



UNIVERSIDAD DEL SALVADOR
Facultad de Ciencias Jurídicas
Facultad de Filosofía, Historia y Letras

IUSHISTORIA
Revista Electrónica
Nº 2 – octubre de 2005
Buenos Aires, Argentina
www.salvador.edu.ar/juri/reih/index.htm

ANTECEDENTES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

MAFALDA V. DÍAZ-MELIÁN DE HANISCH

1. INTRODUCCIÓN

Por diversas circunstancias las relaciones entre el Estado y los ciudadanos no solo pueden ser muy complejas sino también perjudiciales y difíciles pese a que el Estado tiene el deber de proteger a las personas. Para contribuir a resolver los daños y perjuicios que el Estado provoca cuando no cumple su deber fundamental muchos países, respetando las funciones del Poder Judicial, han creado Fiscalías y Contralorías a fin de resolver las infracciones al derecho administrativo o institucional. Pero estas instancias tampoco han logrado soluciones totales y satisfactorias.

Actualmente es una realidad que la relación individuo - Estado, considerado este como administrador, ya no puede enmarcarse en las técnicas tradicionales, sino que para proteger o tutelar los derechos de los individuos garantizados por la constitución debe "regirse por principios de equidad. El control tiene como fin

el proteger al administrado"...¹. De ahí que muchos Estados han resuelto enfrentar el problema creando la institución, conocida en casi todo el mundo, con el nombre de Defensor del Pueblo.

2. EL DEFENSOR CIVITATIS EN EL DERECHO ROMANO

En el primer período de Roma (753 a C. ?) encontramos el gobierno de los siete reyes. En el año 510 a C. se establece la República la que soportó, durante los primeros tiempos, la lucha entre los patricios y plebeyos que terminó en el 300 a C. "con la admisión de la plebe en todas las magistraturas. Entre los años 496 a 270 a C. Roma conquistó el resto de Italia y a partir del 264, a C. empieza la expansión romana. Y en el 31 a C. se inicia el Imperio con Octavio el que toma el nombre de Augusto.

Roma, a partir del principado, promovió los municipios (*municipia*) llamados también *civitate* o *res-publicae* los que fueron asociaciones corporativas pues gozaban de un régimen local administrativo, materia de Derecho público² Las villas itálicas y las ciudades que se fueron agregando a Roma durante la república y el imperio, en virtud de conquista o alianza, perdieron su anterior régimen de soberanía conservando alguna autonomía la que dependía de concesión o tratado estipulado. La validez del Derecho romano estaba limitado en un principio a Roma y a sus alrededores próximos. Luego se extiende por la fundación de "colonias de ciudadanos (*coloniae civium Romanorum*) y por el reconocimiento de los derechos de ciudadanía a numerosos municipios (*municipia*) itálicos durante la primera época de la República".³

Entre los años 90-89 a C., finales de la República, los ciudadanos itálicos fueron equiparados a los romanos y toda Italia se rigió, entonces, por el Derecho romano. Con las guerras púnicas, Roma inicia la expansión territorial y con ellas empieza a penetrar en las provincias el Derecho romano. Sin embargo, recién a

¹ CALDERA DELGADO, Hugo, *Manual de Derecho Administrativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, p.344.

² KASER, Max, *Derecho Romano Privado*, 5ª Edic. Madrid, España, Instituto Editorial Reus S.A., 1968, p.85.

³ KUNKEL, Paul J. W., *Derecho Privado Romano*, Barcelona, España., Editorial Labor S.A., 1937, p.80.

finés de la república y fundamentalmente a comienzos del imperio, la fundación de colonias de ciudadanos y la concesión de la latinidad y del derecho de ciudadanía se hizo general en los municipios y colonias enteras.⁴ También en casos determinados se concedió a provinciales la ciudadanía. Esta situación fue modificada por la *Constitutio Antoniniana* del año 212 del emperador Caracalla la que dispuso extender la ciudadanía romana a todos los habitantes de las provincias y por consiguiente el Derecho romano se imponía en todo el imperio. Por ella desapareció toda diferencia entre municipios y colonias.⁵ El gobierno local en el imperio estuvo representado por los municipios provinciales que "constituían la unidad básica"⁶ de su organización. En los terratenientes burgueses, clase que se llamaba "curial", recaían las magistraturas y los cargos concejiles.

