LA NATURALEZA JURIDICA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

JOAQUIN VARELA SUANZES-CARPEGNA

SUMARIO: I. EL DEFENSOR DEL PUEBLO COMO ÓRGANO AUXILIAR DE LAS CORTES GENERALES.—II. EL DEFENSOR DEL PUEBLO COMO ÓRGANO DE CONTROL: 1. El control de la actividad administrativa. 2. El control semicontencioso o de impulso jurisdiccional. 3. El carácter bifronte del control y sus consecuencias sobre la naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo.—III. EL DEFENSOR DEL PUEBLO COMO ÓRGANO GARANTIZADOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. La garantía de los derechos fundamentales y el control de la actividad administrativa. 2. La garantía de los derechos fundamentales y el control semicontencioso o de impulso jurisdiccional.—IV. CONCLUSIÓN.

El artículo 54 de la Constitución define al Defensor del Pueblo (DP) como «alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título (el primero), a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales». El artículo 162, 1, *a)* y *b)*, por su parte, legitima al DP para interponer ante el Tribunal Constitucional los recursos de inconstitucionalidad y amparo.

A tenor de estos dos preceptos, y en virtud de lo que dispone la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril (LODP), es posible, y entendemos que muy necesario, delimitar con precisión la naturaleza jurídica de este instituto. Tres son, a nuestro modo de ver, los rasgos esenciales que determinan esta naturaleza. En primer lugar, el de ser un órgano auxiliar de las Cortes Generales; en segundo lugar, el de ser un órgano de control bifronte, y, por último, el de ser un órgano creado por y para la defensa de los derechos fundamentales.

El objeto de este trabajo se reduce a examinar estos tres rasgos.

Revista Española de Derecho Constitucional
Año 3. Núm. 8. Mayo-agosto 1983

I. El Defensor del Pueblo como órgano auxiliar de las Cortes Generales

El concepto de órgano auxiliar, como ocurre con la mayoría de los conceptos jurídicos, es susceptible de ser utilizado en muy diversos sentidos (1). En uno de ellos, el único que aquí interesa, se habla de órgano auxiliar contraponiendo este concepto al de órgano constitucional y refiriéndose a aquellos órganos del Estado que llevan a cabo unas funciones de vigilancia, de control o bien de asesoramiento y consulta. Los órganos auxiliares, *a contrario*, son aquellos que no llevan a cabo una función constitucional, es decir, creadora de derecho y que, por tanto, no inciden en la forma de Estado. «Organo auxiliar» y «órgano no constitucional» o «no activo» vienen a ser así sinónimos, del mismo modo que «órgano constitucional» y «órgano activo». En este sentido, por ejemplo, utiliza la Constitución italiana el concepto de órgano auxiliar, aludiendo, en sus artículos 99 y 100, al «*Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro*», al «*Consiglio di Stato*» y a la «*Corte dei Conti*» (2).

Pues bien, si se parte de este concepto, el DP puede calificarse también de órgano auxiliar, puesto que las dos actividades que el ordenamiento le encomienda, supervisar la actividad administrativa e interponer los dos recursos mencionados, al margen de la calificación jurídica que merezcan —y de ello se tratará luego—, es claro que constituyen dos paradigmáticas funciones no creadoras de derecho y, en consecuencia, no constitucionales, no activas.

Pero, además, y en estrecha conexión con lo que se acaba de decir, el concepto de órgano auxiliar, requiere que entre el órgano así calificado y el órgano constitucional a quien auxilia exista una determinada relación. Desde este punto de vista, la relación de auxiliaridad excluye tanto una relación de paridad (3), que es la que liga a los órganos constitucionales entre sí, como una relación de jerarquía o subordinación (4), que es la que vincula a un órgano interno con el órgano principal en el cual se inserta. FERRARI señala, a este respecto, que el órgano auxiliar goza de una autonomía orgánica y funcional frente al órgano que auxilia (5), muy en particular —apostilla MORTATI— si este último es un órgano constitucional (6).

Esto es, a nuestro entender, lo que también sucede con el DP. Su relación con las Cortes Generales no se establece en unos términos de paridad ni tampoco de jerarquía o subordinación. Por el contrario, el DP goza frente a

(1) Véase, por todos, GIUSEPPE FERRARI: *Gli Organi Ausiliari*, Giuffré, Milán, 1956, *passim*.

(2) Cfr. COSTANTINO MORTATI: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Cedam, Padua, 8.ª edic., 1969, tomo I, pp. 201-202 y 548-554.

(3) Sobre este concepto, véase MORTATI, *Ibid.*, pp. 203 y 204.

(4) *Ibid.*, pp. 205-209.

(5) Cfr. *Op. cit.*, pp. 367 y ss.

(6) Cfr. *Op. cit.*, pp. 548 y 549.

las Cortes de una indudable autonomía, tanto en el plano orgánico como en el funcional. Tratemos de probar estas afirmaciones.

