

RAÍCES ROMANÍSTICAS DE LA INSTITUCIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Carlos R. CONSTENLA*

SUMARIO: I. *Premisa*. II. *El Defensor del pueblo. Emergente institución de garantías para la protección de los derechos humanos. El ombudsman, sus orígenes y su transformación en el Defensor del pueblo*. III. *Lo que va del Tribuno de la plebe al Defensor del pueblo*. IV. *Conclusiones*.

I. PREMISA

Este trabajo tiene por objeto demostrar que la institución del “Defensor del pueblo” encuentra sus raíces en la figura romana del “Tribuno de la plebe” y no, en cambio, en el ombudsman escandinavo; asimismo se pretende demostrar que esta afirmación no puntualiza una referencia histórica concreta o general, sino que se funda en las características de la propia institución, tanto en la explicación de su naturaleza jurídico-institucional, así como en el objeto y alcances de su mandato.

II. EL DEFENSOR DEL PUEBLO, EMERGENTE INSTITUCIÓN DE GARANTÍAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. EL OMBUDSMAN, SUS ORÍGENES Y SU TRANSFORMACIÓN EN EL DEFENSOR DEL PUEBLO

1. *Ecos romanísticos en el Defensor del pueblo*

En el último cuarto del siglo pasado, apareció, primero en España (1978) y luego en Latinoamérica (Colombia 1991) una nueva institución llamada De-

* Presidente del Instituto Latinoamericano del Ombudsman-Defensor del Pueblo.

fensor del pueblo cuya misión era la de proteger los derechos humanos. Sin embargo, esta figura tenía, contemporáneamente, otras exteriorizaciones, pero con distinto nombre. En Portugal (1976) *Provedor de Justiça*; en Guatemala (1985) Procurador de los Derechos Humanos. Distingo por su denominación, porque tiene que ver con lo que se pretende demostrar en este trabajo.

Efectivamente, la simple enunciación de este instituto como “Defensor del pueblo”, lo está emparentando con tradición romana clásica. Las referencias históricas al Tribuno de la plebe, y *Defensor civitatis* evocan al moderno Defensor del pueblo. En un antiguo compendio italiano de mediados del siglo XIX se puede leer: “*il tribuno del popolo era... il difensore del popolo. Il tribuno del popolo ossia della plebe, per garantirlo dall’oppressione dei grandi, della barbarie, degli usurari e per difendere i suoi diritti e libertà contra gli attentati dei consoli e del senato ed era riputato il capo e difensore del popolo*”.¹ Edward Gibbon, según se verá, también lo llamará de este modo.

Los países que adoptaron otros nombres (Portugal, Guatemala, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua), lo hicieron por circunstancias coyunturales ya que, en sustancia, regularon de modo semejante a sus instituciones equivalentes.

Sin embargo, no es a una referencia histórica a lo que nos referimos. Conceptualmente adscribir a una concepción romanística de la institución del Defensor del pueblo, explicará su naturaleza jurídica y los alcances y contenidos de su función. De otro modo esta figura se convertiría en la quinta rueda de un carro reducida a la módica intención de tener una oficina de reclamos por cuenta del parlamento.

¿A qué responde tanta aclaración y reivindicación de la procedencia romanística de este instituto?

Contesta la ambigua construcción que se hizo de esta institución a la sombra de otra figura con la que ha mostrado ciertas notas en común: el ombudsman.

2. *El ombudsman escandinavo*

La figura del *ombudsman* apareció en Suecia en 1809. Fue un producto del constitucionalismo triunfante después de la revolución francesa; se trataba del potenciar el poder del parlamento frente a la corona como un organismo de control. Entidades de control habían existido en el pasado y

¹ Foramiti, Francesco D. (compilatore), *Enciclopedia legale. Ovvero lessico ragionato di Gius Naturale*, 2ª ed., Venezia, Giuseppe Antonelli, 1842, t. IV, p. 2356.

existían entonces; la novedad era que ese control se hacía desde una instancia independiente. En una palabra, los controles se hacían antes a favor del príncipe e, indirectamente a favor del pueblo, ahora el beneficiario del control era el pueblo, a través de sus representantes.

Sin embargo la figura del *ombudsman* no fue asimilada por la doctrina política liberal; no encuadraba en la idea dogmática de la división de poderes ya que una de las peculiaridades del *ombudsman* era no ser solamente independiente del poder ejecutivo, sino también del poder legislativo que lo designaba. No era compatible; y además el *ombudsman* parecía ser más adecuado para la burocrática administración escandinava.² Habría que esperar hasta 1918 para que en Finlandia se creara una institución semejante y hasta la post guerra, en 1954, para que otro país escandinavo, Dinamarca, lo estableciera en condiciones históricas muy diferentes a las existentes en 1809.

