

# El defensor del pueblo: institución imprescindible en el futuro del Estado social y democrático de derecho. Una perspectiva histórico-romanística

CARMEN JIMÉNEZ SALCEDO<sup>1-2</sup>

## RESUMEN

Recientemente se observa un mayor interés el interés por la figura del defensor del pueblo, incitándose al debate jurídico sobre la posibilidad de que se le reconozcan a esta institución de contundente perfil democrático ciertas competencias jurisdiccionales flexibles, procedimientos accesibles y

- 1 Doctora en derecho por la Universidad de Córdoba, Córdoba, España. Profesora Titular de Derecho Romano de la Facultad de Derecho y CC. EE de la Universidad de Córdoba, Córdoba, España. Académica correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, Madrid, España. Correo-e: fd1jiam@uco.es. Enlace Orcid: 0000-0002-5623-7328. Fecha de recepción: 5 de febrero de 2023. Fecha de modificación: 2 de mayo de 2023. Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2023. Para citar el artículo: Jiménez Salcedo, Carmen, "El defensor del pueblo: institución imprescindible en el futuro del Estado social y democrático de derecho. Una perspectiva histórico-romanística", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 30, 2023, pp. 103-126. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n30.06>.
- 2 Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+i, de Generación del Conocimiento, 2021, Modalidad Investigación no Orientada Tipo B: "Acciones e interdictos populares: Delitos públicos, delitos privados, y tutela del uso público de las cosas públicas". Ministerio de Ciencia e Innovación, Agencia Estatal de Investigación, Área Derecho, Cod. Administrativo/Ref: PID2021-124608NB-100. Investigadores Principales: IP. 1.º, Antonio Fernández de Buján; IP. 2.º y Juan Miguel Alburquerque Sacristán.

el desarrollo creativo de estándares normativos tanto en el ámbito nacional como supranacional. En concreto, en el ámbito de la Unión Europea (UE), algunos estudios académicos han revelado una mejoría en el comportamiento y responsabilidad de las instituciones y cuerpos de la UE como consecuencia de la intervención que procura la inclusión de buenos estándares de administración como consecuencia de su intervención y control. En este sentido y como romanistas, es nuestro deber destacar el verdadero origen de la institución en el *Defensor civitatis* y a través de su estudio aportar claves para ayudar a la construcción de un marco legislativo más eficaz que tenga en cuenta elementos y parámetros de utilidad que el derecho romano proporciona ha aportado a la experiencia jurídica a lo largo de la historia y que seguirá aportando en el futuro.

**Palabras clave:** defensa de los derechos, defensor del pueblo, defensor *civitatis*, Administración pública, mala administración.

## The *Ombudsman*: An Essential Institution for the Future of Social and Democratic Estate. A Historical-Romanistic Perspective

### ABSTRACT

Interest in the *Ombudsman* has recently increased, prompting a legal debate on the possibility of granting this institution, with a strong democratic profile, flexible jurisdictional powers, accessible procedures, and the creative development of regulatory standards at national and supranational level. At European Union (EU) level some academic studies have revealed an improvement in the activity and accountability of EU institutions as a result of an intervention that seeks the inclusion of good administrative standards and its control. In this sense, it is the duty of romanists to highlight the true origin of the institution in the *Ombudsman civitatis*. Through its study we must also provide keys to help build a more effective legislative framework that takes into account elements and parameters of utility that Roman Law has contributed throughout history and will continue to do so in the future.

**Keywords:** Defense of Rights, *Ombudsman*, *Defensor civitatis*, Public Administration, Administrative Control.

## INTRODUCCIÓN

Surge a principios del siglo XIX en el marco del texto constitucional sueco de 1809, la figura del defensor del pueblo, *ombudsman*, y podemos afirmar sin temor a incurrir en exageración que, en la actualidad, la institución ha alcanzado su máximo nivel de éxito y reconocimiento. Que esto sea así es debido a su naturaleza institucional de persuasión y no de imposición coercitiva, y por conseguir con el uso de procedimientos ágiles actuaciones de perfil más humano frente a la excesiva despersonalización de la burocracia tradicional, de esta forma, ha ganado presencia en el plano nacional, regional y local y en el ámbito supranacional. Es más, últimamente, algunos estudios académicos han revelado una mejoría en el comportamiento y responsabilidad de las instituciones y cuerpos de la UE, debido a la inclusión de buenos estándares de administración como consecuencia de la intervención y control del defensor del pueblo europeo. En consecuencia, venimos observando un resurgir del interés por esta figura y ello a pesar de que los tribunales de la Unión Europea personificando el Estado de derecho, lo han venido eclipsando desde su creación, del mismo modo que su carencia de poder vinculante y ejecutivo, lo han situado en un segundo plano. Sin embargo, en nuestra opinión, esta última característica podría llegar a convertirse en su mayor fortaleza si se lograra ejercer al límite de su eficiencia. De hecho, se está abriendo las puertas al debate jurídico sobre la posibilidad de que se le reconozcan al defensor del pueblo ciertas competencias jurisdiccionales flexibles, procedimientos accesibles y el desarrollo creativo de estándares normativos. Pero por ahora, lo que sí es cierto es que con argumentos convincentes y una leve presión, la figura del defensor únicamente tiene el poder de inducir a los cuerpos e instituciones estatales y de la UE o en el ámbito nacional a los gobiernos, a cumplir con sus recomendaciones y propuestas.

Así las cosas, nos planteamos como incentivo observar la institución actual, intentando mirar hacia la remota pero interesante figura del *defensor civitatis* romano para instar a una sugestiva revisión legislativa de la institución a nivel nacional y, por qué no, servir como inspiración a otros países. Como premisa fundamental, atendemos a las afirmaciones de Fernández de Buján, quien nos expresa en sus numerosos trabajos científicos cómo una idea demandante de atención en estos tiempos en los que parece relegada a un segundo plano la ciencia histórico-jurídica, que la experiencia jurídica romana es una evidente manifestación clásica de la ciencia del derecho y que va más allá del período histórico de su vigencia. La mayoría de los conceptos, instituciones, reglas y soluciones a las problemáticas y dudas jurídicas, así como la sistemática que informa nuestro vigente ordenamiento jurídico,

tienen su origen en el derecho romano<sup>3</sup>. No ya tan recientes, pues desde hace más de una década se ha venido trabajando en la reconstrucción del derecho administrativo romano, estudios sobre la influencia del derecho público romano evidencian una clara presencia del mismo en nuestro dere-

- 3 Antonio Fernández de Buján, maestro pionero en dirigir estudios concernientes a la reconstrucción del derecho administrativo y fiscal romano en España, catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid, académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España e investigador principal del proyecto de investigación precitado y de otros muchos sucesivos en más de 20 años ya ejecutados y publicados sobre esta materia. Es, asimismo, director de varias contribuciones monográficas bajo el título *Hacia un derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano* (2005, 2011, 2013, 2016 y 2021), y más recientemente la titulada *Contribuciones al estudio de derecho administrativo fiscal y medioambiental romano*, 2021. Director también de las prestigiosas colecciones de Dykinson Monografías de Derecho Romano, Sección Derecho Administrativo y Fiscal Romano y Sección Derecho Público y Privado Romano, con más de 150 monografías publicadas, y de la *Revista General de Derecho Romano*. No cabe duda que estamos ante un insigne romanista impulsor de la elaboración de la elaboración del primer tratado de derecho administrativo romano de la historia. Citamos aquí parte de su numerosa bibliografía al respecto de nuestra referencia en texto: *Derecho romano*, 4.ª ed., Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2021; *Derecho público romano*, 19.ª ed., 2016, pp. 200 y ss.; *Derecho privado romano*, 19.ª ed., 2016, pp. 150 y ss.; "De la *actio popularis* romana a la acción popular ex artículo 125 CE. Persecución de delitos públicos, delitos privados, y tutela del uso público de los bienes públicos", en *Contribuciones al estudio del derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano*, Madrid: Dykinson, 2016, pp. 17 y ss.; "Acción popular y tutela de intereses generales en el derecho histórico español y ordenamiento jurídico vigente, II", *Revista General Derecho Romano*, n.º 35, 2020, p. 65; "La *actio popularis* romana como antecedente y fundamento de la acción popular ex artículo 125 CE", *RAD*, n.º 6, p. 89; "Las acciones populares romanas: Persecución de los delitos públicos y delitos privados y tutela del uso público de los bienes públicos, I", *Revista General Derecho Romano*, n.º 34, 2020, p. 119; "Interdicta publicae utilitas causa y acciones populares", discurso académico con ocasión del DHC de la New Bulgarian University, 16 de marzo de 2018", *Revista General Derecho Romano*, n.º 32, 2019, pp. 11-15; "La necesaria reconstrucción de los conceptos y dogmas propios de la Administración pública", *Revista General Derecho Romano*, n.º 23, 2020, pp. 295-346; "Sistematización y reconstrucción dogmática del derecho administrativo romano", *Revista General Derecho Romano*, n.º 30, 2018, p. 221; "Hacia un tratado de derecho administrativo romano", *Revista General Derecho Administrativo*, n.º 24, 2010, p. 347; "Acciones populares romanas: Interés público y tradición democrática", en *Estudios en homenaje al profesor Luis Cazorla Prieto*, Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2021; "Un apunte sobre legitimación popular", *Revista General Derecho Romano*, n.º 29, 2017; "La acción popular. Discurso de investidura como doctor honoris causa, 2 de mayo 2018, Universidad S. Pablo CEU, 2018, pp. 13-29; "Actio popularis y defensa del interés general en la experiencia jurídica romana", *Ponencia presentada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, el 22 de noviembre de 2018 en el X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica*, t. I, BOE, 2019, pp. 83-90; *La defensa y protección de los derechos de los ciudadanos desde Roma hasta nuestros días. Collection of reports and papers presented at the international scientific conference in honour of acad. Antonio Fernández de Buján y Fernández, Doctor Honoris Causa of New Bulgarian University, held on 6 November 2018, 2019, pp. 19-40.*

