han habido, son reformas externas y formales. Todas las reformas son de apariencia, sin tocar el fondo del asunto. Se le cambia el nombre a un ministerio, sin cambiar el fondo de su actuación. El gatopardismo campea en la administración venezolana. Indicamos, que las reformas de las administraciones públicas en América Latina no han sido encaradas con criterios de transformación radical en sus estructuras, no solamente desde el punto de vista formal sino sustancial, a pesar de los esfuerzos que se han hecho en esta materia, como es el caso de la Comisión de la Administración Pública, se debe reconocer, que han habido intentos, pero la voluntad política se ha impuesto desafortunadamente en contra de los cambios administrativos. La introducción del ombudsman, en nuestro medio, puede con ciertos límites, contribuir a realizar los cambios propuestos y enaltecer una Administración del Estado

más efectiva y eficaz. Por otra parte, cuando el funcionario público se siente mal remunerado y poco estimulado por el propio Estado, produce en él, una actitud y aptitud de dejadez, frente a los problemas sociales. Entonces, el *nosotros*, desaparece para darle paso a un *yo primero* hasta en forma patológica y por esta razón el funcionario público en América Latina, no solamente es ineficiente y deficiente en su labor, sino profundamente antipático y hostil en su trato con el público. Este funcionario, generalmente no está acostumbrado a trabajar, desconoce este valor tan primordial en el ser humano, y no aparece en él, el elemento esencial que le debiera ser natural, como lo es, que su labor debe estar dirigida a la colectividad, por ello se le denomina teóricamente servidor público. Hemos de observar, como un hecho agravante, que curiosamente esta situación de malestar social y personal se manifiesta en el sector justicia, paradigma del sistema democrático. Entonces, de instalarse el Defensor del Pueblo en nuestro sistema, contribuiría con su ejemplo, a dar al mundo del funcionario público, la necesidad que tiene de trabajar, en beneficio del bien común, y por esta razón, lo invita constantemente, a que el ejercicio del poder es una prerrogativa que la propia ley le acuerda, pero que al mismo tiempo, debe respetar los derechos de los ciudadanos. El Defensor del Pueblo con su actuación ejercita la democracia. El ombudsman es un ejercicio de libertad o una práctica constante de libertad.

2. Su institucionalización implica una mejor protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En efecto, si se analiza, con detenimiento el ordenamiento jurídico venezolano, se observa en el mismo una gran cantidad de medios de control a favor del ciudadano, a todos los niveles. Judiciales, legales y administrativos, y ahora con el amparo constitucional, convergen en decretar una defensa de los ciudadanos y en sus derechos, lo cual a simple vista muestran, un sistema protector de los ciudadanos amplio, completo y complejo, lo cual implica, y así ha sido consagrado en las dos últimas constituciones, un sistema de control de la constitucionalidad y legalidad de los actos dictados por los poderes públicos que alcanza a todas las instancias del poder, inclusive enmarcado de un control de la constitucionalidad difuso al alcance de todos los jueces de la República (Art. 20 del Código de Procedimiento Civil). Es decir, existe una apariencia de control del ciudadano contra cualquier derecho o interés afectado por un acto público. Sin embargo, en Venezuela, existe un Estado, que viola, a través de todos sus actos públicos, los derechos de los ciudadanos, tanto por medio de actos administrativos como de sentencias y actos legislativos. Esto es, por un lado se juxtapone, un exceso de control jurídico al alcance del ciudadano, sin embargo, un exceso de violación de derechos por parte del Estado, en el ejercicio de todas sus diferentes funciones. Es una patología institucional que ocurre en el sistema venezolano. ¿Las causas muchas, pero entre ellas, la existencia de un control legal y excesivamente formal, plástico, alejado y distanciado del ciudadano, que impide y conspira contra ese ciudadano *de a pie* indefenso y, con un sistema jurídico que le es extraño y hasta usurpador, entre otras, por ser leyes que actúan sin tomar en consideración su hábitat, su ser, y su fundamental medio, social y personal. Esta circunstancia y realidad, la hemos planteado, como miembro del Capítulo Venezolano del Ombudsman en todas las instancias que nos ha tocado presentar proyectos diversos de defensa de los derechos humanos, principalmente, con motivo del Segundo Coloquio Latinoamericano del Ombudsman en San José de Costa Rica, con el tema de las deficiencias de los controles tradicionales de la Administración Pública y su influencia en el ciudadano latinoamericano (10). Lo señalamos en su oportunidad *“la situación preocupa enormemente, por cuanto los sectores más desguarnecidos son las clases populares pobres, y hoy en día, las clases medias, en lo que se refiere a los derechos humanos. Es decir, poseemos constituciones altamente dignificadas en la existencia formal de numerosos derechos consagrados en la misma, sin embargo, el sistema de garantías es insuficiente porque el mecanismo de control utilizado paralelamente como ente protector es altamente ineficaz “*