Con el transcurrir de los siglos se sobrepusieron a los antiguos magistrados de los municipios algunos funcionarios, a veces nombrados por el gobierno, los que llegaron a absorber todas las funciones de los duunviros, ediles y cuestores. A finales del siglo II encontramos al *curator rei publicae*, funcionario imperial, encargado de vigilar las haciendas de las ciudades. Más tarde el *curator civitatis*, elegido entre los miembros de la curia, quien es confirmado por el emperador. El *curator* actúa como único magistrado, sumando todos los poderes de los anteriores magistrados.

2. a. ATRIBUCIONES DEL DEFENSOR CIVITATIS

Durante el gobierno del emperador Valentiniano I, en la mitad del siglo IV, se creó el cargo de *defensor civitatis*, magistratura municipal, cuya misión era la de velar por el pueblo que padecía las incontrolables exacciones de los magistrados y la crisis económica que afectó al mundo romano desde el siglo III. Inicialmente los vecinos, constituidos por el obispo, los clérigos, los honorables, los *possessores* y los curiales, elegían al *defensor civitatis* debiendo ser confirmado el

⁴ KUNKEL, Paul J., *Derecho Privado...* (5), p. 81.

⁵ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1952, p.79.

⁶ BALSADON, J.P.V.D., *Los Romanos*, Madrid, España, Editorial Gredos S.A., 1987, p.112.

cargo duraba cinco años y fue regulado por la constitución del año 365 de Valentiniano y Valente. Por esta no podían ser elegidos defensores los decuriones, ni los cohortales. El cargo debía recaer en persona idónea para mayor garantía de los habitantes. Fue reglamentado por las constituciones de los años 368, 385,392,405,409 y 441.⁷ Los autores de esta última constitución fueron los emperadores Theodosio II y Valentiniano III.

Las atribuciones del defensor abarcaban un gran número de materias: defendía a los habitantes por las exacciones injustas y de los abusos de los funcionarios imperiales. Tenía facultades para querellarse en nombre de sus representados ante el gobernador de la provincia y luego ante el prefecto del pretorio. En caso de necesidad podía llegar en alzada, con sus quejas, ante el emperador.

También, los defensores tenían ciertas atribuciones de policía judicial tales como impedir y descubrir los robos, denunciar y detener a los ladrones. Con el tiempo se les concedió poder para conocer ciertos delitos leves. En las ciudades donde no existían magistrados tomaba conocimiento de los negocios civiles hasta la cuantía de 50 escudos de oro e igualmente conocía ciertos actos judiciales y nombraba tutores (*iurisdictio*).

Sin duda que la suma de estas atribuciones lo colocaban en el primer lugar entre los magistrados municipales. Después de casi dos siglos el cargo se había desvirtuado al extremo de ser menospreciado y calificado de injurioso. El emperador Justiniano, para restituirle la dignidad, determinó reorganizarlo y lo concretó con la constitución del año 535, en la que estableció que el cargo de *defensor civitatis* debía ser elegido entre las personas mas nobles de la ciudad. Además la magistratura era obligatoria e indelegable y el elegido se desempeñaba durante dos años.

Los defensores nombrados y confirmados por el emperador debían prestar juramento por el que se comprometían a proceder legalmente y en bien de la comunidad. El emperador además les extendió la competencia en lo civil hasta 300 ducados de oro, reglamentó el modo de proceder y finalmente autorizó la elección de los decuriones para desempeñarse en la magistratura.

⁷ JUSTINIANO, *Code*, L.I, T.LV. 1 a 10, p.250-253.

El *defensor civitatis* desapareció en el siglo VII consecuencia del desprestigio y la corrupción.

3. ALGUNOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS PRECURSORES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

La historia nos enseña que a lo largo de los siglos antes y después de Cristo ya existieron instituciones relacionadas con la defensa de los derechos fundamentales de los administrados eventualmente violados por las instituciones estatales; y las que podrían ser consideradas como precursoras del Defensor del Pueblo.

En la antigua Atenas, Grecia, existieron funcionarios que eran elegidos por el Consejo de los Quinientos llamados “*Euthynoi*”. Ellos se ocupaban de mantener el orden, la disciplina, la armonía y la "vigilancia sobre los funcionarios gubernamentales con el objeto de asegurar el cumplimiento de los acuerdos adoptados por dicho Consejo.”⁸ A partir de las denuncias de los ciudadanos realizaban investigaciones como también las hacían por propia iniciativa y proponían el juzgamiento de los infractores.