3. *El Defensor del pueblo ibérico*

Los países que siguieron de a poco adoptando esta institución, lo hicieron con la idea de mejorar los controles que los mecanismos tradicionales del constitucionalismo liberal, habían sido incapaces de satisfacer. En Estados con una fuerte intervención en el proceso económico, con importantes responsabilidades sociales a su cargo, y con regímenes políticamente democráticos, el *ombudsman* aparecía como una magistratura eficaz para proteger a las personas más vulnerables de la sociedad, frente a las injusticias, la arbitrariedad, la burocracia y la mala administración. Pero cuando el *ombudsman* se instala en la península ibérica, vive un cambio fundamental. Después de haber sufrido largas dictaduras, se estableció esta magistratura a mediados de la década iniciada en 1970, para que defendiera la efectiva vigencia de los derechos humanos. Para eso se la dotó de nuevas herramientas: facultades de investigación y legitimación procesal para interponer la acción de amparo frente a las arbitrariedades de la administración, a la vez que la de promover el recurso de inconstitucionalidad ante leyes o reglamentos que a su juicio vulneraran los derechos fundamentales de las personas. En una palabra se le dio a este funcionario una potestad impeditiva, algo así como un poder de signo contrario, que nos hace sostener que la verdadera naturaleza del Defensor del pueblo no es la de un comisionado parlamentario como en el caso del tradicional *ombudsman*, sino tribunicia.

² Legrand, André, “Une institution universelle?: L’Ombudsman?”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris vingt cinquieme année, octobre-decembre 1973, núm. 4, p. 351.

Puede observarse de qué manera se difuma la idea fideicomisaria o de mandato legislativo del *ombudsman*, y se devela la esquizofrénica contradicción que apuntó Antonio Colomer entre lo que puede hacer el Defensor del pueblo y su relación con el parlamento que lo designa, pero al que no está sometido ni subordinado.³ El Defensor del pueblo es hoy una reelaborada manifestación del “poder negativo” que había sido propia del Tribuno de la plebe en la antigua Roma.

III. LO QUE VA DEL TRIBUNO DE LA PLEBE AL DEFENSOR DEL PUEBLO.

1. *El Tribuno de la plebe*

Debemos básicamente a los historiadores clásicos Tito Livio y Dionisio de Halicarnaso el conocimiento de esta singular magistratura sobradamente nombrada, muy conocida, poco estudiada y casi no comprendida.

La desmedida preponderancia que en el estudio del derecho romano se ha dado al derecho privado, determinó que las referencias a ciertas instituciones públicas romanas no pasaran de ser simples referencias históricas que no calaron en profundidad el sentido, el valor y sobre todo la vigencia institucional y política que tuvieron desde su lejano pasado hasta el presente. No amenguó este desinterés, el hecho de que muy destacadas personalidades del pensamiento político y filosófico como Maquiavelo, Mariana, Calvino, Altusio, Spinoza, Montesquieu, Rousseau y Fichte, se hayan ocupado de algunas de sus instituciones, no ya como antecedente histórico, sino como una real y efectiva referencia jurídica a tener en cuenta en la organización política de la sociedad.

La república romana se estableció en el año 509 a.C. por Lucio Junio Bruto que hizo jurar al pueblo no consentir jamás el gobierno de un rey en

³ “Otro problema... es la deriva un tanto esquizofrénica de la naturaleza de nuestro Defensor que en su origen es Comisionado de las Cortes Generales y, por otro, puede recurrir las leyes emanadas de tales Cortes. Ciertamente es que el artículo 6 de la Ley Orgánica del Defensor señala que no está sujeto a mandato imperativo alguno. No recibirá instrucciones de ninguna autoridad. Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio” (Colomer Viadel, Antonio, “El Defensor del pueblo entre el Tribuno de la Plebe y el ‘poder negativo’” en Colomer Viadel, Antonio (coord.), *Regenerar la Política*, Ugarit, Valencia 2008 p. 135). El caso es válido para casi todos los ordenamientos jurídicos.

Roma.⁴ Como dice Attilio Mastrocinque, la constitución republicana implicaba que los poderes, las funciones, el culto, los espacios que pertenecían a los ciudadanos, fueran confiados al pueblo.⁵

El año 494 a.C. las injustas condiciones sociales imperantes en Roma en el periodo monárquico, sobre todo la sumisión de los pobres y de los deudores al poder usurero de los patricios, entró prontamente en contradicción con las supuestas políticas de igualdad que sustentaba el nuevo régimen republicano. Si una persona es demasiado pobre y su pobreza le impide disfrutar de aquellos que es de todos, que es “público”, entonces la idea de lo “público”, comienza a perder sentido.⁶

La crisis producida entre patricios y plebeyos derivó en la llamada secesión de la plebe que abandonó Roma y se estableció en el Monte Sacro sobre el río Anio, a pocos kilómetros de la urbe. La sagaz mediación de Menenio Agripa,⁷ facilitó el retorno de la plebe, al año siguiente, pero modificando sustancialmente las normas y creando una nueva magistratura: la del Tribuno de la plebe.⁸ “Concedednos elegir cada año de entre nosotros, un cierto número de magistrados sin otro poder que el de ayudar a los plebeyos que hayan sido objeto de injusticia o violencia y el de no permitir que nadie sea privado de sus derechos”.⁹ Su misión era la de defender al pueblo contra todo abuso del poder, dotado del formidable derecho de veto que podían ejercer contra los cónsules y hasta contra el Senado.¹⁰ Podemos leer en *El Derecho Universal* de Giambattista Vico que

...ninguna nación ha gobernado el orbe terrestre mejor que la romana...¹¹
las leyes más propias de la república romana, libre por naturaleza fueron las tribunicias, que el pueblo romano aprobaba como señor absoluto del imperio y del derecho romano, sin mezcla alguna de los optimates, extraordinariamente, fuera de la fórmula concebida por el Senado ante la sola propuesta

⁴ Livio, *Storia di Roma*, II, *periocha*, trad. di Gian Domenico Mazzocatto, testo latino-italiano, Newton & Compton editori, Roma 1997, t. 1, p. 143.