El DP, según se ha dicho, es designado por las Cortes Generales, coherentemente con su condición de comisionado parlamentario. Es más, en el complejo procedimiento de designación que los artículos 2.° y 4.° de la LODP establecen, no interviene ningún otro órgano del Estado, ni siquiera el Rey. Las Cortes seleccionan a los candidatos, eligen de entre éstos al DP mediante unas mayorías muy cualificadas (tres quintos de los miembros del Congreso y del Senado, aunque en esta segunda Cámara basta, a la postre, que se obtenga la mayoría absoluta), lo nombran y ante ellas toma posesión de su cargo. El nombramiento y separación de sus dos adjuntos requiere también la aquiescencia previa de las Cámaras (art. 8.°). A ellas, asimismo, dará cuenta anualmente de su gestión (arts. 32 y 33); sin perjuicio de que las Comisiones del Congreso y del Senado, a las que alude el artículo 2.°, 2, de esta Ley Orgánica, recaben su presencia e información cuando lo estimen oportuno. El personal al servicio del DP se considera adscrito al personal de las Cortes (art. 35) y la dotación necesaria para su funcionamiento constituye una partida dentro de los Presupuestos Generales de las Cortes (art. 37). Por último, y éste es acaso el extremo más significativo, el DP puede ser cesado por las Cortes Generales cuando, entre otras causas, y a juicio de las tres quintas partes de los miembros de ambas Cámaras, actúe «con notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo» (artículo 5.°).

La relación entre el DP y las Cortes Generales no puede, pues, calificarse, sin más, de fiduciaria, como algún autor ha hecho (7). Fiduciaria es también la relación entre el Gobierno de la Nación y las Cortes, y, sin embargo, es de muy distinta naturaleza, puesto que entre dos órganos constitucionales existe un control mutuo, equilibrado, paritario, en virtud de los medios que a uno y a otro órgano confiere la Constitución en sus títulos IV y V, especialmente en los artículos 113 y 114, de un lado, y 115, de otro. Entre el DP y las Cortes, en cambio, la relación que existe, aun siendo fiduciaria, no se establece en términos de paridad, sino de auxiliaridad. Mientras las Cortes controlan al DP (designándolo y cesándolo, sobre todo, aunque no sólo), es claro que éste no puede hacer lo mismo respecto a aquéllas.

Ahora bien, esta relación de auxiliaridad, al mismo tiempo que excluye un nexo establecido en términos paritarios, excluye también una relación de jerarquía o subordinación. El DP, en efecto, no es un órgano interno de las Cámaras, como lo es, por ejemplo, una Comisión Mixta de Investigación, tal

(7) Así, ANTONIO LA PÉRGOLA: «Ombudsman y Defensor del Pueblo: Apuntes para una investigación comparada», en *Revista de Estudios Políticos* núm. 7, enero-febrero de 1979, páginas 85-88, y ALBERTO PÉREZ CALVO: «Rasgos esenciales del Defensor del Pueblo según la Constitución y la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril», en *Revista de Derecho Político* núm. 11, otoño de 1981, p. 68.

como se contempla en el artículo 76, 1, del texto constitucional. Entre el DP y las Cortes Generales no media una relación de sub y supraordenación, consustancial a la relación jerárquica. El artículo 6.°, 1, de la LODP es, en este sentido, un artículo clave. A tenor del mismo, el DP «no estará sujeto a mandato imperativo alguno. No recibirá instrucciones de ninguna autoridad. Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio». El DP, pues, no sólo no podrá recibir instrucciones particulares para cada caso concreto que se le plantee, sino que tampoco podrá estar sujeto a instrucciones de carácter general, a parámetros que marquen y predeterminen las pautas de su actuación global. Entre este órgano y las Cortes no cabe hablar, por consiguiente, ni siquiera de una «relación de dirección» (8). Este extremo diferencia sobremanera al DP de la mayor parte de los institutos análogos que se configuran en el derecho comparado, los cuales, pese a no estar constreñidos tampoco por unas instrucciones pormenorizadas en todos y en cada uno de los casos, actúan siempre según unas directrices generales dictadas por los Parlamentos que los eligen (9). La autonomía del DP se acentúa por el hecho —común en este caso al *Ombudsman* en el derecho comparado— de que la Constitución, en su artículo 70, 1, *c)*, le considere inelegible para los cargos de Diputado y Senador e incompatible con ellos. El artículo 7.° de la LODP, por su parte, amplía esta incompatibilidad a «todo mandato representativo» y agrega, sin orden ni concierto, una larga lista de incompatibilidades, que recuerda a la que el artículo 159, 4, de la Constitución señala respecto a los Magistrados del Tribunal Constitucional (10). Pero la LODP subraya aún más la autonomía del DP al extender la duración de su mandato a cinco años (art. 2.°, 1). Es decir, un año más que la duración del mandato de los Diputados y Senadores que lo eligen. En este extremo la legislación española vuelve a separarse de la mayor parte de la comparada, en la cual se establece una coincidencia entre el mandato del *Ombudsman* y la duración de la legislatura. Así ocurre, por ejemplo, en Suecia, Finlandia, Noruega y Nueva Zelanda (11). No, en cambio, en la República Federal Alemana, en donde, al igual que en España, el *Wehrbeauftragte des Bundestages* es elegido por un período de cinco años, mientras el mandato de los miembros del *Bundestag* es de cuatro (12). No deber perderse de vista, además, si bien ello se colige de lo expuesto, que el DP permanece en su cargo aunque las Cortes se disuelvan antes de finalizar la legislatura. De ahí que la autonomía que este órgano

(8) Sobre este concepto, véase MORTATI, *Op. cit.*, T. I., pp. 209 y 210.

(9) Cfr. GIOVANNI NAPIONE, *L'Ombudsman. Il controllore della pubblica Amministrazione*, Giuffré, Milán, 1969, p. 54.

(10) Desde este punto de vista, se confirman con ello las sospechas de LA PÉRGOLA cuando en el trabajo citado se preguntaba si el DP no sería más un Magistrado al que se trata de asegurar su independencia, que un comisionado parlamentario. Cfr. p. 86.