La institucionalización de la figura del ombudsman, ubicaría claramente dentro de la estructura del Estado, una institución definida, en cuanto a la real y efectiva defensa de los derechos humanos. Es un control más, no formal más inmediato y directo en su favor. Su implantación conllevaría necesariamente a que el ciudadano pudiera acudir a una instancia más personal, más humana, en fin produciría un acercamiento con el Estado y en consecuencia una mejor y dilatada función de control o de mediación.

3. El parlamento latinoamericano ha sido una de las instituciones más afectadas por la crisis. El parlamento en nuestra América Latina ha perdido credibilidad y confianza en la población, derivado de dos factores a mi juicio fundamentales. Uno, la conducción por una dirigencia política autista y terca, incapaz de aceptar los cambios propuestos, y otro, la existencia de tendencias autoritarias, que en nombre de una supuesta revolución pacífica, institucional y política, inciden y conspiran contra el real progreso de un país moderno y globalizado en perfecta interrelación con los otros países del planeta. Pues bien, de instalarse un verdadero Defensor del Pueblo en Venezuela su inserción, en lo que se refiere a este punto, incidiría en lo siguiente: A. De crearse la figura real de un Ombudsman y que este fuere designado por el Congreso de la República, ahora Asamblea Nacional, con participación de la sociedad civil en forma indirecta, se institucionalizaría un nuevo y moderno tipo de control por parte del parlamento que constituiría una relación más directa entre el órgano legislativo y el ciudadano. B. Su instalación en el contexto jurídico venezolano, produce una reacción favorable en beneficio del parlamento, por cuanto la sociedad se vería mejor representada en sus preocupaciones, por supuesto origina una mejor distribución de las cargas controladoras que hasta ahora le ha correspondido a otras instituciones del Estado. C. Su institucionalización conlleva a enaltecer la Democracia y poner en práctica en un verdadero sistema de participación del pueblo en la conducción política del Estado y todo lo que ello significa.

4. Consolida el sistema democrático y social del país. Es decir, el sistema democrático es aquel que permite que al ciudadano no solo se le permite participar en los procesos electorales y de escogencia de sus representantes en las asambleas legislativas, sino aun más, que el ciudadano pueda participar en las políticas llevadas a cabo por los conductores políticos y sociales. Sin democracia resulta impensable la institución del defensor del pueblo, como bien dice Antonio Aradillas autor español, "que la Democracia hizo posible en España esta institución de tan reconocidos méritos y rango explícitamente europeo. El Defensor del Pueblo, su ley, su contenido, y hasta las expectativas que ha generado es uno de los logros y frutos de la Democracia y a la vez el Defensor del Pueblo es uno de los índices y argumentos más elocuentes de la validez del sistema democrático. Me atrevo a asegurar que posiblemente es su razón y su prueba más fehaciente. En el Defensor del Pueblo, en su ley y en su actividad le es dado, a los administrados descubrir la autenticidad de la Democracia. El Defensor del Pueblo es garante y valedor de la Democracia de tal forma que así como sin Democracia no es posible su institución, sin esta tampoco la Democracia es posible, o al menos fiable. El Defensor del Pueblo acredita y legitima el sistema democrático en toda su profundidad y anchura..." Un verdadero Ombudsman, decimos nosotros, contribuiría a acrecentar la idea del concepto de democracia, contribuiría grandemente en el concepto papel comunicación del propio sistema, por cuanto intenta restablecer el principio de la comunicación más que el de la representatividad y el ombudsman coadyuvaría en la búsqueda de un sistema en el cual el ciudadano se le permita dar respuestas a sus interrogantes más cotidianos. Cuando un Estado presta eficientemente buenos servicios públicos, no solo estamos en presencia de un Estado efectivo, sino inmersos dentro de un sistema democrático y real.