⁵ Mastrocinque, Attilio, *Giuramento sul Monte Sacro*, Comune di Roma, IV Municipio Roma Montesacro, Roma, 2005, p. 4.

⁶ *Idem*.

⁷ Dionisio de Halicarnaso, *Historia antigua de Roma*, libro VI, §§ 49 a 56, traducción por Almueda Alonso Carmen y Seco, Madrid, Gredos, 2002, t. II, pp. 277-286.

⁸ Livio, *op. cit.*, 4, II, 33, p. 201.

⁹ Dionisio, *op. cit.*, 7, libro VI, § 87, n. 3, p. 323.

¹⁰ Cicerón, *Tratado de las leyes*, libro III, trad. por Francisco Navarro y Calvo, y Juan Bautista Calvo, 11ª ed., México, Porrúa, pp. 193 y 4.

¹¹ Vico, Giambattista, “El derecho universal”, I, CLXXXVI, 2, en *Obras* trad. por Navarro Gómez, Francisco, Barcelona, Antrophos, 2009, p. 181.

del tribuno de la plebe: por eso son todas ellas las que más favorecen la causa de la libertad.¹²

Según Teodoro Mommsen, esta institución fue creada para proteger,

...aún revolucionariamente a los débiles y pequeños contra la soberbia y los excesos del poder de los altos funcionarios... no tenían en su origen parte alguna en la administración, no eran magistrados ni miembros del Senado...¹³ tenían... derecho a anular, mediante su oposición personal interpuesta dentro del término de la ley toda decisión de un magistrado si la creían perjudicial para cualquier ciudadano...¹⁴ La potestad tribunicia tenía pues derecho a derogar a su antojo la marcha de la administración y la ejecución de los juicios: podía permitir al que estaba obligado al servicio militar sustraerse impunemente al llamamiento; impedía o hacía que cesase el arresto del deudor... su acción en fin, se extendía a todo.¹⁵

“El tribuno sacrosanto de Roma —dice el filósofo Schlegel un poco más afinadamente —...lo era en el nombre del pueblo, no en el suyo propio y representaba la idea sagrada de la libertad sólo mediatamente; no era un subrogado sino sólo un representante de la sagrada voluntad general”.¹⁶ De su parte Arangio Ruiz afirma:

Como magistrados revolucionarios no gozaron jamás de una competencia positiva y dedujeron cuantos poderes fueron reuniendo, con el tiempo, de su originaria función de *auxilium* a la plebe y a los individuos que la integraban,

¹² *Ibidem* I, CLXIII, 1, p. 142.

¹³ Mommsen, Teodoro, *Historia de Roma*, trad. por A. García Moreno, Joaquín Gil, editor, Buenos Aires, 1953, t. I, p. 340. El célebre romanista alemán identificó las características instrumentales del tribunado, y en *Historia de Roma* supo interpretar su verdadera naturaleza aunque a nuestro juicio no alcanzó a comprender el profundo sentido político que lo inspiró (véase especialmente el párrafo 29 de la página 341: “...una magistratura sin objeto definido, no teniendo casi otra misión que la de entretener al proletariado miserable con la apariencia de un socorro quimérico, revistiendo en un principio un carácter decididamente revolucionario y posesionado de un poder anárquico para contrarrestar la acción de los funcionarios y aún del Senado”). Cuando Mommsen publica la *Historia del derecho público romano*, le quita aún más significación al tribunado (véase Mommsen, Teodoro, *Compendio de derecho público romano*, s/referencias a la traducción, Buenos Aires, Impulso, 1942, pp. 74 y 75).

¹⁴ Mommsen, *op. cit.*, 13, I, p. 300.

¹⁵ *Ibidem*, t. I, pp. 300 y 301.

¹⁶ Schlegel, Frederick, *Ensayo sobre el concepto de republicanism* en *Obras selectas* I, trad. por Miguel Ángel Vega Cernuda, Madrid, Fundación Universitaria Española, 1983, p. 46.

contra los actos de gobierno, en general vejatorios e irritantes, de las magistraturas patricias.¹⁷

Polibio luego de examinar las diferentes formas de gobierno que existían en la antigüedad, en el libro VI su clásica *Historia Universal bajo la República Romana*, asigna al pueblo de Roma la mayor cuota del poder político, al punto de afirmar que el régimen de gobierno era popular.¹⁸ Las grandes e importantes atribuciones que según Polibio la constitución romana le confería al pueblo, eran ejercidas en su representación por el Tribuno a quien correspondía "...ejecutar siempre la voluntad del pueblo y atender principalmente a su gusto".¹⁹

El Tribuno de la plebe era el magistrado popular al que se imputaba la más alta responsabilidad moral de la república: la de defender al pueblo y su libertad de los abusos y de la injusticia. Como sostenía Maquiavelo, su autoridad era la garantía para que existiese efectivamente la libertad.²⁰

Sobre la naturaleza jurídica e institucional del tribuno dice Bonfante que

...en el Estado, y en antítesis al mismo, se afirma una organización no subordinada, sino coordinada a la plebe. Pero la organización de la plebe frente al Estado y la función correlativa de los órganos plebeyos es esencialmente defensiva, el *auxilium plebis*: proteger al hombre de la plebe y al orden plebeyo contra la arbitrariedad de la magistratura y del orden patricio, tan poderoso dentro de sus casales gentilicios y en el Senado. El lado positivo de la soberanía escapa completamente a los tribunales. Órganos que están fuera del gobierno, carecen del imperio de los magistrados y de efectuar auspicios públicos de competencia administrativa, de facultad de convocar al Senado o a la asamblea legal de todo el pueblo, del título e insignias propios de los magistrados, de fasces y lictores, de toga pretexta y de silla curul. El aspecto negativo, en cambio, esencial a sus funciones, resulta formidablemente exaltado y supera, como el poder de los éforos en Esparta, a la misma soberanía del magistrado supremo.²¹

¹⁷ Arangio-Ruiz, Vicente, *Historia del derecho romano*, trad. por F. Pelsmaecker e Ivañez, Madrid, Reus, 1943, p. 57.