(11) Cfr. NAPIONE, *Op. cit.*, pp. 40 y 44.

(12) Cfr. artículos 39 de la LFB y 14.2 de la Ley del Comisionado Parlamentario de las Fuerzas Armadas, de 26 de junio de 1957.

puede llegar a tener respecto a las mayorías parlamentarias que lo eligieron, es posible sea tan amplia que a estos efectos se mude en una auténtica independencia, en un verdadero desligamiento. Repárese también que el supuesto del cese que antes mencionamos, pese a mostrar fehacientemente la vinculación del DP con las Cortes Generales, no va a permitir que éstas actúen de una forma absolutamente libérrima y discrecional. Así acontecía en el artículo 6.°, 1, de la proposición socialista de Ley Orgánica, que dio lugar a la actual LODP, y que calificaba a este supuesto de cese de «moción de censura». Pero en la actual redacción, las Cortes habrán de probar la negligencia del DP. Todos estos aspectos, a los que debe añadirse, en fin, las altas mayorías parlamentarias que se requieren para nombrar y cesar al DP, ponen de manifiesto la gran estabilidad que se ha querido dar a este órgano en el ejercicio de sus funciones, así como su gran autonomía, de igual modo que vuelven a matizar la relación fiduciaria que le liga a las Cortes Generales. Ciertamente no es una relación de confianza recíproca, como acontece con las relaciones Cortes-Gobierno, mas, siendo unilateral, es difícil en extremo deshacerla.

En resumen, pues, el carácter auxiliar del DP quiere decir, ante todo, dos cosas. Primero, que no es un órgano constitucional, tanto por las funciones que lleva a cabo, como por la vinculación no paritaria que le liga a las Cortes. Ello no obsta, desde luego, para que el DP sea, como es, un órgano inmediato o constitucionalizado, ya que es la propia Constitución quien directamente lo crea y le dota de competencias propias. Segundo, que no es un órgano interno de las Cortes, sino que actúa respecto a ellas con una indudable autonomía orgánica y funcional, ínsita, como se ha visto, a los órganos auxiliares. Su voluntad, por ende, no puede ser imputada a las Cortes, ya que el DP actúa en nombre propio y no en el de aquéllas.

Puede decirse, en puridad, que la Constitución y la LODP, al establecer un nexo entre el DP y las Cortes Generales, no han perseguido tanto un efecto de carácter positivo, la vinculación de este órgano al Parlamento, como uno de carácter negativo: su total desvinculación respecto del ejecutivo. Y, en nuestra opinión, elogio merece tal proceder.

II. El Defensor del Pueblo como órgano de control

La Constitución, como se ha visto, asigna al DP dos actividades: la de supervisar la actividad administrativa, de un lado, y la de interponer los recursos de inconstitucionalidad y amparo, de otro. Se trata de dos funciones que, siendo harto diferentes, revisten una misma naturaleza jurídica, la de ser dos funciones de control, y persiguen también una misma finalidad: la defensa de los derechos fundamentales reconocidos en el título primero de la

Constitución. Es más, como se verá más adelante, este *telos* condiciona decisivamente el alcance de estas dos funciones. No obstante, es la naturaleza jurídica de éstas lo que ahora interesa examinar. E interesa hacerlo, además, analizando cada una de ellas por separado.

1. El control de la actividad administrativa

La LODP confiere al DP un conjunto de competencias en orden a supervisar la actividad de la Administración pública y la de sus agentes. Antes incluso de que las enumeremos, es preciso preguntarse si la supervisión que estas competencias genera, constituye o no una auténtica actividad de control. Obviamente, la respuesta que se dé a esta pregunta, capital para perfilar la naturaleza jurídica de este instituto, depende del concepto de control que se adopte como punto de partida. Es sabido que sobre este particular las diferencias doctrinales son muy notables (13). En la doctrina administrativista italiana, que se ha ocupado extensa e intensamente de este asunto, se observan dos posturas. La tradicional —Forti, Zanobini, Borsi, Salvi, por citar algunos ejemplos (14)— reduce la noción de control, en el sentido más vasto del término, a dos elementos: el canon, que puede consistir en normas, principios o valores, y el juicio sobre la acomodación al canon del supuesto de hecho controlado, ya sea éste una norma o una conducta. Otros autores, en cambio, como Giannini (15), Mortati (16) y, muy fundamentalmente, Galeotti (17), agregan un tercer requisito: la posibilidad de interponer una medida obstructora, en sentido amplio *(misura ostativa, in senso lato)* en el caso de que sea desfavorable el juicio sobre la acomodación del supuesto de hecho controlado al canon prefijado. Se trata del «*momento comminatorio*», imprescindible para que pueda hablarse de control.

Esta segunda noción resulta más rigurosa y útil, puesto que, entre otras cosas, permite diferenciar al verdadero control de la mera actividad de vigilancia o inspección, de la que se excluiría este «*momento comminatorio*». Actividades todas ellas que, junto a las de consulta, son propias de los órganos auxiliares, según se ha dicho más arriba.

Pues bien, a nuestro entender, aunque se parta de esta segunda y más restrictiva noción —si se parte de la tradicional no se plantea problema alguno— la actividad supervisora del DP puede calificarse de auténtico control, al igual que ocurre, al decir de Napione (18) y de Legrand (19), con la actividad que desarrolla el *Ombudsman* en la mayor parte de los ordena-

(13) Véase, por todos, Serio Galeotti: «Controlli Costituzionali», *Enciclopedia del Diritto*, t. X., 1962, pp. 319-348, *passim*.