El Ombudsman contribuiría a solidificar el sistema democrático es por cuanto se trata de su actitud para promover y proteger no solo los derechos civiles y políticos de los ciudadanos sino también aquellos derechos económicos y sociales o más comúnmente denominados derechos o intereses difusos de la sociedad, consagrados por cierto en la nueva Constitución. Estos derechos, como bien dice Héctor Gros Espiell son o pertenecen a una categoría cada

vez más importantes si se desea pasar de una democracia formal a una democracia integral, cierta y estable, ya que constituyen verdaderos derechos, esto es poseen una innegable juridicidad y resultan de la misma raíz que los otros, ya que todos derivan de la esencial dignidad del ser humano.

De introducir la figura del Defensor del Pueblo, el constituyente distribuye las funciones del Estado y sus fines sociales en la materia de protección de los derechos humanos, entre las diversas instituciones encargadas de su cuidado y protección. Hay que distribuir pues entre la Fiscalía General de la República y el Ombudsman la severa protección de estos derechos, tan en boga en la actualidad. A la Fiscalía le debe corresponder la protección de los derechos humanos bajo la óptica del ámbito penal, dentro del proceso, vigilando su utilización por los jueces penales y al Defensor del Pueblo destinado a proteger al ciudadano, en todos sus derechos y encuadrado dentro del campo del ejercicio de la función administrativa del Estado, específicamente dentro de los cuadros de la Administración Pública.

Expreso de la misma forma, que la introducción de la figura del Ombudsman en nuestro sistema jurídico implica en todo caso, una variación importante dentro del campo de la legalidad aplicable dentro de las existencias normativas de legalidad y legitimidad de los actos administrativos y públicos dictados por el Estado.

5. La inserción del Ombudsman, mejora el sistema constitucional y legal del país, por cuanto contribuye a fortalecer un sistema jurídico en sus bases y estructuras, lo cual implica un sistema jurídico de control más cónsono con la realidad actual, donde la Administración Pública no puede ser ya vista bajo esquemas formales, en la cual la administración considera al ciudadano, no como un sujeto activo y pasivo de una determinada acción, sino, como un real participante en las políticas del Estado. El nacimiento de un Estado de Justicia mas que un Estado de Derecho formal parece ser la consigna de los cambios. En realidad y para ser sincero, ya la Constitución Bolivariana de Venezuela lo consagró de varias formas, entre ellas, el artículo 257 lo dice expresamente en la parte in-fine en los siguientes términos: El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los tramites y adaptar un mecanismo breve, oral y público. *No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades esenciales* (lo subrayado es nuestro). Esta modalidad aunada a la defensa de los derechos humanos constituye sin duda una premisa fundamental para encarar los problemas humanos en atención, a las instituciones que podrían eventualmente proteger en toda su extensión los derechos humanos. La Constitución lo dice también en forma expresa: El Estado garantiza a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e independiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que lo desarrollen. (Art. 19 de la Constitución).

IV. LA ACTUACIÓN ACTUAL DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Realmente hemos sido muy críticos frente a la actuación de la defensoría del pueblo que se instaló en enero del presente año. Lo hemos dicho en numerosos artículos de prensa y en conferencias que nos ha correspondido discutir el apasionante tema. En general, desafortunadamente, la Defensoría del Pueblo, no ha dado respuestas a las interrogantes derivada de la problemática de los derechos humanos por las razones que damos a continuación.

En primer lugar, con motivo del Quinto Coloquio Latinoamericano del Ombudsman que hicimos en Caracas en el mes de septiembre de 1999, advertimos, a los constituyendistas, que la figura del Ombudsman tenía que ser independiente de todo poder público, por cuanto así ha sido su esencia y su tradición, nuestra alerta, no fue tomada en consideración por los

constituyentes. En efecto, se ideó o se construyó un poder denominado Poder Ciudadano, que en su idea, parece ser una nueva configuración estatal sana y conveniente, sin embargo, su inclusión dentro del nuevo contexto, no parece configurar un nuevo sistema de distribución de poderes, que implique, por consecuencia, la administración de prerrogativas viables en la pretensión de un nuevo Estado, para decirlo en términos jurídicos, de un nuevo ordenamiento jurídico. Falta la ley, es cierto, sin embargo, hasta los momentos no existe manifestación alguna, que nos explique el contenido de la ley y mucho menos sus consecuencias en el acontecer social y político de una sociedad o de un Estado por hacer.