¹⁸ Polibio, *Historia universal*, VI, 14, trad. por Ambrosio Rui Bamba, Solar y Librería Hachette, Buenos Aires, 1965, p. 351.

¹⁹ *Ibidem*, libro VI, 16, pp. 351 y 352.

²⁰ "La autoridad tribunicia fue necesaria para resguardar la libertad". Maquiavelo, Nicolás, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, libro 1, VI, trad. por Roberto Raschella, Buenos Aires, Losada, 2004, p. 73.

²¹ Bonfante, Pietro: *Historia del derecho romano*, trad. por J. Santa Cruz Tejeiro, Madrid, edición de la Revista de Derecho Privado, 1944, t. I, p. 140.

Con el correr de los siglos, esta magistratura fue modificando su naturaleza como lo apunta Giuseppe Grosso a propósito de su reflexión en torno a la interpretación ciceroniana de este instituto: la formación de una nueva nobleza patricio-plebeya; la inserción del tribunado de la plebe en el carrera política de la magistratura; la intervención tribunicia en apoyo del mismo senado e incluso a favor de los patricios. Explica así Grosso, que desde la moderada perspectiva de Cicerón, el tribunado se convirtiera en un mecanismo de equilibrio del poder dentro de la constitución romana en el cual la *intercessio*, era precisamente uno de sus engranajes característicos. El análisis de Grosso, elaborado a partir del estudio de las propias fuentes romanas, concluye en que, a pesar de las versiones más moderadas (cuando no conservadoras), el tribuno de la plebe es el intérprete de las aspiraciones populares en su confrontación con la clase dirigente.²²

Según Giovanni Lobrano,

El tribunado es, entonces, la defensa que se da a sí mismo el pueblo de los ciudadanos contra el gobierno. Es una invención extraordinaria, paradójica: una magistratura pero distinta, casi una contra-magistratura, un poder pero distinto, casi un contra-poder. Es la institucionalización de la dialéctica social...²³

Los tribunos de la plebe cuyo cargo era anual, debían ser plebeyos y contar con 36 años de edad. No podían ausentarse de Roma y sus casas debían permanecer abiertas día y noche, de modo que cualquier plebeyo pudiera pedir su protección. Instrumento y expresión de su poder negativo, es la *intersessio*, el veto, mediante el cual podía detener y frustrar las órdenes, los decretos y las leyes del cónsul, las deliberaciones del senado, las propuestas de ley, las elecciones y convocatorias de los comicios para un fin cualquiera, en resumen cualquier acto del poder público. El veto se podía hacer efectivo por propia iniciativa del tribuno o por apelación (*appellatio*) del ciudadano.²⁴

Podían oponerse a los arrestos ordenados antes de un fallo judicial y a la percepción de impuestos excesivos. De hecho, ejercían un verdadero control sobre la actuación de los gobernantes.²⁵

²² Grosso, Giuseppe: "Tribunato. Appunti sulla valutazione del tribunato della plebe nella tradizione storiografica conservatrice" en *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, Napoli 1977, núm. 7, pp. 157 y ss.

²³ Lobrano, Giovanni: "Dal 'Defensor del pueblo' al Tribuno della Plebe: ritorno al futuro", en Catalano, Pierangelo, Lobrano, Giovanni y Schipani, Sandro (a cura di), *Da Roma a Roma. Dal Tribuno della plebe al Difensore del popolo*, Roma, Istituto Italo Latino Americano, 2002, p. 76.

²⁴ Véase Bonfante, *op. cit.*, 21. I, p. 141.

²⁵ Livio, *op. cit.*, 4 L. II, 54, p. 241.

Viene al caso analizar esta singular institución desde una perspectiva distinta, tal como la que aporta Ortega y Gasset: el Tribuno era

...una magistratura negativa e inversa, una magistratura diríamos cóncava o en hueco, cuya imagen, desde hace veinticinco siglos, desafía escandalosamente a la razón racionante. Pues es el caso que esta institución tribunicia en que el derecho público racionalista ve sólo una extravagancia de alta tensión, fue el prodigioso utensilio estatal que aseguró durante centurias la solidaridad entre el Senado y el ‘pueblo’ entre patricios y plebeyos.²⁶

Vale decir que Ortega interpreta la historia desde su mirada de filósofo y entiende bien a Cicerón: sin tribunado, no hay república.