(14) Cfr. *apud* Napione, *Op. cit.*, p. 208, nota 10, y *apud* Galeotti, *Op. cit.*, p. 321, nota 8.

(15) *Apud* Napione, *Op. cit.*, p. 208, nota 10.

(16) Cfr. *Op. cit.*, t. I., pp. 201 y 252.

(17) Cfr. *Op. cit.*, pp. 321-322.

(18) Cfr. *Op. cit.*, pp. 46 a 54, 80 a 94, 118 y 119 y 201 a 208.

(19) Cfr. André Legrand: *L'Ombudsman Scandinave, études comparées sur le controle de l'Administration*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1970, pp. 281 y ss.

mientos que acogen este instituto. No cabe duda, en efecto, que el DP, al investigar la actividad administrativa, emite un juicio sobre la conformidad de esa actividad a un canon prefijado: el título I de la Constitución e, incluso, como apunta PÉREZ CALVO (20), las leyes que vayan elaborando las Cortes en desarrollo de los derechos y libertades reconocidos en este título y la jurisprudencia que sobre este particular emita el Tribunal Constitucional. Ahora bien, en el caso de que este juicio resulte desfavorable, ¿puede el DP obstruir la actividad administrativa supervisada? Aquí se halla, desde luego, la principal dificultad, en realidad la única, para calificar la supervisión de auténtico control o para calificarla de mera actividad de vigilancia preparatoria de unos controles ulteriores. A nuestro modo de ver, y siempre y cuando se entienda la acción de obstruir en un sentido amplio, como no necesariamente sinónima de «paralizar» de modo automático, la respuesta a la pregunta antes formulada debe ser afirmativa. Así, en efecto, la LODP confiere expresamente al DP un conjunto de competencias cuyo uso va a permitirle interceptar aquellas actividades administrativas que vulneren, de una u otra forma, los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Veámoslo.

El DP podrá formular a las autoridades y funcionarios de las Administraciones públicas advertencias, recomendaciones y recordatorios de sus deberes legales (art. 30, 1), así como dirigirse al funcionario que presumiblemente haya incurrido en «abuso, arbitrariedad, discriminación, error, negligencia u omisión», haciéndole constar su criterio al respecto y dar parte, además, a su superior jerárquico (arts. 20, 1, y 23). De persistir una actividad o conducta anómalas, podrá dirigirse al Ministro competente o a la máxima autoridad de la Administración afectada (art. 30, 2). Asimismo, está facultado para instar de las autoridades administrativas competentes el ejercicio de sus potestades de inspección y sanción (art. 28, 3). El artículo 26, por su parte, legitima al DP para ejercitar «la acción de responsabilidad contra todas las autoridades, funcionarios y agentes civiles del orden gubernativo o administrativo, incluso local, sin que sea preciso en ningún caso la previa reclamación por escrito» (21). El DP, igualmente, pondrá en conocimiento de

(20) Cfr. ALBERTO PÉREZ CALVO: «Aspectos constitucionales del Defensor del Pueblo», en *Revista del Departamento de Derecho Político*, UNED, núm. 4, otoño de 1979, p. 85.

(21) Señala GIL-ROBLES que el artículo 26 de la LODP alude a la acción de responsabilidad civil, que contempla la Ley de 5 de abril de 1904 y su Reglamento de 23 de septiembre del mismo año; cfr. ALVARO GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO: *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2.° edición, Madrid, 1981, p. 307. Es preciso tener en cuenta, sin embargo, que algunos de los preceptos de esta Ley han sido derogados por normas posteriores, sobre todo, por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, por la Ley de Régimen Local y por la propia Constitución. En nuestro trabajo *Los Ombudsmen regionales en el ordenamiento jurídico español: su ámbito subjetivo de competencias*, sosteníamos por error que el artículo 26 de la LODP se refería a la responsabilidad patrimonial de la Administración. Este trabajo será próximamente publicado en un volumen colectivo, que recogerá las ponencias y comunicaciones que se presentaron a la Mesa Redonda sobre «Las Comunidades Autónomas constituidas a través de la disposición transitoria segunda y del artículo 151 de la Constitución», que tuvo lugar en Granada, en diciembre de 1982.

los Plenos y de las Comisiones del Congreso y del Senado (o, en su caso, de las Diputaciones Permanentes) las investigaciones que lleven a cabo, mediante los informes anuales, que son preceptivos, o bien a través de informes especiales y extraordinarios. En estos informes, que serán publicados, podrá hacer constar los datos personales de los funcionarios negligentes o de los que entorpezcan su labor (arts. 18; 24, 1; 30, 2; 32, 1 y 2, y 33).

Para llevar a cabo su supervisión, el DP podrá solicitar informes de los funcionarios públicos, mantener entrevistas con éstos, personarse en las dependencias administrativas y acceder a los expedientes o documentos que se encuentren relacionados con su investigación (arts. 18, 1; 19, 2 y 3, y 22, 1). Incluso podrá acceder a los documentos que la ley clasifique como secretos. La negativa a remitir este tipo de documentos deberá ser acordada por el Consejo de Ministros (art. 22, 1). Igualmente, la correspondencia que se le dirija y que sea remitida desde cualquier centro de detención, internamiento o custodia de personas, no podrá ser objeto de censura de ningún tipo, ni las conversaciones que mantenga con los internados en estos centros podrá ser objeto de escucha o interferencia (art. 16, 1 y s.).