cho vigente y en el marco también del derecho de la Unión Europea<sup>4</sup>. Por tanto, mirar hacia las instituciones jurídicas romanas no solo constituye un paso necesario para valorar la historicidad del derecho, sino que en palabras del insigne romanista, el derecho romano se configura como un instrumento necesario para entender el derecho vigente y para ayudar a la construcción del derecho de la Unión Europea, sobre los elementos y parámetros comunes que el derecho romano proporciona a la experiencia jurídica europea.

En este sentido, conectar el análisis de las instituciones del derecho romano con la vigente normativa constituye un método de investigación histórico-jurídico que incita a la reflexión sobre posibles reformas legislativas

- 4 Juan Miguel Albuquerque, "Concentración y ordenación urbanística del territorio romano: colonias, conventos y municipios de la Bética", *Revista General Derecho Romano*, n.º 13, 2009; "Reconocimiento pretorio y jurisprudencial de la función social de los bienes destinados al uso público (*Res publicae in publico usu*)", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 17, 2017, pp. 141-161; *Negocio jurídico: Introducción, revisión científica y doctrinal. ius romanum (commercium)*, n.º 1, 2016, pp. 36-52; "Reflection on the irnitana iurisdictio", *Ius Romanum*, 2015; "Algunos fundamentos y convergencias de la experiencia administrativa romana sobre el medio ambiente, los recursos naturales y *res publicae*", *Glossae, European Journal of Legal History*, n.º 14, 2017, pp. 27 y ss.; "El principio rector de las obligaciones jurídicas entre parientes: La reciprocidad en tema de *alimenta et victus*", en *Hacia un derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano IV*, dirigida por Antonio Fernández de Buján, Madrid: Dykinson, 2021, pp. 1089-1119; "Substantial differences between *De penu legata* and *De alimentis vel cibariis legatis*", *Ius Romanum*, vol. I, 2020, pp.188-207; "Effects of *ius Latii* on the roman Betic", *Ius Romanum*, n.º 2, 2017, pp. 152-164; "La inmanencia del pensamiento de Séneca en el método educativo de la institución universitaria", *Revista General de Derecho Romano*, n.º 36, 2021, pp. 1-24; *Acciones e interdictos populares: Legitimación popular y especial referencia al interdicto popular sobre la protección de las vías y caminos públicos*, Madrid: Dykinson, 2022; Salvador Ruiz Pino, "Algunos precedentes históricos de protección o defensa de los recursos naturales y de la *salubritas* en Roma: Hacia un derecho administrativo medioambiental romano", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 17, 2017, pp. 91-10; "The historical roman precedent of the legal protection of natural water resources", *Ius Romanum*, vol. II, 2021; "Nuevas perspectivas en torno a la experiencia administrativa medioambiental romana", en *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano IV*, vol. 1, dirigida por Antonio Fernández de Bujan, Madrid: Dykinson, 2021; Alfredo Obarrio, "La rúbrica de decreto *ad alineanda universitatis bona* en la tradición jurídica tardomedieval", *Revista General Derecho Romano*, n.º 24, 2015, pp. 1-50; Gabriel Gerez Kraemer, *Usos y derecho de las aguas en la Hispania romana*, Madrid: Civitas; Belém Malavé Osuna, "A propósito del poder político y económico de las curias durante el bajo imperio", *Revista General Derecho Romano*, n.º 31, 2020; Esther Pendón Meléndez, "Algunas consideraciones sobre las contratas y subastas en el sector público en derecho romano y en la actualidad", *Revista General Derecho Romano*, n.º 18, 2012; María Salazar Revuelta y Ramón Herrera Bravo, "Los *principia iuris* como medio de armonización y unificación del derecho europeo a través de la metodología histórico-comparativa", *Glossae European Journal of Legal History*, n.º 14, 2017, pp. 818 y ss.; Vanessa Ponte, *Régimen jurídico de las vías públicas en derecho romano*, Madrid: Dykinson, 2007; "La defensa de las vías públicas romanas. Interdictos especiales para la protección del disfrute de las *viae publicae*", *Revista General Derecho Romano*, n.º 9, 2017.

con base en una experiencia jurídica romana paradigma en muchos aspectos de conocimiento técnico y justicia. Para precisar más la argumentación de la tesis defendida en este estudio de aproximación a la figura del *defensor civitatis* romano, diremos que el *defensor civitatis* del Bajo Imperio romano no es el defensor del pueblo actual. No tiene la misma naturaleza jurídica, la misma estructura ni las mismas atribuciones, ni funciona del mismo modo, sin embargo, ambas figuras comparten una esencia común, la defensa a los ciudadanos más vulnerables, más débiles frente a los abusos cometidos por los órganos administrativos. En efecto, el defensor del pueblo actual en España se define como un alto comisionado de las Cortes Generales encargado de defender los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos mediante la supervisión de la actividad de las Administraciones públicas españolas, función extrapolable a otros Estados, con sutiles diferencias en materia de elección, procedimientos y competencias, que serían objeto de un estudio de derecho comparado que excede de nuestro propósito en este trabajo, pero cuyo eje común gira en torno a la investigación a instancia de parte o de oficio de las prácticas de mala administración en la acción de las instituciones y órganos públicos perjudiciales para la ciudadanía. El *defensor civitatis* romano surge propiamente en el siglo IV como una institución independiente del poder central del Imperio para garantizar la defensa de los derechos de las clases sociales más desfavorecidas, "*quatenus eripianta malis iniustitiam patientes*", para conservarles libres de toda injusticia<sup>5</sup>. Por tanto, partiendo de una exposición generalista de la evolución del *ombudsman* moderno, nos detenemos en una visión más concreta del *defensor civitatis romano* con el objetivo de intentar descubrir en su fundamentación jurídica claves para el entendimiento, mejora y proyección legislativa de la figura del defensor del pueblo actual, salvando las distancias, pues como hemos dicho, el *defensor civitatis* no es ni puede ser considerado, en nuestra opinión, el *ombudsman* de hoy, aunque de forma inequívoca sí sea una fuente de conocimiento e inspiración como tantas instituciones del derecho público y de la experiencia administrativa romana, sin lugar a dudas, lo han sido.

## 1. EVOLUCIÓN DE LA INSTITUCIÓN DESDE SU ORIGEN EN LA MODERNIDAD

La trayectoria histórica de la institución desde su aparición por primera vez es considerada breve. Se sitúa su creación en el siglo XIX, en concreto, en la Constitución sueca de 1809 y al amparo de la pugna dialéctica que existía entre el Parlamento y el rey bajo el nombre de *justitie ombudsman*. En su

5 Nov. XV de Justiniano (Prefacio).

artículo 96 establecía el texto constitucional que "el Parlamento designaría en cada legislatura un individuo destacado por su saber y probidad, para que en calidad de mandatario de dicho poder y con arreglo a una serie de instrucciones, cuidara de que los jueces y funcionarios se ajustasen a las leyes y persiguiese ante los tribunales a los que en el ejercicio de su cargo cometiesen ilegalidades". La ley fundamental lo independiza de la Corona y del Poder Ejecutivo, considerando que se trata de una especie de delegado del Parlamento encargado de la observancia de la legalidad por parte de los poderes y servidores públicos.

Así, conceptuada la figura del *ombudsman* desde su aparición en la constitución sueca, se ha ido extendiendo a la práctica totalidad de países que siguen el modelo de un Estado de derecho. Con posterioridad a Suecia, pasa a crearse en otros países nórdicos, como Finlandia en 1919, Dinamarca en 1953 y Noruega en 1962, experimentando una extraordinaria evolución en las últimas décadas, que coincide en el tiempo con los distintos procesos y oleadas democráticas producidas en distintas regiones del mundo, llegándose a hablar de una auténtica *ombudsmanía*<sup>6</sup>.