En Esparta o Lacedomonia, tras la anexión de Amyclas, se reformó la Gran Retra, 700 a C. - constitución que según la leyenda fue redactada por Licurgo - y de ella conocemos: la diarquía (gobierno de dos reyes) gerusía (consejo de ancianos) y la Apella con potestad de veto sobre las decisiones. Por dicha reforma se crea el Consejo de los Eforos, cinco ciudadanos elegidos por la Asamblea, el que asume la defensa de los privilegios de la nobleza frente al poder real y al de los ilotas. Además “controlaba las actividades municipales, con poderes disciplinarios sobre el rey y los funcionarios., desempeñando también funciones jurisdiccionales”.⁹

⁸ QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario, *El Ombudsman*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p.15.

⁹ OVIEDO SOTO, Tarcisio, “EL Ombudsman como organismo de Control de la Administración” en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, N° 196, Año LXII, julio-diciembre 1994, Concepción, Chile, Ediciones Universidad de Concepción, 1995, p.133.

“La institución llamada Eflorat, fue creada en el año 750 a C.”¹⁰, contrapesaba... el poder de los reyes y del senado.

Sobre los orígenes de la China nada se sabe y solo contamos con datos seguros a partir del siglo VIII a C. Bajo la dinastía Han -siglo II a C. al siglo II d.de C. y período en que se introdujo el budismo - existió un funcionario denominado Yan el que ejercía control sobre la administración imperial.¹¹

En Persia, actualmente Irán, en la época de Ciro 558-528 ?a C. existió un funcionario denominado “O olho do Rei” con facultades de control sobre los funcionarios.¹²

Desde la Edad media, Venecia era una república aristocrática, muy próspera y bajo el gobierno de los dux extendió sus dominios. En el siglo XV el Consejo de los Diez ejerció un activo control sobre la burocracia de la ciudad.¹³

En la península Ibérica y durante el período de la dominación musulmana habría existido, según algunas fuentes, un precedente del defensor del pueblo. "al Sahib-al- Mazalin" y en el siglo XII encontramos al Justicia Mayor en Aragón. Este funcionario fue instituido "como consecuencia del largo proceso de resistencia de la nobleza aragonesa al ejercicio de un poder real omnímodo".¹⁴

En el siglo XVIII, Turquía contaba ya con una "repartición superior de justicia [que] ejercía vigilancia sobre los funcionarios con el fin de asegurar el respeto y la obediencia a la ley islámica".¹⁵ Esa repartición dice Jorge Mario Quinzio F. fue "la que inspiró al rey suevo Carlos XII a la creación en su país del cargo de Supremo representante del Rey".¹⁶

El emperador de Rusia, Pedro I el Grande 1672-1725, reformó la administración siguiendo los modelos de las naciones de Europa. En 1722 creó el

¹⁰ QUINZIO, Jorge Mario., *El Ombudsman...* (8).

¹¹ OVIEDO SOTO, Tarcisio, *El Ombudsman...* (9).

¹² QUINZIO, Jorge Mario., *El Ombudsman...* (8).

¹³ Idem.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.

¹⁶ OVIEDO SOTO, Tarcisio, “*El Ombudsman...* (9).

cargo de Procurador General con las facultades de cautelar el desempeño de los funcionarios. Dicho cargo sería conocido también “como *o olho do Rei*”.¹⁷

4. EL DEFENSOR DEL PUEBLO EN SUECIA

Nos referimos a Suecia porque es la fuente contemporánea que fiscaliza la actividad de la administración y la defensa de las libertades públicas. Según el Profesor André Legrand , la figura del "Gran Sénéchal (*drosten*) surgida en el siglo XVI, sería el primer antecedente del Ombudsman.

El Cargo de Supremo representante del Rey “*Konungens ombudsmannen*” creado por Carlos XII tuvo como fin vigilar el cumplimiento de las leyes y reglamentos y controlar que los servidores públicos cumplieran con sus obligaciones. En el año 1719, muerto Carlos XII, pasa a denominarse *Justitie-Kansler* (Canciller de Justicia del Rey). Este debía dar cuenta de sus funciones al Parlamento y representar al rey durante sus ausencias en las guerras contra Rusia.