Por otra parte, la LODP pone a disposición del DP un conjunto de medidas, de indudable carácter coactivo, para dotar de eficacia su labor e impedir que ésta se limite a una acción de buenas intenciones. Así, esta ley señala que todos los poderes públicos están obligados a auxiliarle, con carácter preferente y urgente, en sus investigaciones e inspecciones (artículo 19, 1). Y no es ocioso recordar que la infracción del deber de auxilio a la autoridad está tipificada en el artículo 371 del Código Penal. Además, los funcionarios que estorben la labor del DP o que no colaboren con ella, incurrirán en delito de desobediencia —al que también se refiere el Código Penal en sus artículos 369 y ss.— y a estos efectos pondrá en antecedentes al Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones oportunas (art. 24, 2).

Parece, pues, innegable que a través de este conjunto de competencias y medidas el DP podrá obstruir la actividad administrativa que lesione los derechos fundamentales, impidiendo que se reitere. Ciertamente, el artículo 28, 1, de la LODP —importante artículo, sin duda— señala que el DP no será competente «para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración pública». Pero ello, lejos de probar que el DP carece de competencias de control, lo único que demuestra es que su control no es de naturaleza jurisdiccional. Por otra parte, resulta evidente que la supervisión del DP puede dar lugar a su vez a otros controles, que la Administración, las Cortes o los Tribunales habrán de llevar a cabo. Pero que la actividad supervisora del DP suponga una labor preparatoria de control, no impide tampoco, a nuestro entender, que ella misma sea calificada de control, de un control independiente de aquellos a los que pueda dar lugar ulteriormente (22).

(22) Véase, en contra, A. PÉREZ CALVO: *Aspectos...*, *Op. cit.*, pp. 100-102, y *Rasgos...*, *Op. cit.*, pp. 80-81.

Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza precisa de este control? Pues bien, siguiendo las más importantes clasificaciones al uso (23), puede decirse que se trata de un control *jurídico* o *vinculado*, en modo alguno necesario, sino tan sólo *eventual; de legitimidad* pero también de *oportunidad*. Se trata, además, de un control *externo, formalmente parlamentario*, en tanto que quien lo ejerce es un órgano auxiliar de las Cortes, pero *sustancialmente administrativo*, puesto que, respecto a su contenido, se centra en la actividad administrativa. Es, asimismo, un control *sobre los actos* y *sobre las personas* o, siguiendo la terminología de GASPARRI, *sobre la disfunción* y *la desorganización* administrativas (24). La LODP dispone, en efecto, que la supervisión del DP recaerá tanto sobre los actos y resoluciones de la Administración pública como sobre las conductas de todas las autoridades administrativas —incluidos los Ministros—, funcionarios, agentes y cualquier personal que actúe al servicio de las Administraciones públicas (art. 9.°, 1 y 2). La actividad supervisora se extiende, por consiguiente, a los particulares que presten servicios públicos en virtud de un acto administrativo habilitante, supuesto al que expresamente se refiere el artículo 28, 3, de la LODP. Serán susceptibles de su control todas las Administraciones públicas y todos sus agentes (arts. 9.° y 12); la Administración civil y militar del Estado, con la salvedad, respecto de esta última, que señala el artículo 14; las Administraciones regionales y las locales, así como los entes institucionales tutelados por las mismas, sin perjuicio de lo que, respecto a las regionales, dispone el artículo 12, 1, de la LODP y de lo que preceptúan algunos Estatutos de Autonomía (25). Por último, el DP podrá controlar también a la Administración de Justicia, en los términos, ciertamente muy restrictivos, que señala el artículo 13 de la LODP. Para terminar, conviene repetir que *el control del DP no es en modo alguno jurisdiccional*. El DP carece de la facultad de *coertio* consustancial a todo órgano jurisdiccional, de ahí que su control se pueda ejercer de oficio o a instancia de parte (art. 9.°, 1, de la LODP) y que sus decisiones no sean susceptibles de recurso alguno (art. 17, 3, de la LODP) (26).

Ahora bien, el DP cuando supervisa la actividad de la Administración no sólo lleva a cabo una actividad de control, sino también, en algunos casos, de mera vigilancia o inspección. Así sucede, por ejemplo, cuando, a tenor del

(23) Véase, sobre este particular, GALEOTTI, *Op. cit. passim*. Véase también, con referencia al ordenamiento constitucional español, el trabajo de ALBERTO PÉREZ CALVO: «Sobre la noción de control y su aplicación al Anteproyecto constitucional», en el libro colectivo *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas (el proceso constitucional español)*, edición de Manuel Ramírez, Labor, Barcelona, 1978, pp. 231 y ss.

(24) *Apud* GALEOTTI, *Op. cit.*, p. 324, nota 23.

(25) Sobre el problema de la delimitación subjetiva de competencias entre el DP y los *Ombudsmen* regionales, así como los criterios para su coordinación, véase nuestro trabajo citado en nota 21 y la bibliografía que en él figura. Conviene dejar claro, no obstante, que las tesis que sobre este asunto allí sustentábamos, se han visto profundamente rectificadas por el trabajo presente, que varía radicalmente la idea que allí manteníamos sobre la naturaleza jurídica del DP.

(26) En estos extremos ha insistido especialmente VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN: *Temas del Ordenamiento Procesal*, t. III, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 1514-1516 y 1568-1573.

artículo 17, 2, de la LODP, vele «por que la Administración resuelva expresamente, en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le hayan sido formulados».