Una vez implantada en Europa, se extiende a países de latitudes tan diferentes como Nueva Zelanda, Filipinas, Australia, EE. UU., México, Canadá, Tanzania, Sudáfrica o Israel. En el caso de Iberoamérica y teniendo en la institución del defensor del pueblo español su principal inspiración, se ha ido consolidando en más de catorce países a nivel estatal y en algunos casos a nivel subestatal y sectorial, convirtiéndose, por tanto, en un verdadero signo y exigencia democrática de las sociedades actuales que han de enfrentarse por su excesiva burocratización a un mayor número de amenazas a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Sin embargo, cabe recordar las vicisitudes que han sufrido los titulares de esta institución y las declaraciones que tuvo necesidad de formular la Federación Iberoamericana de Ombudsman para frenar algunos intentos malintencionados de limitar

6 En este sentido, resulta de interés hacer una breve mención al significado de la palabra sueca *ombud*, que literalmente hace referencia a una persona legitimada o habilitada para actuar como representante de otra, comisionado, mandatario protector instituido para controlar y limitar la arbitrariedad administrativa. El término *ombudsman*, que finalmente ha acabado imponiéndose en muchas partes del mundo, suele traducirse por representante, mediador e, incluso, tramitador, siendo también entendido como defensor. Recientemente se ha generalizado el uso de la palabra *ombudsperson* siendo cada vez más frecuente su uso por motivos relacionados con criterios de no discriminación por razón de género. Es más, por este mismo motivo, más que de defensor del pueblo en el caso de España y de los países que acuñan esta expresión para referirse a la institución, se aboga ahora por la utilización de la palabra "defensoría". Cfr. Ana María Moure Pino, *El ombudsman. Un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile*, Madrid: Dykinson, 2015, p. 22.

las facultades de los defensores<sup>7</sup>, siendo su labor observada con interés por los organismos internacionales. Así, por ejemplo, la Unesco reconoce en los *ombudsman* como los principales agentes multiplicadores de la cultura de paz, permitiendo por su medio superar los actuales estados de inseguridad y violencia que obstaculizan la consolidación de la paz duradera y valoriza su papel, especialmente en América Latina, en beneficio del respeto y desarrollo de la democracia, de la formación ciudadana y de la participación organizada de las poblaciones marginadas, excluidas y discriminadas<sup>8</sup>.

Retomando el sentido primordial de la institución, recordamos que Montesquieu<sup>9</sup>, con el sabio axioma político "Para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder", fija la base del moderno constitucionalismo y el fundamento filosófico de la figura del defensor del pueblo. Efectivamente podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que las defensorías se instituyen como un poder paralelo al Poder Ejecutivo para velar por el cumplimiento de la legalidad y ejercer un papel de control o supervisión de las actuaciones de los órganos de poder administrativo; tarea que debe ser imprescindible consistiendo en informar negativamente, a modo de veto, aquellos actos que, incluso legales, vulneran los principios básicos de justicia y equidad que deben imperar en todas las decisiones administrativas en un Estado de derecho. Estamos ante una constante histórica que nos recuerda una especie de perpetua vuelta a la idea de necesidad de protección en cualquier tiempo y lugar, contra los abusos del poder y la muchas veces perversa frialdad de la Administración.

La función fundamental de esta magistratura en el sentido romano de la palabra podríamos definirla como el control de las posibles arbitrariedades cometidas por los poderes públicos, es decir, una especie de "tramitador de las quejas" ante determinadas actuaciones de la Administración, consideradas como poco o nada ortodoxas. Sin embargo, el defensor del pueblo carece de poder ejecutivo y, por tanto, no dispone de potestad para solucionar la queja formulada por el ciudadano, ni para adoptar medidas correctivas o disciplinarias al respecto. De ahí ese recurrente argumento de duda sin fundamento alguno sobre la utilidad real de sus actuaciones.

7 Jorge Luis Maiorano, "El defensor del pueblo en América Latina, necesidad de fortalecerlo", *Revista de Derecho*, vol. XII, pp. 191 y ss.; Gonzalo Aguilar Cavallo y Rebecca Steward, "El defensor del pueblo latinoamericano como institución independiente de promoción y protección de los derechos humanos referencia especial a la situación actual de Chile", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, n.º 2, 2008, pp. 21-66.

8 Jorge Luis Maiorano, *La Unesco y el defensor del pueblo*, Buenos Aires: La Ley, 1996, pp. 1712 y ss.

9 Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, traducción por J. F. Trasobares, Córdoba: Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba, 1877.

La defensoría se erige en una institución unipersonal, con un gabinete propio, compuesto de asistentes y funcionarios, que actúan bajo los principios fundamentales de independencia, imparcialidad y confidencialidad en los asuntos que se les plantean y que utilizan procedimientos ágiles y humanos frente a la creciente e impersonal burocracia.

Los defensores son nombrados en la mayoría de los Estados por el parlamento para controlar la correcta aplicación de las leyes y para ser garantes de los derechos fundamentales, especialmente en su contacto con las distintas administraciones. Estudios de derecho comparado distinguen tradicionalmente tres tipos de *ombudsman*: el primero nombrado por el Poder Ejecutivo *executive ombudsman*, como el caso de Francia; el segundo, por el Parlamento, *parliamentary ombudsman*, como en México o España; y el tercero, cuyo papel principal es la protección de los derechos humanos, *human rights ombudsmen*. La mayoría de los *ombudsmen* que pertenecen a esta última categoría han sido consagrados en las respectivas constituciones de sus Estados, como así ocurre en el caso de España, Portugal, Rumania o Alemania<sup>10</sup>. Todos ellos no constituyen, sin embargo, una derivación del control al que está sometido el gobierno por parte de las cámaras, sino que suponen más bien un ensanchamiento de la actividad de vigilancia del Poder Ejecutivo, más allá del régimen de responsabilidad política del mismo en los sistemas parlamentarios<sup>11</sup>.

Sus dictámenes tienen un carácter disuasorio, pero sin imposición coercitiva, es decir, el defensor del pueblo hace denuncias públicas y elabora informes periódicos sobre los abusos cometidos por la Administración o por su inactividad, haciendo propuestas de mejora para la calidad de vida de los ciudadanos. Sin embargo, esos informes no son vinculantes, dependiendo mucho su seguimiento por parte de los Gobiernos, de la calidad de los mismos y también del prestigio de la persona que ocupa el cargo. Es por ello por lo que, tradicionalmente, son propuestos para desempeñar esta función profesionales de reconocido prestigio profesional y humano. La vocación de servicio público debe ser esencial en quien detente esta competencia y su ejercicio requiere de virtudes personales como la bondad, la empatía, el sentido de la justicia y la cercanía, así como la perseverancia y el poder de persuasión. Muy acertado y gráfico, en este sentido, es el texto recogido en el C.Th. 1.29.1: "Luego para cada una de las ciudades de la predicha diócesis, procure tu sinceridad elegir para este ministerio a quienes sean de costumbres sanas y cuya vida pasada pueda alabarse". Y es que es cierta la obviedad de que detrás de las instituciones están las personas que las

10 Rhita Boustia, "Contribution à une définition de l'Ombudsman", *Revue française d'administration publique*, n.º 123, 2007, pp. 387-398.

11 Antonio La Pergola, "Ombudsman y defensor del pueblo, apuntes para una investigación comparada", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 7, 1979, pp. 71 y ss.

detentan y que, en función de su calidad humana referida, sobre todo a las capacidades de implicación en los asuntos que traten, se define la buena o mala gestión administrativa.

Así pues, y con un acelerado ritmo de difusión, como si se tratara de una nueva tendencia de actualidad o quizás, de una verdadera exigencia de las nuevas democracias, las defensorías amplían cada vez más su intervención. Podríamos decir que no se entiende la institución sin democracia y que *contrario sensu*, la democracia se vería seriamente afectada si se la privase de esta institución en cuanto es valedora de los intereses legítimos y los derechos de los ciudadanos.