El rey Gustavo III, en el año 1772, mediante un golpe de estado impuso la monarquía absoluta y asumió la facultad de designar al Canciller de justicia, el que le debía solo al rey obediencia . El régimen monárquico absoluto cae en 1776 y nuevamente el Parlamento recupera la prerrogativa de nombrar al Canciller de justicia. En 1809, el rey Gustavo IV abdica por su derrota frente a Rusia, lo que facilitó que el 6-6-1809 se promulgara la nueva constitución que restauró el régimen parlamentario y también con ella se institucionalizó el Ombudsman con el nombre de *Justitie Ombudsmannen* y a partir del Canciller de Justicia.¹⁸

Este funcionario aparece "como símbolo de la separación de los poderes del Estado, así como el personaje encargado de controlar que las leyes sean respetadas, tanto por las instancias administrativas como por los Tribunales de justicia".¹⁹

¹⁷ OVIEDO SOTO, Tarcisio, *El Ombudsman...* (9).

¹⁸ LEGRAND , André, *El Ombudsman escandinavo*, París, 1970, p.22.

¹⁹ ROWAT, Donald, “El Ombudsman”, The Carleton Library N° 17, Toronto, Canadá, 1973, p.7. Citado en OVIEDO SOTO, Tarcisio, *El Ombudsman...* (9), p. 134.

La palabra ombudsman etimológicamente proviene de la lengua inglesa: *ombuds* significa protector y *man* hombre, lo que significa ser protector del hombre.

El ombudsman es elegido por cuatro años y no puede desempeñar ningún otro cargo con lo que adquiere independencia ante el rey y la administración. Las fuentes que enriquecen y justifican su existencia no tienen origen en el Derecho romano sino en el Derecho alemán. En 1900 el Código civil sustituyó al Derecho romano el que había tenido vigencia en amplios sectores de Alemania. El Código civil, con ligeras modificaciones de forma, contiene muchos elementos que habían figurado anteriormente como Derecho romano.²⁰

La competencia que tiene el Ombudsman en Suecia no se da en otros países y esto lo han destacado Gil Robles y Gil Delgado al afirmar que: “En Suecia existe una separación orgánica y tajante entre la función política y la administración. Es decir existen dos bloques perfectamente determinados: el Rey y sus Consejeros o Ministros, de una parte, y de otra la Administración propiamente tal.”²¹

4. A. COMPETENCIA DE LA INSTITUCIÓN

El Ombudsman sueco marca el hito de la modernidad. El reencarna la idea básica del nomofilax griego (la protección de la norma jurídica objetiva)²² y que tendrá vida en los distintos países del mundo. Debemos destacar que en su esencia, el defensor del pueblo, mantiene muy claros los conceptos y principios en cuanto a promover y proteger con efectividad los derechos humanos. Al asumir responsabilidades se compromete a ayudar y a buscar soluciones para los problemas de los hombres.

El Ombudsman convive con otros mecanismos de control, fiscalización e intermediación y actúa sobre quienes niegan, violan o desconocen los derechos.

²⁰ BALSDON, J.P.V.D., *Los Romanos... (6)*, p.142.

²¹ GIL ROBLES y GIL DELGADO, Alvaro, *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, Colección de Estudios Administrativos, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1981, p.44.

²² BARROS de ANGELIS, *Introducción al Estudio del Proceso. La Psicología y la Sociología del Proceso. El Ombudsman. (La defensa de los intereses difusos)*, Buenos Aires, Ediciones Palma, 1983, p.143.

Aquella institución se ha extendido a los cinco continentes, con sus excepciones, y también encontramos al Ombudsman en el nivel supranacional: Consejo de Europa (C.E.) y en la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Es "una institución muy sui generis"²³ que tiene la competencia para recibir quejas que involucran los derechos humanos, los derechos colectivos y los intereses difusos. Su función es ser el vehículo entre el Estado y la ciudadanía.

Las decisiones deberán ser meras recomendaciones y su influencia ante las administraciones cuestionadas dependerá en gran medida de su prestigio y de la confianza que despierte su actuación. Su función no puede ni debe interferir en los poderes públicos y estos a su turno tienen la obligación de facilitarle la investigación, proporcionándole documentos o testimonios cuando los requiera.

4. b. CARACTERÍSTICAS GENERALES. DESIGNACIÓN

No se pueden generalizar de manera total las características del ombudsman porque ellas dependen de los distintos países que han recogido la institución. Esta puede ser nominada como mandatario, defensor del ciudadano, comisionado delegado parlamentario, fiscal general, procurador de los derechos humanos, defensor social, *mediateur*, consejero general y municipal, procurador de justicia, etc.

Además, para su designación están en vigencia diversas fórmulas. En algunos países es designado por el poder legislativo o por este mediante propuesta del poder ejecutivo; en otros queda en manos exclusivo del poder ejecutivo o por este previa propuesta del parlamento; o por decreto del Consejo de ministros (Francia); por propuesta del Primer ministro y del Ministro de justicia (Portugal); y algunos países han incluido la institución en las constituciones.