Por otro lado, la LODP pone a disposición de este órgano un conjunto de competencias indicativas. En este sentido, podrá sugerir a los funcionarios y autoridades la adopción de nuevas medidas (art. 30, 1). E, incluso, está facultado para sugerir a la Administración o a las Cortes, según la norma de que se trate, la mudanza de aquellos preceptos legales cuyo cumplimiento puede dar lugar, a su juicio, a situaciones injustas para los administrados (art. 28, 1 y 2). En virtud de ello, aunque el DP carezca de iniciativa legislativa (como se infiere, *a contrario*, del artículo 87 de la Constitución), puede incidir en ella de modo indirecto.

Digamos, finalmente, que aunque la LODP no confiere expresamente al DP ninguna competencia de naturaleza consultiva —así ocurre también en otros ordenamientos, salvo en el noruego (27)— es muy posible que en el futuro la experiencia del DP invite a las Cortes y a la Administración a solicitar su parecer sobre determinados negocios. Una posibilidad que, sin embargo, no permite en modo alguno conceptuar jurídicamente al DP, de órgano consultivo. Mientras la LODP no se modifique en este extremo, sólo *de facto* podrá llegar a serlo, sin que, por consiguiente, sus opiniones o dictámenes puedan considerarse preceptivos, ni mucho menos vinculantes.

2. El control semicontencioso o de impulso jurisdiccional

La Constitución española, según se ha visto, legitima al DP para interponer los recursos de inconstitucionalidad y amparo ante el Tribunal Constitucional. Esta doble legitimación, que ningún otro órgano posee, la recoge también el artículo 29 de la LODP, siendo la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) quien precisa su alcance.

En efecto, a tenor del artículo 32, 1, *b)*, de esta Ley, que es preciso completar con su artículo 27, 2, el DP podrá interponer el recurso de inconstitucionalidad contra: 1. Los Estatutos de Autonomía y demás leyes del Estado, orgánicas o en cualquiera de sus formas; 2. Las leyes de las Comunidades autónomas; 3. Las disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades autónomas con fuerza de ley; 4. Los tratados internacionales, y 5. Los Reglamentos del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades autónomas.

En virtud del artículo 46, 1, *a)* y *b)*, de la LOTC, el DP podrá interponer el recurso de amparo constitucional cuando estime que se haya producido una violación en los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 30 (ambos inclusive) de la Constitución. Unicos derechos protegidos por este recurso, según preceptúa el artículo 53, 2, del texto constitucional y el 41, 1, de la LOTC. Esta violación, en todo caso, deberá tener su origen en: 1. Las decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o actos de las Asambleas Legislativas de las

(27) Cfr. Napione, *Op. cit.*, pp. 9 y 94-95.

Comunidades autónomas, o de sus órganos (art. 42, de la LOTC); 2. Las disposiciones o actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes (artículo 44, de la LOTC), y 3. Los actos u omisiones de un órgano judicial (art. 44, 1, de la LOTC).

¿Cómo conceptuar al DP cuando interpone estos dos recursos ante el Tribunal Constitucional? En nuestra opinión, sigue llevando a cabo una actividad de control. Ahora bien, no cabe la menor duda de que se trata de un control sensiblemente distinto al que realiza cuando supervisa la actividad de la Administración pública y la de sus agentes. En primer lugar, el canon varía. En el caso del recurso de inconstitucionalidad, de este canon se excluye ahora, como es obvio, tanto las leyes aprobadas por las Cortes en desarrollo de los derechos fundamentales, como la jurisprudencia que a este respecto emane del Tribunal Constitucional. El canon se limita al articulado de la Constitución (aunque solamente al título I, y no al resto, como se tratará de probar más adelante). En el caso del recurso de amparo, el canon se reduce a los artículos 14 a 30 de la norma fundamental.

En segundo lugar, los supuestos de hechos enjuiciados se amplían considerablemente. Ahora, en efecto (y teniendo en cuenta ambos recursos conjuntamente), ya no se trata sólo de los actos y resoluciones de las Administraciones públicas y sus agentes, sino también de la actividad, normativa y no normativa, de las propias Cortes Generales, del Gobierno de la Nación, del Poder Judicial y de las Asambleas y órganos ejecutivos de las Comunidades autónomas.

En tercer y último lugar, la medida obstructora consiste simplemente en apelar al Tribunal Constitucional.

Se trata, pues, de una actividad de control, en tanto que sus tres elementos lógicos, canon, juicio y medida, están de nuevo presentes. Pero de un control muy diferente al que antes se ha examinado, puesto que estos tres elementos varían sobremanera.

Desde luego, tampoco este control puede calificarse de jurisdiccional. Sería un grave error. Pero sí de un *control «semicontencioso»*, utilizando la terminología que LEGRAND, en un estudio ya clásico, aplica al control que realizan el *Ombudsman* finlandés y el sueco cuando interponen determinadas acciones ante la jurisdicción ordinaria (28). El DP se transforma, de este modo, en un *órgano impulsor de la jurisdicción* constitucional. E incluso también de la civil, si se tiene en cuenta que puede ejercitar la acción de responsabilidad, a la que alude el mencionado artículo 26 de la LODP. No parece posible, en cambio, que pueda poner en marcha la jurisdicción contencioso-administrativa para interponer el recurso de amparo en vía ordinaria o en la que crea la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. Al menos no está legitimado explícitamente para ello ni en esta Ley (que es anterior a la Constitución) ni en la propia LODP (29).