Obviamente, sobra decir, que no es nuestra pretensión proponer aquí que las defensorías suplanten las funciones desempeñadas por los órganos tradicionales de control (controles administrativos internos; controles externos, principalmente por parte del parlamento o de órganos dependientes del mismo; y, finalmente, controles jurisdiccionales, tanto de los tribunales ordinarios como de los contencioso-administrativos); se trata únicamente de complementarlas o perfeccionarlas mediante la actuación de un órgano independiente e imparcial, ágil, de gestión rápida y flexible, cercano y accesible, gratuito, considerablemente antiformalista y desprovisto de procedimientos paralizantes y tediosos. Un órgano capacitado para ocuparse de cualquier tipo de queja (desde la ilegalidad a la desidia, el silencio administrativo o la desconsideración) relacionada con la actuación de la Administración y con la defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos; un órgano que pueda apreciar la discrecionalidad y oportunidad, y no esté limitado por el caso concreto, pudiendo en consecuencia ofrecer una mayor variedad de soluciones a las reclamaciones planteadas, extrayendo del caso suscitado conclusiones de general aplicación, aconsejando y recomendando mejoras en el funcionamiento de las administraciones y en sus relaciones con los administrados; un órgano, en fin, singular y diferente a los demás, que tiene un espacio propio de actuación y no supone en modo alguno una duplicidad innecesaria de estructuras. De esta manera, y merced a esta nueva institución de garantía, allí donde no lleguen o sean insuficientes las defensas y amparos de tipo contencioso-administrativo o jurisdiccional, aparece la figura del *ombudsman*, subsanando las lagunas que, inevitablemente, puedan producirse en el marco de todo sistema avanzado de Estado de derecho. Además, en el desempeño de sus funciones, el *ombudsman* constituye un factor de confianza y cercanía, una instancia asequible e independiente, dispuesta a escuchar y ayudar a todos los ciudadanos, especialmente a los más débiles e indefensos, y que contribuye a cambiar la actitud a menudo pasiva, temerosa y de desconfianza del ciudadano hacia los actores y asuntos públicos, estimulando y reforzando su responsabilidad y también su dignidad y autoestima. En cuanto magistratura de persuasión y de influencia, basa su fortaleza y prestigio no tanto en el poder sino en la *auctoritas* romana, el

prestigio acumulado por la experiencia y el conocimiento ejercido desde la más estricta imparcialidad política y social.

Una de las consecuencias del buen funcionamiento de la institución y de su prestigio como valedora de principios democráticos ha sido su multiplicación en diferentes ámbitos de actuación, creándose una tipología de instituciones homónimas que desarrollan su labor en escenarios territoriales y sectoriales diferentes tanto en el ámbito supraestatal como en el caso europeo y en el caso subestatal, más cercano a la problemática de cada ciudadano. De este modo, en casi todos los países con una organización territorial descentralizada, como España, México, Canadá o Estados Unidos, entre otros, coexisten los defensores nacional y autonómico o regional, junto con los de ámbito sectorial como el defensor del menor. Es bastante singular el caso de Italia, en donde no existe una defensoría a nivel nacional, existiendo, sin embargo, a nivel regional bajo la denominación de *difensore civico*.

En el contexto supraestatal, hacemos especial alusión al ya referido en nuestro exordio defensor del pueblo europeo, que debe su creación al Tratado de Maastricht de 1991, en el que se le atribuye la función primordial de garantizar los derechos inherentes al propio concepto de ciudadanía europea en el marco de la Unión. A tal efecto, se le atribuye al defensor europeo un amplio elenco de poderes de control e investigación que, en todo caso, debe ejercer en colaboración con las autoridades comunitarias y nacionales. En este sentido, la Red Europea de Defensores del Pueblo ha supuesto un paso adelante en la relación colaborativa de las diferentes defensorías. Con más de 90 instituciones de 32 países, funciona con eficacia junto al comisario para los derechos humanos creado por el Consejo de Europa en 1999, como instancia no judicial con funciones de sensibilización y respeto en materias como la sanidad y la educación en el marco de la garantía de los derechos fundamentales.

Así las cosas, conviene detenerse en reflexionar y preguntarse, por ejemplo, si existe complementariedad práctica entre el sistema judicial y las opiniones del defensor del pueblo, o si podría el análisis del defensor del pueblo llenar las lagunas que en el análisis judicial de los supuestos pudieran darse. Por otro lado, resulta interesante arrojar cierta luz sobre la figura del defensor del pueblo y sobre el valor de su informe periódico en concreto, porque no olvidemos que a través de este se puede instar a los Gobiernos a la revisión de la legislación, de las normas, actos y procesos de toma de decisiones en cualquier materia. Un tercer asunto que nos llama la atención es la tensión existente entre el deber de independencia del defensor del pueblo y su neutralidad política, con la forma en la que es elegido. De pura lógica es plantearse una posible revisión de la forma en la que es elegido actualmente el defensor. Tengamos en cuenta que casi en la totalidad de sus versiones nacionales es propuesto por los gobiernos y que, de esa manera, por más que deba salir elegido por una mayoría cualificada de los parlamentos (en la

mayoría de los casos), es cuanto menos controvertida u objetable su posible inclinación a preservar como correctos los comportamientos del Gobierno que lo propone.

De cualquier modo, existen diferentes ideas en los diferentes países con respecto a las funciones y al servicio público que ejerce el defensor. Sus funciones específicas y competencias jurisdiccionales son diferentes en el seno de los diferentes estados en los que como mucho, nos encontramos con un defensor que actúa como mediador; de hecho, en algunos países existe una institución similar, llamada *mediateur*, que resuelve disputas entre la Administración y los ciudadanos de manera imparcial, pero proactiva en consonancia con lo pautado por el ordenamiento jurídico. En otros Estados, el defensor actúa como portavoz o abogado de los derechos constitucionales con poderes incluso para examinar la legislación aplicable, interactuando con las instituciones y órganos de la administración (*rzecznik*).

En conclusión, a la pregunta de si convendría enfocar una mirada a la figura del defensor del pueblo y darnos la oportunidad de repensar su esquema de competencias y herramientas para el ejercicio de su función, debemos contestar afirmativamente. El defensor de la ciudadanía no debe ser reducido a un elemento con función solo persuasiva, informativa y de análisis de los problemas que acucian a una sociedad frente a un funcionamiento nocivo e incluso a veces execrable por parte de los poderes públicos, sino que debe convertirse en un elemento eficaz de pugna contra lo que se ha dado en llamar la "mala administración".

## 2. PERSPECTIVA HISTÓRICO ROMANÍSTICA: EL DEFENSOR CIVITATIS ROMANO COMO FUENTE DE INSPIRACIÓN PARA UNA REFLEXIÓN FUTURA

Al margen de algunos precedentes de difícil valoración<sup>12</sup>, como ya hemos apuntado en nuestro exordio, la primera referencia que tenemos del *defensor civitatis* se remonta a la constitución ya mencionada de los emperadores

12 Vincenzo Mannino, *Ricerche sul defensor civitatis*, Milán: A. Giuffrè 1984, pp. 1-3; Arnold Huges Jones, *The Greek City from Alexander to Justinian*, Oxford: Clarendon Press, 1940, p. 358; Jacqueline Lallemand, "L'administration civile de l'Égypte de avènement de Diocletien à la création du diocèse (284-382) Contribution à l'étude des rapports entre L'Égypte et l'Empire à la fin du III et au IV siècle", *L'antiquité classique*, n.º 1, 1965, p. 338 y ss.; Brinley Roderick Rees, "The defensor civitatis in Egypt", *Journal of Juristic Papyrology*, n.º 6, 1952, pp. 80 y ss.; Paul Petit, *Histoire de l'Empire romain*, París: Points, 1974, p. 685; Antonio Viñas Otero, *Instituciones políticas y sociales de la Roma antigua*, Madrid: Iustel, 2010; Antonio Viñas Otero, "Del tribunos plebis romano al defensor del pueblo (Ombudsman)", *La Ley*, n.º 3, 1984, pp. 942-949; Malina Novkirishka, *De iure publico. Studi di Diritto Pubblico Romano*, prólogo de Antonio Fernández de Buján, Sofía: Ciela, 2013.

Valente y Valentiniano de 368 recogida en el C.Th. 1.29.1<sup>[13]</sup>. Como señala Piquer, en este texto nos encontramos con la descripción de la naturaleza más originaria y el sentido más profundo del *defensor civitatis*. Con esta constitución se extenderá la institución desde Ilírico, a África, Italia y al resto del Imperio occidental. En esta constitución encontramos la esencia del defensor al definirlo como una institución independiente del poder central del Imperio para garantizar la defensa de los derechos de las clases sociales más desfavorecidas por razones de utilidad "*ad modum utiliter*"<sup>14</sup>. Tres años más tarde, en el 371, el defensor aparece referido en una constitución también de Valente y Valentiniano suscrita en Constantinopla y dirigida al prefecto del Pretorio de Oriente que se expresa en C.Th. 13,10,7 y 8<sup>[15]</sup>. En esta ocasión, se habla de *defensor urbium*, que va a defender no solo a la plebe sino también a los decuriones e incluso a los *possessores*. Finalmente, en 385, una nueva medida legislativa de Valentiniano, Teodosio y Arcadio generaliza la creación de esta figura para todas las provincias del Imperio, así nos lo muestra el título 55, del libro 1, del Código de Justiniano, que con el fin de evitar la dispersión de normas en esta materia y reorganizar el régimen jurídico de la institución, bajo la rúbrica de *Defensoribus civitatum*, dedica el título a esta institución. De igual modo sucede en el Código Teodosiano (C.Th. 1.29). Efectivamente, la legislación imperial nos insiste de manera constante en referencias al *defensor civitatis* y aunque podríamos pensar que su razón de ser responde a la necesidad de precisar la configuración de una institución nueva que se extendió de forma llamativamente rápida por todo el Imperio, parece más lógico concebir el motivo de esta insistencia en la reiteración de los problemas relacionados con su funcionamiento y que los emperadores se empeñan en corregir. Así, por ejemplo, los múltiples cambios y la oscilación