De la comprensión de esta singular institución nacida de la *secessio plebis*, encontraremos las más firmes bases para analizar la naturaleza del moderno Defensor del pueblo también conocido —tal vez, desde este punto de vista no con toda propiedad— como ombudsman y echar una mirada innovadora sobre su porvenir.²⁷

2. *El Defensor Civitatis*

Otra figura histórica romana que se debe señalar, es la del *Defensor Civitatis*. Se trataba de un magistrado municipal, de elección popular, confirmado por el emperador o el prefecto del pretorio (en un principio era este último el que lo nombraba). Su aparición, institucionalmente favorecida por el Edicto de Caracalla que había eliminado toda distinción entre Roma *capus mundi* y las ciudades y provincias de su dominio; algo así como un relanzamiento del Tribuno de la plebe, por obra de los emperadores romanos Valente de Oriente y Valentiniano de Occidente. Fue creado el año 386 para defender a la plebe de las injusticias y abusos de los *potentes*.

Dice Gibbon:

Las instituciones de Valentiniano contribuyeron a afianzar los beneficios de la paz y de la abundancia, y las ciudades se resguardaron con el establecimiento de los Defensores, elegidos libremente como tribunos y defensores del

²⁶ Ortega y Gasset, José, “Del imperio romano”, en *Las Atlántidas y del Imperio romano*, 3ª ed., Madrid, Revista de Occidente, 1960, p. 144.

²⁷ Véase Constenla, Carlos R., “Del Tribuno de la Plebe al Defensor del pueblo latinoamericano”, *Res Pública Argentina*, Ediciones RAP, 2008-2, Buenos Aires, mayo-agosto, 2008, p. 27.

pueblo para respaldar sus derechos, exponer sus agravios ante el tribunal de los magistrados civiles o incluso al pie del trono imperial.²⁸

Su designación debía recaer en persona de reconocido prestigio moral.²⁹ Se trataba de un instituto que resurgía, matizado por las nuevas condiciones políticas, en el ocaso del imperio romano. Su importancia lo acreditaba como para ser consagrado en la recopilación justiniana. “Su misión consistió, sobre todo, en proteger a las clases más humildes contra las vejaciones de los poderosos y contra las abusivas exacciones de los funcionarios”.³⁰

Sánchez Arcilla afirma que en pocos años esta institución se extendió por todo el Imperio y que sus posteriores competencias judiciales, fue consecuencia de la importancia y prestigio que adquirió. Podía intervenir contra los recaudadores de tributos por las irregularidades cometidas; se le atribuyeron funciones de orden público, de policía ciudadana, e incluso religiosas, como la de impedir sacrificios paganos y ritos heréticos. No menos importantes fueron sus atribuciones en el orden fiscal: debía estar presente en el momento en el que se le comunicaba al contribuyente la tasación de sus tierras; oponerse a las exacciones excesivas, impedir que nadie se evadiese de su corporación para no hacer más gravosa la carga de los restantes miembros; recibía las quejas de los contribuyentes que consideraban injustamente tasados los tributos y prestaciones en especie que debía satisfacer.³¹

La figura aparece con especial firmeza en los primeros años de la España visigótica; según Beneyto Pérez el *Defensor Civitatis*

...había llegado a ser el más importante funcionario de la ciudad, como lo sigue siendo hasta el momento de la injerencia episcopal, que suele situarse en tiempos de Recaredo. Los obispos vuelven a ser como en cierta época bizantina árbitros y *buenos hombres* que arreglan las querellas de las gentes, organizando una jurisdicción *a sè*. Con ello disminuye, lógicamente, la amplitud jurisdiccional del *Defensor*.³²

Andando el tiempo sus funciones fueron asumidas en parte por los obispos, y luego, a medida que se iba consolidando la institucionalidad política

²⁸ Gibbon, Edward, *Historia de la decadencia y caída del Imperio romano*, trad. por J. Mor Fuentes, Madrid, Turner, 1984, t. II, p. 154.

²⁹ Sánchez-Arcilla Bernal, José: *Manual de historia del derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 116.

³⁰ Arangio-Ruiz, *op. cit.*, 17, p. 381.

³¹ Sánchez-Arcilla Bernal, *op. cit.*, 29, p. 116.

³² Beneyto PÉREZ, Juan, *Instituciones de derecho histórico español*, Barcelona, Bosch, 1931, t. III, pp. 111 y 112.

en los territorios ibéricos reconquistados, fue incluyéndose en la nómina de las magistraturas capitulares con la genérica denominación de síndico o procurador síndico. La palabra síndico etimológicamente viene de la latina *syndicus* y ésta del griego *συνδική* (síndicos), de *συν* (conjunto [idea de asociación]) y *δική* (justicia) y que tiene que ver con el verbo *σύνδικοι* que quiere decir defender en justicia, asociarse en la defensa de algo o de alguien.³³ Una vasta estirpe de términos jurídicos, tendrá allí su raíz: síndico en la acepción del que en un concurso de acreedores ajusta las cuentas y recauda lo que pertenece a la quiebra; procurador de los intereses del pueblo o del común; Justiciazgo (llamado Justicia Mayor en la antigua monarquía aragonesa); magistrado que protege a los ciudadanos. Se empleó con frecuencia en la Europa septentrional, tanto como en la meridional, metamorfoseándose por último en la lengua italiana en la figura del alcalde. Era el representante procesal de un colectivo o comunidad.

La institución del síndico del común (del pueblo) con la conquista y la consolidación de las poblaciones en Hispanoamérica, fue apareciendo en los cabildos coloniales, y aquí como en España, el debilitamiento del poder comunal derivado de la hipertrofia centralista de la corona española, y la corrupción que se hizo proverbial, determinó que en muchos casos, en lugar de ser elegido este funcionario por el “común”, fuera puesto a subasta y comprado con derecho a ser transmitido hereditariamente.