(28) Cfr. *Op. cit.*, pp. 282 y ss. Véase, también, NAPIONE, *Op. cit.*, p. 95.

(29) Sobre este particular, sustentando opiniones similares, véase J. ALMAGRO NOSETE: «Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo», en el libro colectivo sobre *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, vol. I,

3. El carácter bifronte del control y sus consecuencias sobre la naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo

El control que realiza el DP tiene, pues, un indudable carácter bifronte. Circunstancia que confiere a este instituto una inequívoca duplicidad. P. de Vega, subrayando esta duplicidad, ha calificado al DP de «Magistratura de opinión y de acción judicial» (30), y Pérez Calvo, por su parte, no duda en denominarle «institución mixta» (31). En ambas facetas de su actividad, sin embargo, el DP sigue siendo un órgano auxiliar de las Cortes Generales y un órgano de control, en el sentido preciso y estricto que antes se ha dado a estos dos conceptos. Por ello, el DP actúa siempre autónomamente, con poderes propios y nunca como *longa manus* del Parlamento. Esto es así, a nuestro juicio, tanto cuando supervisa la actividad administrativa, como cuando interpone los dos recursos mencionados. No procede, pues, reducir esta autonomía al ejercicio de esta segunda función, tal como hace Manzella (32) y como nosotros mismos hemos hecho en otro trabajo (33). Ello no obsta, desde luego, para convenir en que en este caso la autonomía del DP se incrementa, ya que, como se ha visto, el recurso de inconstitucionalidad podrá plantearse contra las disposiciones normativas emanadas de las Cortes, y el de amparo, contra sus decisiones o actos sin valor de ley.

La bidimensionalidad del control que el DP lleva a cabo, no afecta, pues, a los dos rasgos esenciales que, tanto desde un punto de vista orgánico como funcional, determinan su naturaleza jurídica. Ahora bien, como igualmente se ha visto, el que no les afecte no implica en modo alguno que no los matice. En realidad, el DP, aun siendo siempre un órgano auxiliar de las Cortes Generales y un órgano de control, se configura de un modo diferente cuando supervisa la actividad administrativa y cuando impulsa la jurisdicción constitucional. En el primer caso, se configura como un *órgano inquisitivo;* en el segundo, como un *órgano requirente*, similar al Ministerio Fiscal.

Esta segunda faceta ha sido, precisamente, la más criticada —y, a nuestro juicio, con razón— tanto en los debates constituyentes como en algún sector de la doctrina. Los riesgos de disfuncionalidad y conflictividad que tal faceta pudiera comportar (especialmente respecto al Ministerio Fiscal) y la desfiguración que introduce en el tradicional instituto del *Ombudsman*, han sido los principales argumentos en que estas críticas se han basado (34).

pp. 400-401, y M. Montoro Puerto: *El Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional. Ibid.*, vol. III, pp. 1904-1905.

(30) Cfr. «Los órganos del Estado en el contexto político-institucional del Proyecto de Constitución», en el libro colectivo *La Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, Bolonia, (1978) p. 11.

(31) Cfr. *Aspectos...*, *Op. cit.*, p. 94.

(32) Cfr. Andrea Manzella: «Las Cortes en el sistema constitucional español», en el libro colectivo *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, dirigido por los profesores Alberto Predieri y E. García de Enterría, Civitas, Madrid, 1980, pp. 497 y 498, nota 24.

(33) Nos referimos al citado en la nota 21.

(34) Cfr. *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, t. III, pp. 235-250, especialmente las enmiendas y las intervenciones de los señores Pedrol Rius y Ollero Gómez. Cfr. también la opinión de F. Garrido Falla: *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 594.

GIL-ROBLES señala, y no es difícil sumarse a este criterio, que la actividad primordial del DP debe ser la de supervisar la actividad administrativa y no la de apelar al Tribunal Constitucional (35). Ahora bien, no es menos claro que ambas actividades conforman por igual la naturaleza jurídica de este órgano, y éste es el aspecto que aquí interesa destacar.

III. El Defensor del Pueblo como órgano garantizador de los derechos fundamentales

El DP es también, incluso ante todo, un órgano garantizador de los derechos fundamentales. Refuerza este carácter la propia ubicación sistemática del artículo 54 de la Constitución, que se inserta en el título primero, y, más concretamente, en su capítulo IV, intitulado «De las garantías de las libertades y derechos fundamentales». Como se verá a continuación, el *telos* que se asigna a este instituto delimita —restringiéndolo— el alcance de sus dos funciones de control.

1. LA GARANTIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

En lo tocante al control de la actividad administrativa, el alcance limitador que este *telos* entraña, se pone de manifiesto en el mismo artículo 54, que señala, con claridad meridiana, que «el DP es designado por las Cortes Generales «*para* la defensa de los derechos comprendidos en este título, *a cuyo efecto* podrá supervisar la actividad de la Administración...». El DP no es, pues, un órgano fiscalizador de la Administración y *además* un órgano garantizador de los derechos fundamentales. Esta doble vertiente se contemplaba en la antigua redacción del artículo 54. Este precepto, significativamente dividido en dos apartados, decía: «1. Una ley regulará la institución del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título.

2. El Defensor del Pueblo velará igualmente por que los poderes públicos respeten los principios del Estado de Derecho, supervisará la actividad de la Administración e informará a las Cortes Generales.»