- 13 En esta constitución se menciona el nombramiento de defensores en cada *civitas* de Iliria para la defensa de la plebe de estas diócesis contra las injusticias de los *potentiores*: "*Admodum utiliter edimus, ut plebs omnis Illyrici officis patronarum contra potentium defendatur iniurias. Super singulas quasque praedictae dioceseoscivitates aliquos idoneis moribus quorumque vita anteacta laudatur tuo sinceritas ad hoc eligere curet officium, qui aut provinciis praefuerunt aut forensium stipendiorum egere militiam au inter agentes in rebus palatinosque meruerunt. Decunioribus ista non credat, his etiam, qui officio tui culminis vel ordinariis quibuscumque rectoribus aliquando paruerint, non committat hoc munu, referantur vero ad scientiam nostram, qui in quo oppido fuerint ordinati*".
- 14 José Miguel Piquer, "El *defensor civitatis* en el Código Teodosiano y la Lex roana burgundionum", *Glossae*, n.º 13, 2016, p. 539.
- 15 C.Th. 1.29.7 y 8: "*Defensores nihil sibi insolenter, nihil indebitur vindicantes, nominis sui tantum fungantur officio: nullas infligant mulctas, nullas exercent quaestiones. Plebem tantum, vel decuriones ab omni improborum insolentia et temeritate tueantur, et id tantum, quod ese dicuntur, ese nn desinant. Per omnes regiones, in quibus fera et periculi sui nescia latronum fervet insania, probatissimi quique atque discriptissimi defensores adsint disciplinae et quotidianis actibus praesint, qui non sinant crimina impunitate coalescere. Removeantur patrocinia, quae favorem reis et auxilium scelerosis impartiendo, naturari scelera fecerunt*".

respecto al modo de su nombramiento que se observa en las sucesivas leyes imperiales revela claramente la falta de un concepto claro sobre la finalidad y la naturaleza de esta figura, lo que indudablemente afectó negativamente a su prestigio como institución al servicio público y, por tanto, a su credibilidad y eficacia. Como afirma Romano, tan pronto aparece como un órgano periférico de la Administración central encargado de la vigilancia de los potentes y los órganos municipales, como un órgano mixto "estatal-municipal" insertado en la misma Administración que debía vigilar<sup>16</sup>. También es cierto que a todo ello habría que añadir la insistente corrupción descubierta en la actitud de los propios defensores y su falta de imparcialidad, sometiéndose de manera insolente a la voluntad de los *potentiores*.

Por otro lado, también se ha imputado la carencia de vigor y efectividad de los defensores en la cortedad de rango, de poder efectivo para enfrentar los abusos de las demás autoridades públicas con la suficiente solvencia y garantía, especialmente en materia fiscal, con cuyos administradores entraban asidua y evidentemente en conflicto<sup>17</sup>. En los primeros tiempos, proteger a los sectores de la población más vulnerables por su exigua condición económica, por su inseguridad jurídica y su fragilidad social de los abusos cometidos por los poderosos y los funcionarios públicos se erigió en la misión esencial de los *defensores civitatis*. Como es sabido, en la organización de las provincias romanas de finales de la República, aquellas ciudades que desde el principio fueron consideradas soberanas mantienen su independencia frente a aquellas que pertenecían a los territorios anexionados. Estas formaron grupos urbanos en los que se asentaron importantes cargos administrativos que ejercieron con la arbitrariedad propia de un tirano. Cicerón nos recuerda el caso de los abusos cometidos por el pretor Cayo Verres en sus discursos por la defensa de los intereses de Sicilia, cuyos habitantes le habían demostrado su hartura y aflicción sufridas por la maldad, codicia, sagacidad y astucia con las que el funcionario llevo a cabo innumerables actividades ilícitas sin ningún pudor, mereciendo el apelativo de depredador del erario público "peste y ruina de toda Sicilia" en palabras del propio Cicerón<sup>18</sup>.

En época imperial, con la concesión de la ciudadanía a todos los habitantes del territorio romano en 212 mediante el Edicto de Caracalla, al desaparecer la distinción entre territorio provincial e imperial, y probablemente con fines fiscales muy severos, el término *civitatis* se atribuye a todo núcleo de carácter urbano sin tener apenas en cuenta su entidad y otorgándole el gobierno

16 Romano, "Defensor Civitatis", en NNDI, vol. V, Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, pp. 313-316. Vid. Vincenzo Mannino, *Ricerche sul defensor civitatis*, Milán: A. Giuffrè, 1984, pp. 24 y ss.

17 Francisco Cuena Boy. "El defensor *Civitatis* y el protector de los indios: Breve ilustración en paralelo". *Ius fugit*, n.º 7, 1998, pp. 184-185.

18 Cicerón, *Discursos I, Verrinas*, Madrid: Gredos, 2004.

autónomo, con la concesión de magistrados locales propios (*duumviri*) y senados municipales (*curiae*). En esta organización política encontramos las prefecturas a cuyo cargo estaban los prefectos del Pretorio, una especie de vicemperadores con amplios poderes políticos y jurisdiccionales en sus respectivos territorios, divididos a su vez en diócesis, y a cuyo frente se erigían los llamados *vicarii* del prefecto que lo representan disfrutando de un amplio poder delegado. Dentro de cada diócesis se descubren provincias gobernadas por *praesides* y dentro de cada provincia se dibujan los municipios con magistrados propios que gozaban también de poder jurisdiccional. En este mapa estructural se evidencia claramente un exceso de funcionarios con excesivo poder sobre la ciudadanía en la que la brecha de diferencia socioeconómica se hace cada vez mayor, padeciendo la clase social más desfavorecida los abusos de los excesos cometidos por la multiplicidad de cargos públicos. La clientela de las primeras épocas de Roma resurge revestida de una nueva modalidad servil y rendida ante las grandes fortunas<sup>19</sup>. Así las cosas, 140 años antes de la definitiva instauración del *defensor civitatis*, Alejandro Severo ya ordenó el nombramiento de un funcionario encargado de defender los intereses de los más desfavorecidos en un contexto en el que los mercaderes, artesanos y demás oficios decidieron agruparse en gremios eligiendo entre ellos mismos un defensor que les asesorara también en relación a las causas que pudieran llevarse ante un juez. Definitivamente, a final del siglo IV<sup>20</sup>, los piadosos emperadores Valente y Valentiniano escuchando el clamor del pueblo desvalido fueron los encargados de instituir el decisivo *defensor civitatis* en la ya mencionada constitución recogida en el C.Th. 1.29.1<sup>[21]</sup>. Y en el tiempo del emperador Justiniano, la crisis profunda en las instituciones y magistraturas municipales romanas clásicas va a influir notablemente en el interés del emperador por fijar las líneas de un nuevo plan de reconstrucción institucional para tratar de corregir las deficiencias de gestión municipal.

- 19 Parece que se convirtió en costumbre que los proletarios fuesen a saludar a sus *potentiores* cada mañana para pedirles la comida. Cfr. Numa Denis Foustel de Coulanges, *La ciudad antigua*, Buenos Aires: El Foro, 2000, p. 513; Alfonso Agudo Ruiz, "El abogado romano y la defensa de los intereses del cliente", *Anuario del Centro de la UNED de Calatayud*, n.º 14, 2006, pp. 37-50.
- 20 Pietro Bonfante, *Historia del derecho romano*, traducción Santa Cruz Tejeiro, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, p. 140. Bonfante nos pone de manifiesto que el defensor de la ciudad surge en el 364 por obre de Valentiniano I, quien lo instituye para las ciudades de Iliria, extendiéndose luego a todas las ciudades del Imperio.
- 21 Recogida también en CJ. 1.55.1: "*Si quis de tenuioribus ae minuscularii rebus interpellandum te ese crediderit, in minoribus causis, id est usque ad quinquaginta solidorum summam acta iudicialia conficias, seilicet ut, si quando quis vel debitum iustum, vel servum, qui per fugam fuerat elapsus, vel quod ultra delegationem dederat, postulaverit, vel quodlibet huiusmodi, tua diceptatione restituas. Ceteras vero, quae dignae forensi magnitudine videbuntur, ordinario insinuatione rectori*" (Imp. Valentinianus et Valens AA. Senecae, Defensori.).

En este contexto, situamos el empeño por tonificar la estructura y la función del *defensor civitatis*, adaptándola a la realidad sociopolítica de la época<sup>22</sup>.

Respecto a su elección y nombramiento, no son pocos los cambios experimentados a lo largo de su historia, si bien parece que originariamente es el prefecto pretorio el encargado de elegirlo de entre personas de buenas costumbres con experiencia administrativa o funcionarial como la de haber desempeñado el cargo de gobernador o haber ejercido como abogados, *agentes in rebus o palatini*.