Esta situación se concatena con la institución de la Defensoría del Pueblo, en el sentido de que la Defensoría del Pueblo, por no ser una institución plenamente independiente, se encuentra sumisa ante la incertidumbre en su seno y frente a la interrogante expuesta anteriormente. Nos explicamos, la defensoría del pueblo, normalmente es una institución independiente, porque así debe ser en su naturaleza, como defensora de los derechos humanos, que solo depende del parlamento, a lo fines de su designación y por supuesto de los informes que debe presentar anualmente para su ratificación o información. En tal sentido, la institución aquí, en Venezuela, depende de dos instituciones muy distintas a ella, tanto en su estructura como en su funcionamiento. La Fiscalía y la Contraloría General de la República. Esta situación por demás advertida en numerosos foros y conferencias, fue omitida deliberadamente por el constituyente de 1999, y ha provocado que la Defensoría del Pueblo ha sido incapaz, hasta los momentos, de asumir una actitud en defensa de los derechos humanos, independiente y autónoma en su organización y en su funcionamiento, lo que es lamentable, por cuanto, la defensa de los derechos humanos, se observa perturbada y limitada por la escasa independencia y autonomía de acción que manifiesta, y configurar una institución que en nuestro país, y mas ahora, se violan constantemente los derechos de los ciudadanos.

En segundo lugar, no se concibe, una real y objetiva defensa de los derechos humanos, por cuanto se confunde la defensa de los derechos humanos con la defensa de los ciudadanos. En efecto, los derechos humanos constituyen en general, un sistema internacional y nacional protector por parte del Estado, aceptado e institucionalizado en organismos internacionales y acogido en numerosas leyes nacionales e internacionales. La protección de los derechos humanos, se encuentra de esta manera muy vinculada a los términos de seguridad, propiedad, libertad, vida, etcétera, lo cual supone una limitación en cuanto a todos los derechos susceptibles de ser protegidos por el Estado y hasta por los propios ciudadanos. La defensoría del pueblo parece seguir la argumentación expuesta, es defensora de los derechos humanos y no es defensora de todos los derechos humanos, es decir, defensora de los derechos de los ciudadanos. En todas las partes del mundo donde existe el ombudsman, su objetivo es la protección de los derechos ciudadanos independientemente de su calificación que sobre estos derechos pudiera existir. Es más, el Defensor del Pueblo, constituye una institución que tiene por real y auténtica finalidad la defensa de las necesidades de los ciudadanos, sus cosas pequeñas, lo cual implica, un abanico incontable e infinito de derechos, objeto de protección por parte de la institución, lo que la particulariza y la individualiza frente a otras instituciones del Estado. Aquí, en Venezuela se confunden los roles de la Fiscalía General de la República con la Defensoría del Pueblo, en lo que se refiere a la defensa de los derechos de los ciudadanos, lo que configura un aspecto de confusión violando en consecuencia, el propio derecho de los ciudadanos a tener una institución clara y objetiva que le permita valorar y al mismo tiempo la defensa constitucionalmente consagrada.

En tercer lugar, la persuasión constituye una arma de acción de todos los defensores del pueblo, tanto en Europa como en la América Latina. En efecto, como bien sabemos, por disposiciones expresas de sus ordenamientos jurídicos, los ombudsman no dictan actos de autoridad, es decir, sus decisiones no son coercitivas, para la defensa de los derechos de los ciudadanos, los ombudsman del mundo, actúan bajo el método de la persuasión y el convencimiento de sus acciones. De ello, deriva pues, una de sus principales características. Este

elemento falta en la actual Defensoría del Pueblo. Yo, creo realmente, que su ausencia es un elemento de disparidad con los objetivos trazados, además se observa en forma general, una ignorancia sobre lo que significa un ombudsman dentro del contexto de una sociedad organizada y funcionalizada, justamente a aquellos a quienes les corresponden la titularidad de los cargos para los cuales fueron designados. A nuestro parecer para los momentos actuales, en Venezuela no existe un ombudsman con las características que de la propia noción se deriva.