Cabe recordar la referencia del historiador del derecho Pedro José Pidal, aludiendo a los tiempos en que los Borbones de España intentaron “modernizar” el funcionamiento de las instituciones. Dice este autor del siglo XIX:

Carlos III conoció el infeliz estado en que había llegado el régimen interior de las ciudades, e intentó darle alguna vida. Entonces apeló a las antiguas tradiciones y el *defensor civitatis* de la municipalidad romana renació de nuevo con su nuevo nombre de síndico y como en los tiempos pasados, fue elegido, no por la curia o el ayuntamiento, sino por el común, por el concejo entero.³¹

No es por casualidad que, al momento de instituirse las primeras defensorías del pueblo en Centroamérica y en algún caso en México (como Guanajuato), se las llamara *procuradurías*, ni que se lo llamara *síndico de agravios* en Cataluña y en la Comunidad Valencia, *diputado del común* en Canarias o

³³ Véase *Diccionario enciclopédico hispano-americano*, Barcelona, Montaner y Simón editores, 1912, t. XX, p. 220.

³¹ Pidal, Pedro José, *Lecciones sobre la historia del gobierno y legislación de España*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1880, p. 312.

justicia en Aragón. Y es obvio que también en Colombia se utilizó la antigua denominación hispánica con el nombre de *personero*. En el propio Brasil, la figura del *ombudsman*, en toda su variedad, buscó en la denominación de *ouvidor* su fuente inspiradora colonial.

3. *Proyección del tribunado*

Pierangelo Catalano afirma que

La relación entre el concepto de *populus* de la antigua Roma y el conceptos moderno de Estado, puede ser aclarada sólo concentrando la atención en aquel período de la historia moderna en la cual, del modo más evidente, los conceptos *ius publicísticos* romanos son utilizados como instrumentos de voluntad política: la Revolución francesa, en sus premisas y en sus conclusiones.³⁵

Entre estos conceptos cabe, notoriamente, consignar al tribunado. Sin embargo, como el mismo Catalano dice, Rousseau, que toma como modelo de institucionalidad a la república romana, tiene necesariamente en cuenta la interpretación de Maquiavelo que asigna el carácter de la república y la causa de su perfección, a la desunión de la plebe y del senado y en la creación de los Tribunos.³⁶

La referencia a este proceso de recepción de las antiguas magistraturas romanas tiene por objeto resaltar la caracterización del tribunado en el pensamiento de Rousseau,³⁷ aunque como dijimos más arriba, la idea del tribunado recorre gran parte del pensamiento de varios autores de los siglos XVI y XVII. En efecto, Rousseau sintetiza su definición del Tribuno, como aquel magistrado que no pudiendo hacer nada, puede impedirlo todo (cap. V). Allí está la raíz del Defensor del pueblo. Pero no es sólo una ponderación jurídica la que apuntala esta interpretación; está presente la idea de sostener una magistratura creada para defender los derechos de las personas frente al poder de los más fuertes. Así lo dice Vico:

³⁵ Catalano, Pierangelo, *Populus Romanus Quirites*, Torino, G. Giappiechelli editore, 1974, p. 7.

³⁶ Catalano, Pierangelo, *Tribunato e resistenza*, Torino, Paravia, 1971, pp. 36-7. Desde otra vertiente, el pensamiento marxista, registra asimismo, la influencia de las instituciones republicanas de la antigua Roma, en la Revolución francesa (Rosenberg, Arthur, *Democracia y Socialismo*, traducción por Emmanuel Suda, Buenos Aires, Claridad, 1966, p. 19).

³⁷ Rousseau, Jean Jacques: *Du contrat social ou principes du droit politique*, Paris, Flammarion, t. IV, p. 162 y 163.

...instituyeron por primera vez a los tribunos de la plebe... y juraron (mantenerlos): con tal juramento vinieron a dar testimonio de que era la suya, por naturaleza, una república libre, que ya se había hecho libre por naturaleza por obra de Bruto³⁸. De ahí que los optimates, en tantas y tan grandes contiendas con la plebe, cuanto conocen todos los que están un poco versados en la historia de Roma, osasen, eso sí, debilitar el tribunado con arcanas artes, pero nunca socavarlo públicamente.³⁹

El tribuno era un verdadero Defensor del pueblo.

4. *El veto*

¿Cómo es que el tribuno no pudiendo hacer nada puede impedirlo todo? Rousseau lo responde: no debe tener participación alguna en el poder ejecutivo ni en el poder legislativo y carece de jurisdicción. ¿Y cómo puede impedirlo todo? Con el veto.

Vetar es la acción atribuida a una persona o corporación para vedar o impedir algo. Se usa principalmente para identificar, el que tiene el jefe de Estado, en ciertos gobiernos representativos, de negar su sanción a las leyes votadas por el poder legislativo.