En el C.J. 1.55.2 podemos leer que quedan excluidos expresamente los decuriones y los oficiales empleados al servicio del prefecto o al servicio de los *praesides* colocados bajo sus órdenes (*cohortales*), quizá en un intento de preservar la independencia e imparcialidad de la institución<sup>23</sup>.

El prefecto del pretorio tenía, por tanto, competencia para llevar a cabo la elección, pero los emperadores no tardarían en restringirla de forma sensible. Desde 368, en efecto, en una tercera carta a Probo que se había convertido en prefecto del pretorio de Iliria, manifestaron de una forma muy clara su preferencia por una categoría limitada de funcionarios, es decir, estos agentes *in rebus* que ellos enviaban de vez en cuando a los prefectos del pretorio para dirigir su oficio en calidad de *príncipes* y a los cuales ellos concedían así una especie de posición de retirada. Estos *príncipes*, dicen los emperadores, serán establecidos por orden nuestra como patronos de la plebe en las diversas ciudades, con preferencia a cualquier otro *honorati*. El prefecto del pretorio no tenía más opción que elegir entre ellos<sup>24</sup>. Este sistema fue practicado hasta 387. Durante 23 años consecutivos, del 364 al 387, los *defensores civitatum* fueron nombrados directamente por el prefecto del pretorio, bajo el control del emperador. Estos 23 años constituyen un primer periodo en su historia durante el cual su institución se generalizó y de la diócesis de Iliria, donde había comenzado acabó por expandirse a todas las provincias. A este respecto, en C.Th. 1.29.2 y 3 del mismo modo se determina un elenco de cualidades que deben tener quienes vayan a desempeñar tan noble función, como conocer y ejercer las buenas costumbres, y tener conocimiento y experiencia jurídica, puesto que "los emperadores creerían no haber hecho nada por los plebeyos si no les daba unos defensores convenientes"<sup>25</sup>. En C.J.

22 Cfr. Alex Corona Encinas, "Sobre la reforma en el cargo de *defensor civitatis* en época Justiniana. Aproximación exegética a nov. Iust 15", *Revista General de Derecho Romano*, n.º 34, 2020.

23 Añade el texto que el nombramiento siempre debía ser comunicado al emperador, lo que evidencia la importancia de su función: "*Defensores civitatum non ex decurionum seu cohortalium corpore, sed ex alii idoneis personis huic officio deputentur*".

24 C.J. 1.55.4.

25 "*Si qui de tenioribus ad minuscularis interpellandum te ese crediderit in minoribus causis acta conficias: scilicet ut, si quando quis vel debitum iustum vel servum qui per fugam fuerit elapsus vel quod ultra*

1.55.8 se recoge una disposición legislativa de los emperadores Honorio y Teodosio de 409 en virtud de la cual se establece que, aunque el nombramiento debe ratificarlo el prefecto, los defensores se constituirán por decreto de los obispos, el clero, los honorables, poseedores y curiales.

En nuestra opinión, no es que se excluya completamente de la posible elección al resto de la ciudadanía, pero sí parece que se pretende concretar la composición del órgano de forma más precisa, si bien, se presenta en consonancia con la consideración de la religión cristiana como oficial en el Imperio, como si se exigiese al menos que el candidato a elegir, perteneciese a la misma<sup>26</sup>. Siendo finalmente el mismo Justiniano, quizá por la consideración de desprestigio que padecía en este tiempo la institución, quien modifica el sistema electivo, señalando en su novela 15 que el *defensor civitatis* sea desempeñado por turno, por los habitantes más nobles de las ciudades: "*universii nobiliores civitatum habitatores*".

Por lo que respecta a la duración del cargo, parece que en sus primeros años de existencia se previó que fuese vitalicio<sup>27</sup>. En 385, con la Constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio, recogida en C.J. 1.55.4<sup>[28]</sup> el tiempo de duración se reduce a cinco años. En 535, a dos años según la ya mencionada novela 15 de Justiniano<sup>29</sup>. En este texto, se les requiere la obligación a los defensores de prestar juramento en la toma de posesión del cargo, así como la imposibilidad de que fuesen removidos del mismo por el gobernador de la provincia, correspondiendo dicha función al prefecto.

*delegationem dederit postulaverit, vel quodlibet horum tua disceptatione restituas, ceteras vero, quae dignae forensi magnitudine videbuntur, ordinario insinuato rectori et cetera. Cum multa pro plebe a nobis studiose statuta sint, nihil providisse nos credidimus, nisi defensores idoneos dederimus. Igitur non ex decurionum corpore, sed ex alio, videlicet ex administratoribus, qui vel consulares fuerint administratione vel praesides, aut ex palatinis vel agentibus in rebus vel his, qui principatus culminis vestri vicariorumque gesserunt, vel scholasticis hui officio deputentur*".

26 Francisco Cuenca Voy, "El defensor *civitatis* y el protector de los indios: Breve ilustración en paralelo", *Ius fugit*, n.º 7, 1998, p. 187. En sentido, contrario Romano, "Defensor", *op. cit.*, p. 314, quien se posiciona a favor de la supresión de la posibilidad de la elección popular.

27 Cfr. Romano, "Defensor", *op. cit.*, p. 316.

28 C.J. 1.55.4: "*In defensoribus universarum provinciarum erit administrationis haec forma, et tempus quinquenui spatiummetiendum*".

29 Nov. 15.1, pr.: "*Interim illud sciendum est prius, ut nulli hominum sit licentia defensoris ordinationem declinare, sed invicem universo nobilioris civitatum habitatores hoc ministerium eis adimpleant, hoc enim et in prioribus temporibus valuisse, et in republica gestum didicimus. Nulli, nec si honoratus sit magnificentissimorum illustrium dignitate, hoc, declinare concedimus, nec si militiam habeat honestam, neque si proferat privilegium suum ex divinis formis, vel si pragmatici sint collati, sed secundum circulum habitatoribus civitatis, quorum aliqua rarursus revertentibus ad sollicitudinem et civitati praedictam curam ministrantibus, ut in una quaque civitate defensor iudex potius, quam defensor esse videatur, decreto quidem cum iureiurando factus omnium possessorum in illa civitate consistentium, sed non in hac urbe degentium*".

Por otro lado, las fuentes parecen determinar lo mismo y lo contrario en escaso espacio de tiempo. Así, en 387, como nos señala el C.Th. 1.29.6, se previó una sanción para aquel que "*ad locum defensionis ambitione pervenerit*", y en 441 se impondría lo contrario, esto es, impedir que los defensores abandonen su cargo sin autorización del prefecto del pretorio como se recoge en C.J. 1.55.10<sup>[30]</sup>.

Del mismo modo, hemos sabido mediante la exégesis de los textos que la competencia de los defensores se extendía por todo el territorio de las *civitas*, es decir, no se limitaba solamente a la *urbs* que era la capital, sino también a todos los *loci* inferiores, de tal manera que debían proteger así del mismo modo a los habitantes de los campos y a los de otras ciudades menores. Es posible que haya existido (si no en el origen, al menos después) en ciertos *loci* secundarios, unos defensores especiales, que tenían en principio las mismas atribuciones que el *defensor civitatis*, pero más particularmente encargados de los intereses de la plebe rural<sup>31</sup>. Son ellos, sin duda, los que designan la expresión *defensor locorum* que encontramos en algunos textos y que en un sentido amplio podría aplicarse al mismo defensor civitatis<sup>32</sup>.

En lo concerniente a sus funciones, el título 55 del libro 1 del C.J. nos muestra que los defensores tienen atribuciones en materia jurisdiccional, fiscal y de índole registral o documentaria. Para el ejercicio de estas competencias, los defensores necesitaban de una mínima infraestructura, que según nos revela de nuevo la misma novela 15 de Justiniano, estaría compuesta por un escribiente y dos oficiales. En este sentido, aclara el texto que el cargo siempre será retribuido y que jamás pueden nombrar los mismos defensores, sustituto alguno<sup>33</sup>.

30 C.J. 1.55.10: "*Nulli defensorum licere decernimus, si de publica sollicitudine voluerit se liberare, nisi divinos adfatus intimaverit tuae sublimitatis iudicio, triginta librarum auri poenam tam moderatoribus provinciarum quam ceteris iudicibus vel temeratoribus sacri nostri oraculi subituris, si neglecta fuerit auctoritas principales*".