En cuarto lugar, muy vinculado con lo anterior, el germen de actuación del ombudsman, se sitúa dentro del campo de la Administración Pública, es decir, el Estado en el ejercicio de la función administrativa. La prestación de los servicios públicos es objeto de protección fundamental por parte del Defensor del Pueblo. La Defensoría del Pueblo actúa en esa dirección, es decir, por un lado observa y vigila la prestación del servicio, actuada por la Administración Pública y de igual forma ordena una corrección de la conducta inadecuada para que la administración corrija en consecuencia. Y, por otro lado, puede aconsejar a la administración de los criterios jurídicos para el mejor desempeño de los servicios públicos lo que la caracteriza y lo diferencia de otras instituciones del Estado, Esta consideración tan marcadamente típica en los ombudsman se encuentra ausente en el acontecer actual venezolano.

Los derechos humanos constituyen hoy por hoy, la protección fundamental que corresponde a un Estado democrático. Pensamos que la institución debe desde ya acercarse a lo que es, y debiera ser. Al menos ya la tenemos en la nueva Constitución, lo cual significa un reto histórico, y además una responsabilidad también histórica. Como expresamos en su oportunidad en nuestro libro *Ombudsman para la Democracia*, al fin y al cabo, si es dentro del denominado orden democrático, lo tendremos que definir como un problema de demócratas (nos referimos en esa oportunidad a la instalación formal del Defensor del Pueblo) o entre demócratas, sería pues, una discusión sobre la libertad del individuo, una discusión sobre el futuro del hombre, una discusión sobre la felicidad, su dignidad como ser humano que es el hombre. Y, al ser una discusión de demócratas, nos anima en pensar y reflexionar, que su instauración, vale decir su forma de divulgación, constituye a nuestro parecer, un estímulo proyectado hacia la generalidad del sentir de los pueblos de esta convulsionada América Latina y por ende, un respiro, cuanto al menos, en la ilusión de poseer una idea o una institución que alcance a perfeccionar humanamente la relación Estado -ciudadano, sea en un futuro y porque no en el presente, una realidad alcanzable.

1. Esta información histórica la obtendremos del estudio del profesor, Mario Quinzio. Presidente del Capítulo Chileno del ombudsman. En su trabajo *La situación del Ombudsman en la América Latina*.

2. La vigilancia de la actuación de los funcionarios es el síntoma fundamental de los orígenes de los ombudsman en el mundo, como antecedente más remoto.

3. El iniciador de este movimiento en Venezuela se le debe al Ing. Isaac Hochman, quien propuso la creación del Instituto Latinoamericano del Ombudsman.

4. La declaración de Caracas fue el nombre del primer coloquio, se basó principalmente en principios fundamentales que debía tener los defensores del pueblo en la América Latina.

5. En el sistema francés el Presidente de la República designa al Ombudsman, quizás es una excepción en el mundo, por cuanto todos los ombudsman son designados por los Parlamentos.

6. Para nosotros, la función principal del ombudsman se sitúa en el campo de la actividad administrativa del Estado, en el concreto ejercicio de la función administrativa.

7. El poder discrecional lo entendemos como una actividad técnica de la Administración, para lo cual el ombudsman aparece como un corrector de ella.

8. El control técnico de la discrecionalidad administrativa lo obtuvimos de las lecturas del libro *Droit Administratif* de Georges Vedel. Presses Universitaires de France.

9. Esta información la obtenemos de un trabajo muy interesante que hizo Silverio Tapia Hernández denominado *Las organizaciones no gubernamentales y su relación con los organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos*. Se encuentra en un libro de la Comisión de Derechos Humanos de México. Reflexiones.

10. Las deficiencias de los controles tradicionales sobre la Administración, fue un trabajo presentado conjuntamente con los doctores Pedro Miguel Reyes y Nelson Roth con motivo del Segundo Coloquio en San José de Costa Rica.