Sin embargo, el empleo circunstanciado de una atribución propia del poder ejecutivo (veto), en modo alguno invalida el concepto sustantivo de ese verbo (vetar). El veto como la promulgación de una norma, es una función típicamente colegislativa: la Constitución argentina por ejemplo prescribe en su artículo 83, que “Desechado en todo o en parte un proyecto...” Vale decir, el poder ejecutivo no veta una ley; veta un proyecto de ley. Como dice Germán Bidart Campos: “...la ley es un acto complejo que exige concurrencia de dos órganos —el congreso y el presidente de la república—...”⁴⁰ Ideológicamente, es un instrumento conservador que apunta a reducir la influencia política del parlamento. Así es efectivamente, el veto ha sido considerado supervivencia del poder real, incompatible con el principio parlamentario de la irresponsabilidad del Jefe de Estado.⁴¹

³⁸ Se refiere a Lucio Junio Bruto (¿?-509 a.C.) fundador de la República romana.

³⁹ Vico, *op. cit.*, 11, I, CLVIII, 2, p. 134.

⁴⁰ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1986, t. II, p. 237.

⁴¹ Véase Burdeau, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. por Ramón Falcón Tello, Madrid, Editora Nacional, 1984, p. 535.

Sucede que cuando se habla del poder de veto del Tribuno se emplea la expresión en su sentido original de vedar o prohibir, de ejercer un poder negativo. Dice Bonfante:

Instrumento y expresión de ese poder negativo es la *intercessio*, el veto; esta originalísima manifestación del sistema colegial romano constituyó la base fundamental de una oposición legalmente ordenada. El veto tribunicio puede detener y frustrar las órdenes, los decretos y las levas del cónsul, las deliberaciones del senado, las propuestas de ley, las elecciones y convocatoria de los comicios para un fin cualquiera, en resumen, un acto cualquiera de los poderes públicos.⁴²

La *intercessio* a la que alude Bonfante es, en su acepción latina, intervención, oposición, mediación, intercesión.⁴³

Cuando Bobbio afirma, hablando del poder negativo, que no se puede reducir la resistencia al poder del veto,⁴⁴ dice bien: son cosas claramente distintas. Uno es instrumento del ejercicio colegislador del poder ejecutivo por resabio de la autoridad real; una simplificación expresiva que apunta al derecho que la constitución le da al jefe de Estado para reducir el poder del parlamento. La explicación la hallamos en Montesquieu:

El poder ejecutivo... toma parte en la labor legislativa por su facultad de restricción o veto, sin la cual se vería pronto despojado de sus prerrogativas... Que tuviera el monarca la menor parte en la obra legislativa, por la facultad de estatuir, y no habría libertad. Pero como necesita defenderse, la toma por la facultad de resistir, de impedir. La causa del cambio de gobierno en Roma, fue que el Senado, teniendo una parte del poder ejecutivo, y los magistrados otra, no poseía como el pueblo la facultad de impedir. He aquí, pues, la constitución fundamental del gobierno del que hablamos. Compuesto de dos partes el poder legislativo (senadores y diputados), la una encadenará a la otra por la mutua facultad del veto. Ambas estarán ligadas por el poder ejecutivo, como éste por el poder legislativo.⁴⁵

Es clarísimo; el veto es un acto del poder positivo, del gobierno, en cualquiera de sus funciones. La otra forma conocida, que sería la *intercessio*

⁴² Bonfante, *op. cit.*, 21, p. 141.

⁴³ Pimentel Álvarez, Julio, *Breve diccionario latín-español, español-latín*, México, Porrúa, 1999, p. 267.

⁴⁴ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. por Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, p. 200.

⁴⁵ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, libro XI, capítulo VI, trad. por Nicolás Estévez, Buenos Aires, Claridad, 1971, p. 195.

o el veto del tribuno, era una expresión indirecta de la soberanía, a través de un magistrado al que se investía de esa facultad para proteger los derechos del pueblo. Una forma de veto se incardina en el derecho constitucional del poder; la otra en el de la libertad.

5. *El Defensor del pueblo*

Se puede decir que el *Defensor del pueblo* es un funcionario estatal, no gubernamental, independiente del poder político, con autonomía funcional y administrativa, elegido por mayorías calificadas por un período determinado de tiempo, con la misión de proteger los derechos ciudadanos, controlar las posibles arbitrariedades de la Administración y mediar en los conflictos que se puedan producir entre la sociedad y el Estado. No tiene poder para sancionar o anular una norma, su autoridad es básicamente moral y por eso se dice que ejerce una magistratura de opinión. Pero también está habilitado (no siempre, pero muchos ordenamientos jurídicos así lo establecen) para ejercer la acción de amparo y de inconstitucionalidad contra leyes y reglamentos que lesionen derechos humanos u otros de incidencia colectiva y de esa manera impedir su aplicación. En algunas legislaciones, su legitimación procesal es aún más amplia. Sus procedimientos son informales, de la misma manera que la recepción de las quejas y denuncias.

6. *Conexiones entre el Defensor del pueblo y el Tribuno de la plebe*

Si analizamos esta descripción del *Defensor del pueblo* haciendo una atenta lectura del capítulo V del libro IV del *Contrato Social* de Rousseau, observaremos que sus rasgos distintivos están previstos en el análisis que hace del tribunalado el filósofo ginebrino. En los dos primeros párrafos del citado capítulo están contempladas las funciones mediadoras del *Defensor del pueblo*. El tercer párrafo se hace referencia a sus potestades impeditivas: la *intercessio* romana, las acciones judiciales paralizantes por vía judicial del *Defensor del pueblo*. En el mismo párrafo, el poder moral del Tribuno “más sagrado y reverenciado como defensor de las leyes, que el príncipe que las ejecuta y el soberano que las da”, se corresponde con la magistratura de opinión que ejerce el *Defensor del pueblo*. En el cuarto párrafo al aludir a que es el “más firme sostén de la constitución”, al estarle vedado el poder positivo, destaca su responsabilidad como protector de los derechos fundamentales y como órgano de control.