31 Cfr. C.J. 1.55.5: "*rusticos urbanosque*"; C.Th. 16.5.45: "*intra aliquancivitem ve lulla territorio parte secreta*".

32 Cfr. C.J. 1.55.3: "*id est defensorum locorum*"; Nov. 30,7: "*sed locorum defensoribus*".

33 Nov. 5.6: "*Quia vero etiam defensores civitatum extra omne commodum fient, et pro decretis eorum, si quidem civitates maiores 'sunt', quattuor solummodo dabuntur auri foro tuae sublimitatis, si vero minores, tres, sicut iam dudum nostris constitutum est legibus. Si vero quaedam salaria habent publica, etiam haec secundum consuetudinem percipient. Audient quoque leviora crimina et castigationi competenti tradent, et eos, qui maioribus criminibus capiuntur, detrudent in carcerem et mittent ad provinciae praesidem. Sic enim fruitur civitas unaquaque cura iudiciali, et omnis gens sub maiori constituta iudice maiorem sentiet providentiam, et recidentur plurimae iudicum curae, cum civitatum defensores in semetipsis eas imponunt et levigant praesidium, quas pro omnibus habent, sollicitudines, ipsi particulariter removens ea, quae vim patientibus inferuntur, aut dubitationes solventes, et honestos, sicut saepe dictum est, eos qui in administrationibus sunt demonstrantes. Si vero etiam detineantur ab aliquibus publicae functiones, gentium praesides defensoribus imperabunt contra detentatores exactiones, ut et secundum hoc eos adiuvent. Si qua vero defensoris praeter haec fiat ordinatio, aut renuerit aliquis defensoris officium in*

En primer lugar y respecto a la función jurisdiccional, el C.J. 1.55.1 recoge la facultad que tienen los defensores para actuar "*In minoribus causis*"<sup>34</sup> o asuntos de menor cuantía (50 sueldos), reclamación por pago deudas, un esclavo huido o un exceso en el pago de impuestos. Este tipo de procedimientos confiere a los ciudadanos la posibilidad de obtener una justicia más rápida, más inmediata y cercana, evitándose en más de una ocasión ser víctimas de las espurias y fraudulentas actividades que de manera frecuente se producían en los tribunales. Esta jurisdicción de los defensores de las ciudades, destinada a crecer más tarde, era al principio totalmente secundaria y no constituía su principal atribución: los nuevos magistrados tenían ante todo por misión proteger a la plebe. En efecto, en el siglo IV no se puede definir esta ocupación como sinecura, ya que los plebeyos, sobre todo los campesinos, estaban por entonces expuestos a numerosos errores judiciales y faltas flagrantes de justicia. Cuando se veían inmersos en un procedimiento judicial, ocurría a veces que los empleados (*exceptores*) desviaban o falseaban las actas o que los jefes del *officium* de los gobernadores, burlados por el oponente al que solían encontrarse siempre en el umbral de su despacho, se dejaban halagar por sus lisonjas o corromper por sus regalos<sup>35</sup>.

Así las cosas, sería lógico pensar que jamás ganasen un pleito estos afectados, sin embargo, podemos decir que la alegría de los corruptos duraba poco porque el *intercesor* reclamaba inmediatamente un precio más elevado que el que hubiese pedido en caso de fracaso. También los emperadores Valentiniano y Valente, señalando estos procedimientos deshonestos, tenían razón al escribir al Senado que realmente los plebeyos habitantes de las zonas rurales, "estas gentes tranquilas y que no hacen mal alguno", tenían necesidad de un patronato particular, para no encontrar opresión en lugar de la justicia que reclamaban por causa de los tramposos.

Estos, además, tenían el derecho e incluso el deber de denunciar al gobernador de la provincia todo aquello que perjudicase a los intereses de sus protegidos. Así, pues, podían presentar una queja si los listados de sus censos (*suscriptiones*) no estaban diseñados conforme a ley y desde el momento en que el gobernador recibía dicha queja, este debía llevar a cabo una investigación sobre el asunto y lograr que hubiese un juicio<sup>36</sup>.

En un orden de ideas diferente, pero siempre con el mismo pensamiento de protección a los particulares, los emperadores ordenan en 384 a los

*semet ipsum veniens, sive dignitatis sive militiae sive privilegii sive alterius cuiuspiam occasione, iste quinque librarum auri subiectus poenae etiam sic post eius exactionem ad opera civitatis proficientem cogatur defensoris implere sollicitudinem Convenit enim unumquemque nobilium semper functionem agere civitatum quas inhabitant, et hanc eis conferre habitationis repensationem".*

34 Vid. también C.Th. 1.29.2.

35 C.Th. 1.29,5.

36 C.Th. 13.10.7.

gobernadores de las provincias y a los defensores de las ciudades denunciar a todos aquellos soldados que saliesen de sus acuartelamientos para adentrarse, en contra del reglamento militar, en las propiedades privadas<sup>37</sup>.

Por fin, en una constitución general dirigida en 385 a un *defensor* llamado Teodoro, fue resumido así el papel del defensor en todas las provincias: el *defensor civitatis* debe ser un padre para los plebeyos, debe protegerlos como si fuesen sus hijos y defenderlos contra la osadía de los *oficiales* y el exceso de poder de los gobernadores. A partir de ese momento ya estaría prohibido que se les inscribiese mal en los listados del censo, que se les impusiesen tasas de más y que se les exigiese una contribución superior a la que les correspondía para cumplir con estos deberes, "único remedio a la situación", dicen ingenuamente los emperadores, el *defensor* deberá ser recibido, cada vez que lo requiera, por el gobernador de la provincia<sup>38</sup>.

En el ámbito de la jurisdicción penal, los defensores estaban legitimados para reprender con su autoridad actuaciones de bandidaje y llevar ante los tribunales realizando la información sumaria correspondiente, a los que les fuesen entregados como reos descubiertos en los delitos flagrantes de robo, homicidio y adulterio, así como los cometidos por los recaudadores de impuestos. Así lo atestigua una constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio de 392 dada en Constantinopla a Taciano y a Ceciliano, prefectos del pretorio y que recoge el C.J. 1.55.6-7.

Más tarde, en 535, Justiniano, en sus novelas 15 y 86<sup>[39]</sup>, nos señala que los defensores también ejercieron de jueces ordinarios en las ciudades por lo que respecta a asuntos civiles de hasta 300 sueldos, siendo sus decisiones susceptibles de apelación ante el gobernador provincial y aumentando también sus intervenciones en materia penal.

Finalmente, en el orden extraprocésal descubrimos en las fuentes una de las funciones que más lo asimila a la figura del defensor del pueblo actual,

37 C.Th. 7.1.12.4 y C.J. 12.36.11.

38 C.J. 1.55.4.

39 Nov. 15.3.2: "*Et iudicare in causis omnibus pecuniariis usque ad aureos trecentos: non valentibus nostris subiectis trahere sibimet obligatos apud clarissimos provinciarum iudices, si usque ad praedictam trecentorum solidorum quantitatem lis consistat*". Nov. 86.3.1: "*Oportet ergo eos qui diriguntur a tua celsitudine ex memorato fabricensium scrinio ad prohibendos privatos armorum factione confessionem accipere, etiam per loca iudices et subiecta eis officia et civitatum defensores et patres, quia nihil valebunt de cetero horum quae a nobis prohibita sunt aliquid agere, sed quae per praesentem sancita sunt legem custodient, poenam et in pecuniis et in ipsum formidantes caput. Sancimus enim magnae quidem Alexandriae iudicem negligentem quae a nobis sancita sunt XX auri libras exsolvere poenam et cingulo cadere, et huius officium similiter XX auri libras dare poenam et capitale sustinere supplicium, aliarum vero provinciarum iudices damnum quidem X librarum auri sustinere, similiter autem et ipsos casui cinguli subiaceret et horum officia, defensores autem et patres civitatum trium auri librarum multari poena et in capite sustinere periculum, si quid tale factum comperientes non punierint aut hoc agere valentibus non nuntient, sed latere permiserint*".

es el ejercicio de la mediación o del arbitraje. En concreto, el C.Th. 1.29.2 recoge el término *disceptatio* y podría sugerir que la decisión del defensor parece ser el fruto de su actuación como verdadero juez de paz o amable componedor<sup>40</sup>.

En materia fiscal, el defensor ejerció funciones de vigilancia general sobre las actividades relacionadas con la fijación y pago de impuestos, teniendo como motivación primordial la denuncia de las imposiciones incorrectamente practicadas. Por otro lado, nos apuntan las fuentes al deber de estar presentes en la confección de las listas y en el acto de pago a los recaudadores, vigilando que estos emitieran el oportuno recibo e incluso pudiendo actuar como recaudadores directos de impuestos de los *minores possessores*. Así lo expresan el C.Th. 3.10.7 y 11.1.19, junto al C.J. I.55.4 y 9 pr.

En general, podemos pensar que los defensores tenían el deber de vigilar y oponerse a cualquier tipo de abuso que en materia tributaria pudiera producirse, para lo que podían acceder directamente al gobernador de la provincia por encima de cualquier otro magistrado o funcionario. Este aspecto, en concreto, guarda una llamativa similitud con el cargo del defensor actual que tiene atribuida por ley la posibilidad de acudir con carácter preferente a los órganos ejecutivos de que se trate y exigir la colaboración necesaria de los mismos y de todos los órganos administrativos en general, para esclarecer los asuntos que tenga encomendados por la ciudadanía<sup>41</sup>. Justiniano, finalmente, vuelve a imponer a los defensores en su novela 15.3.1 pr. una labor más relevante en materia fiscal, en tanto que los coloca como ayudantes de los recaudadores con la obligación de levantar actas contra los contumaces.