Para completar señalaremos que algunos ejercen su jurisdicción en todo el país, otros tienen jurisdicción regional, provincial o municipal. En Argentina, Brasil, Israel y Francia encontramos al defensor del pueblo con jurisdicción municipal, el que no obstruye la gestión del que la ejerce para todo el país,

²³ OVIEDO SOTO, Tarcisio, "EL Ombudsman en Europa y América", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 197, Año LXIII, Enero-junio 1995, Ediciones Universidad de Concepción, 1995, Concepción, Chile, Editorial de la Universidad de Concepción, 1996, p.36.

5. EL DEFENSOR DEL PUEBLO EN CHILE

Hemos afirmado, oportunamente que aun existen países que no cuentan con la institución. Uno de ellos es Chile. Aun así debemos reconocer que existen antecedentes históricos. La Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias de 1680, resultado de las ordenanzas, leyes y disposiciones de gobierno promulgadas por los reyes de España y otras autoridades subordinadas a ellos, estableció un régimen jurídico especial en las Indias. Lo que representó una importantísima contribución pues entre las disposiciones encontramos la protección de los indios a quienes se les reconoce y garantiza el derecho de libertad.

De la lectura de algunos procesos judiciales y políticos de la colonia surge cómo el Fiscal de S. M. protector de los naturales había defendido y protegido con férrea vocación los derechos del indígena.

También en la Constitución Provisoria para el Estado de Chile, 23-10-1818, sancionada durante el gobierno del general Bernardo O'Higgins encontramos otro antecedente jurídico cuyo art. 3º que se refiere a las atribuciones del Senado establece que "en todas las ciudades y villas del Estado habrá un censor elegido por el respectivo Cabildo y con asiento después en los Alcaldes, el que en toda aquella jurisdicción cuidará como el Senado en todo el Estado, de la observancia de esta Constitución, conforme a los dos artículos anteriores; y en las transgresiones que notare así en los funcionarios del pueblo como del campo, oficiará por primera y segunda vez al gobernador o teniente para remedio, y en caso que estos no lo hagan eficazmente, dará parte al Senado".

El art. 2º, a que se refiere, expresaba que "la infracción de la Constitución por algún cuerpo ciudadano, será reclamada por el Senado al Director Supremo, quién deberá atenderla bajo su responsabilidad.

Otro antecedente, que enriquece los principios y finalidades del Defensor del Pueblo, lo encontramos en la Constitución, 29/12/1823, la que en el art. 220 N° 2 estatuyó: "Las funciones peculiares de sus individuos - refiérese a los regidores - son las siguientes: 2. El regidor decano cuida: del mérito cívico, y de los demás servicios de los ciudadanos, para dar cuenta al Senado y autoridades respectivas: del cumplimiento de los funcionarios, y de la moralidad pública." El 1º/4/1991 fue

enviado el proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Defensor del Pueblo a la Cámara de Diputados. La reforma constitucional de septiembre de 1997 creó al Ministerio Público el que ya ha iniciado la etapa de prueba. "El Ministerio Público representa los intereses generales de la sociedad y de la ley sin excluir a los órganos no jurisdiccionales".²⁴ Con ello se postergó la creación de otro servicio: El Defensor del Pueblo.

6. CONCLUSIÓN

El *defensor civitatis* amparaba a las clases humildes aun cuando los poderosos estuviesen revestidos de autoridad. Estaba investido de la *iurisdictio*, nombraba tutores, intervenía en la exacción de impuestos y tenía jurisdicción civil en relación con la clase que protegía,

El Defensor del Pueblo (Ombudsman) tiene como finalidad defender a las personas de los abusos de la autoridad y de los funcionarios de la administración publica centralizada o descentralizada. Su competencia está predeterminada y su jurisdicción varía de un país a otro. En algunos su competencia se extiende a la administración de justicia y en otros a las fuerzas armadas: Finlandia, Dinamarca, Noruega, Suecia, Alemania, Francia, Gran Bretaña, Canadá, Israel, Australia y Filipinas.

²⁴ DIAZ-MELIAN de HANISCH, Mafalda V., "Algunas Notas Históricas Procesales Españolas. Chile, Siglos XIX y XX". (Comunicación inédita presentada en el XI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Buenos Aires, Morón, 1998).