7. Crisis de un sistema político

La institución del tribunado es, por su propia naturaleza extraña y hasta contradictoria con los pilares sobre los que se asienta el liberalismo y el sistema político que a partir de sus premisas se formula: La libertad autonomía y la división de poderes. La noción de la libertad en el sentido que se ha desarrollado en el mundo y que ha permitido el triunfo del capitalismo y el profundo divorcio entre la sociedad y el Estado es antagónica a la existencia de un poder impeditivo sustentado en una idea de la libertad como expresión de la participación de pueblo en el gobierno. De la misma manera que una instancia impeditiva a la aplicación de una norma de derecho es incompatible con un sistema que auto referencia su perfección institucional en la división del poder en tres ramas que son expresión de un mismo poder. A lo más que se atrevió el sistema político liberal, fue a reconocer una instancia de control de la legitimidad constitucional complementaria de la división de poderes.

La reconocida crisis del sistema político representativo y la pérdida de credibilidad en el sistema de garantías que establece el régimen de la división de los poderes, hizo que a lo largo del siglo XX se ensayaran diversas teorías que procuraron, de un marco democrático y republicano, fortalecer las instituciones públicas. Básicamente se revitalizaron las ideas en torno a formas de democracia directa (al fin y al cabo la democracia tuvo sus primeras y más puras manifestaciones con esa modalidad), a la vez que se puso otra vez, de un modo casi natural y espontáneo, en la consideración de la ciencia jurídica y de la política la noción del “poder negativo”. Así el jurista e historiador italiano Arturo Carlo Jémolo (1891–1981) decía en 1965:

La pérdida de confianza en los órganos estatales, la permanente sensación de víctima de injusticias, está erosionando pilares fundamentales, mucho más que iniciativas abiertamente revolucionarias... podría pensarse en un tribuno del pueblo o en un censor, nominado por sufragio universal, o tal vez, con un electorado distinto de aquel que elige a los miembros del parlamento.⁴⁶ El *Defensor del pueblo* está a un paso de reinsertarse en la historia.

⁴⁶ Jemolo, Arturo Carlo, “Sulla proposta istituzione del Commisario parlamentare in Italia” en *Montecitorio, Rivista di Studi Parlamentari*, Roma, 1965, núm. 16, pp. 90 y 91. Hay muchas otras referencias al tema. Por su singularidad señalamos la siguiente observación alusiva a la creación de *Consejos Populares* en la Constitución cubana de 1982, cuya misión es la de control y fiscalización de la autoridad estatal. Dice un profesor de la Universidad de La Habana: “Para mí está cada vez más claro que son una suerte de poder negativo en los que

IV. CONCLUSIONES

El jurisconsulto panameño Edgardo Molino Mola, hace treinta años, en una ponencia presentada en un coloquio organizado por el Instituto Latinoamericano del Ombudsman–Defensor del pueblo en la ciudad de Buenos Aires, afirmó que el mundo estaba en un proceso de “redescubrimiento” de la figura del *ombudsman* porque en realidad imaginar esa figura hoy, no era sino recrear las antiguas magistraturas romanas que fueron concebidas para defender y proteger los derechos de las personas, sobre todo de las más débiles y vulnerables.

La naturaleza jurídica y política del Defensor del pueblo es tribunicia, y en esa inteligencia debe entenderse que no es un comisionado parlamentario. La intervención del parlamento en su designación es sólo un mecanismo técnico y no una razón política: lo demuestra el hecho de que requiere generalmente mayorías calificadas y por otra parte en que el *Defensor del pueblo* a partir de su designación queda jurídicamente desvinculado del parlamento; éste no le puede dar instrucciones ni ordenarle que investigue o que deje de investigar algo.

En la antigua contraposición entre *autoritas* y *potestas* el Defensor del pueblo pareciera estar más cerca de la primera que de la segunda, porque su acción preferentemente se expresa en recomendaciones y sugerencias; pero no siempre y necesariamente es así. Con sus facultades administrativas y procesales no se limita a opinar y a aconsejar, sus resoluciones surten efectos jurídicos, desde que la autoridad o administración (cuando no admitiera sus opiniones) está obligada a dar razón de porque no lo hace, además de poder desbaratar con sus acciones judiciales la validez de una norma, de un reglamento o de un mero acto administrativo. Como decía Rousseau, no pudiendo hacer nada, puede impedirlo todo.

Por último, la deriva en la península ibérica del *defensor civitatis*, y su continuidad desde la Edad Media, particularmente fortalecida en Latinoamérica en tiempos de la colonia, contribuyen a explicar la especificidad del instituto del Defensor del pueblo de raíces latinas y sus diferencias con el *Ombudsman* escandinavo.

se conjugan a nivel de localidad las fuerzas de la sociedad civil con los representantes populares del estado... De cualquier forma esta versión del poder negativo, que evoca en alguna medida al poder tribunicio romano, deviene o debe consolidarse como una manera *sui generis* de democracia participativa” (Fernández Bulté, Julio: “Reflexiones sobre la modernización del Estado en América Latina”, Aa.Vv., *Democrazia e riforma dello stato in America Latina*, Sassari, Associazione di studi sociali Latino-Americani, 2000, p. 121).