Por último, hacemos referencia a las competencias que el defensor ejerce en materia de registro y certificación. En este sentido, van a asumir la función de recibir y levantar acta de las quejas contra los recaudadores de impuestos, y en ausencia de los gobernadores y de otros magistrados, tienen el deber de asumir la labor de redacción de actas en asuntos tan diferentes como la inscripción en colegios profesionales, insinuación de testamentos y donaciones, y control de exportación de mercancías. En 535, de nuevo es Justiniano quien les otorga definitivamente competencias de carácter general en materia de registro y actas públicas, habilitándose incluso edificios públicos para constituir su registro. Es más, añade al final del texto que de ningún modo se le puede prohibir a nadie elaborar ante los defensores cualquier documento que les interese, exceptuándose lógicamente aquellos en

40 Cfr. Arnold Huges Jones, *The later Roman Empire*, Oxford: Basil Blackwell, 1964, p. 517; Max Kaser, *Des Römische Zivilprozessrecht*, Múnich: Verlag C.H. Beck, 1996, pp. 437 y ss.; Francisco Cuenca Voy, "El defensor *civitatis* y el protector de los indios: Breve ilustración en paralelo", *Ius fugit*, n.º 7, 1998, p. 191.

41 Ley Orgánica de 3/1981 del 6 de abril, del Defensor del Pueblo, artículos 19-21.

los que el asunto depende exclusivamente de decisiones judiciales por ser de naturaleza puramente jurisdiccional.

## CONCLUSIONES

En definitiva, podríamos hacernos finalmente la misma pregunta que nos hacemos hoy día y es cuál era el poder real del *defensor civitatis* y si ciertamente era efectivo. No es necesario señalar lo que se evidencia de forma clara, esto es, que su potestad jurisdiccional era casi insignificante o que su derecho a remitir informes o quejas a los gobernadores de provincia y a los emperadores se quedaba a veces reducido a un esfuerzo vano, ya que incluso las quejas mejor fundamentadas no fueron siempre escuchadas. Sin embargo, a nuestro parecer, el verdadero poder de los defensores cívicos era el libre acceso ante el gobernador, ya que si quien ejercía el cargo era un hombre eficaz y diligente, se convertía en un medio seguro y eficiente para lograr su pretensión. La pregunta subsiguiente es si podían encontrar hombres eficaces y diligentes entre estos *defensores*. No hay que olvidar que eran nombrados por la Administración y elegidos entre sus primeros agentes. Por tanto, ¿no es pues en cierto modo un poco ilusorio confiar la tarea de combatir los abusos del poder a aquellos que hasta ahora habían contribuido a perpetuarlo? Realmente debían conocerlos muy bien, pero ¿seguro qué querrían corregirlos? Esto nos lleva a una conclusión lógica en forma también de pregunta: ¿no hubiese sido mejor conceder directamente a los que sufrían abusos el derecho a elegir a sus propios protectores? Lo que sí es un hecho probado es que el *defensor civitatis* jugó un papel fundamental en el ejercicio del control de la actividad administrativa que, en aquel momento, estaba sobredimensionada por la complejidad de la estructura y de las circunstancias del Imperio. Como ha ocurrido a lo largo de los siglos, su eficacia dependió sobre todo de las cualidades de persona que lo ejercía.

Ahora bien, lo que no cabe duda es que esta institución romana es una fuente de inspiración para profundizar en la utilidad del defensor del pueblo actual, que igual que entonces, salvando la distancia de los 2000 años de historia que les separan, se encuentra ante una gran maquinaria administrativa con sobrecarga burocrática, y sobre todo, teniendo en cuenta las tareas y los nuevos escenarios de posible colisión entre las distintas Administraciones y entre estas y los administrados con los que el estado social y democrático se ha envuelto a sí mismo. Finalmente, podemos afirmar que esta importante institución si bien se ha generalizado y ha alcanzado reconocimiento a nivel internacional, no está exenta de peligros que se ciernen amenazantes sobre su futuro: se cuestiona su eficacia, se han llegado a plantear proyectos de recorte de sus facultades y de presupuesto, críticas varias que se diluyen en mermar su importancia. Por este motivo, no es baladí una reflexión con

intenciones de mejora y fortalecimiento de su actuación, de su naturaleza y estructura jurídica de carácter esencial en una sociedad democráticamente avanzada.

## BIBLIOGRAFÍA

- Agudo Ruiz, Alfonso. "El abogado romano y la defensa de los intereses del cliente". *Anuario del Centro de la UNED de Calatayud*, n.º 14, 2006.
- Alburquerque, Juan Miguel. "Reconocimiento pretorio y jurisprudencial de la función social de los bienes destinados al uso público (*res publicae in publico usu*)". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 17, 2017.
- Alburquerque, Juan Miguel. "Acciones e interdictos populares: Legitimación popular y especial referencia al interdicto popular sobre la protección de las vías y caminos públicos". *Revista General de Derecho Romano*, n.º 39, 2022.
- Bonfante, Pietro. *Historia del derecho romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944.
- Bousta, Rhita. "Contribution à une définition de l'Ombudsman". *Revue française d'administration publique*, n.º 123, 2007.
- Corona Encinas, Alex. "Sobre la reforma en el cargo de defensor *civitatis* en época Justiniana. Aproximación exegética a nov. Iust 15". *Revista General de Derecho Romano*, n.º 34, 2020.
- Cuena Boy, Francisco. "El defensor *civitatis* y el protector de los indios: Breve ilustración en paralelo". *Ius fugit*, n.º 7, 1998.
- Fernández de Buján, Antonio. "Acción popular y tutela de intereses generales en el derecho histórico español y ordenamiento jurídico vigente II". En *Contribuciones al estudio del derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano*. Madrid: Dykinson, 2021.
- Fernández de Buján, Antonio. "La *actio popularis* romana como antecedente y fundamento de la acción popular ex artículo 125 CE". En *Contribuciones al estudio del derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano*. Madrid: Dykinson, 2021.
- Fernández de Buján, Antonio. *Contribuciones al estudio del derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano*. Madrid: Dykinson, 2021.
- Fernández de Buján, Antonio. *Derecho público romano*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 1996.

- Huges Jones, Arnold. *The Greek City from Alexander to Justinian*. Oxford: Clarendon Press, 1940.
- Huges Jones, Arnold. *The later Roman Empire*. Oxford: Basil Blackwell, 1964.
- La Pergola, Antonio. "Ombudsman y defensor del pueblo, apuntes para una investigación comparada". *Revista de Estudios Políticos*, n.º 7, 1979.
- Lallemand, Jacqueline. "L'administration civile de l'Égypte de avènement de Diocletien à la création du diocèse (284-382) Contribution à l'étude des rapports entre L'Égypte et l'Empire à la fin du III et au IV siècle". *L'antiquité classique*, n.º 1, 1965.
- Maiorano, Jorge Luis. *La Unesco y el defensor del pueblo*. Buenos Aires: La Ley, 1996.
- Mannino, Vincenzo. *Ricerche sul defensor civitatis*. Milán: A. Giuffrè 1984.
- Novkirishka, Malina. *De iure publico. Studi di Diritto Pubblico Romano*. Prólogo de Antonio Fernández de Buján. Sofía: Ciela, 2013.
- Petit, Paul. *Histoire de l'Empire romain*. París: Points, 1974.
- Piquer Marí, José Miguel. "El defensor *civitatis* en el Código Teodosiano y la Lex roana burgundionum". *Glossae*, n.º 13, 2016.
- Rees, Brinley Roderick. "The defensor civitatis in Egypt". *Journal of Juristic Papyrology*, N.º 1, 1952.
- Ruiz Pino, Salvador. "Algunos precedentes históricos de protección o defensa de los recursos naturales y de la *salubritas* en Roma. Hacia un derecho administrativo medioambiental romano". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 17, 2017.
- Ruiz Pino, Salvador. "Nuevas perspectivas en torno a la experiencia administrativa medioambiental romana". En *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano*, IV, vol. 1. Dirigido por Antonio Fernández de Bujan. Madrid: Dykinson, 2021.
- Ruiz Pino, Salvador. "The historical roman precedent of the legal protection of natural water resources". *Ius Romanum*, vol. II, 2021.
- Viñas Otero, Antonio. "Del *tribunus plebis* romano al defensor del pueblo (*ombudsman*)". *La Ley*, n.º 3, 1984.
- Viñas Otero, Antonio. *Instituciones políticas y sociales de la Roma antigua*. Madrid: Iustel, 2010.