A este órgano, pues, se le asignaban dos o incluso tres funciones, nítidamente diferenciadas: defender los derechos fundamentales, velar por el respeto de los principios del Estado de Derecho (por parte de los «poderes públicos» y no sólo de la Administración) y, en fin, supervisar la actividad administrativa.

Ahora bien, en la redacción definitiva y actual el control de la Administración pública y su sometimiento, por tanto, a los principios del Estado de Derecho, se subsume en la finalidad defensora o garantizadora de los derechos fundamentales, y sólo cobra sentido dentro de esta finalidad, que es la

(35) Cfr. *Op. cit.*, pp. 253 y ss.

única que ahora al DP se encomienda. Repárese, en este sentido, que este órgano no se regula ni siquiera se menciona en el título IV, en el cual se contemplan determinados principios del Estado de Derecho, como, por ejemplo, el control jurisdiccional de la Administración (art. 106, 1).

La LODP, sin embargo, ha oscurecido la misión del DP. Ciertamente, el artículo 1.° de esta Ley reproduce los términos del artículo 54 de la Constitución. Pero el artículo 9.°, 1, en cambio, dispone que el DP «podrá iniciar y proseguir, de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, *a la luz de lo dispuesto en el artículo 103, 1, de la Constitución y el respeto debido a los derechos proclamados en su título primero*». La redacción no es muy feliz, desde luego. Aparentemente, y la conjunción copulativa «y» así parece demostrarlo, al DP este artículo le asigna dos funciones inconexas o, al menos, sin una necesaria conexión: la de supervisar la actividad administrativa a los efectos de lo dispuesto en el artículo 103, 1, de un lado, y la de supervisarla en defensa de los derechos fundamentales, de otro. Se reproduciría, de este modo, el esquema originario del artículo 54 de la Constitución, que antes hemos transcrito.

Ahora bien, a nuestro juicio, tal exégesis es claramente inconstitucional. Es preciso, por consiguiente, en aras de los principios de jerarquía normativa y de conservación de la norma, reconducir este artículo de la LODP a los diáfanos términos del artículo 54 de la Constitución, e interpretarlo de acuerdo con este precepto. De este modo, la sumisión de la Administración a los intereses generales y su actuación de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, a que se refiere el artículo 103, 1, deberá ser objeto del control del DP a los solos efectos de velar por la defensa de los derechos fundamentales. Es decir, cuando del incumplimiento de tales parámetros de la actividad administrativa —que son la base del Estado de Derecho— se deriven lesiones en alguno de los derechos subjetivos reconocidos en el título I de la Constitución. Dicho a la inversa, cuando el incumplimiento de tales parámetros no acarree violación alguna en los derechos subjetivos, la supervisión del DP no debe iniciarse o, en su caso, debe cesar.

En términos generales puede decirse que el control del DP será procedente cuando el incumplimiento del artículo 103, 1, por parte de la Administración, tenga efectos *ad extra* —«en relación con los ciudadanos», como dispone el artículo 9.°, 1, de la LODP— y no cuando tenga efectos *ad intra*. Conviene tener en cuenta, no obstante —y en ello insiste acertadamente PÉREZ CALVO (36)— que ciertos actos interadministrativos o reflejos pueden repercutir, más o menos directamente, en los derechos subjetivos de los ciudadanos o bien de los funcionarios, quienes están protegidos asimismo por el DP. Esta última circunstancia, por obvia que parezca, suele a veces pasarse por alto.

Por otro lado, es claro que el DP deberá supervisar la actividad de la Administración pública y la de sus agentes en defensa de *todos* los derechos

(36) Cfr. *Rasgos...*, *Op. cit.*, pp. 75-76.

reconocidos en el título primero, sin que quepa excluir a ninguno de ellos (37). También, pues, son objeto de su defensa los derechos que consagra el capítulo III de este título. Y es más, como afirma L. FRIJINAL, estos derechos deben merecer al DP una especial y preferente atención, ya que son los más desprotegidos por otras garantías reconocidas en el ordenamiento (38).

Ahora bien, pese a lo que se acaba de decir, la finalidad que el artículo 54 encomienda al DP restringe sustancialmente su actividad supervisora, puesto que de ella escapan aquellas prácticas administrativas conocidas con el vago concepto de *Maladministration*. Siempre y cuando, desde luego, tales prácticas no lesionen, directa o indirectamente, los derechos subjetivos, lo cual es perfectamente factible aun teniendo en cuenta la vía expansiva de estos derechos. Esta restricción, cuyos perfiles no es posible *a priori* trazar exhaustivamente, es desafortunada, como GARRIDO FALLA pone de relieve (39). Al DP debiera habérsele facultado para supervisar la actividad administrativa también, y sobre todo, a estos efectos y no sólo cuando estuviesen en juego los derechos subjetivos. Piénsese que estos derechos están garantizados en la Constitución por otros medios, mientras que la defensa de los ciudadanos frente a determinadas irregularidades o corruptelas administrativas, no siempre ilegales, resta sin garantizarse plenamente.

2. LA GARANTIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL CONTROL SEMICONTENCIOSO O DE IMPULSO JURISDICCIONAL

Pero, como se ha adelantado, la finalidad que el artículo 54 asigna al DP incide también restrictivamente respecto de su legitimación para recurrir al Tribunal Constitucional. En realidad, en lo que concierne al recurso de amparo y para el asunto que aquí se ventila, la legitimación del DP plantea pocos interrogantes. Como se ha visto, es el propio artículo 53, 2, de la Constitución quien circunscribe este recurso a la protección de los derechos reconocidos en los artículos 14 a 30 (ambos inclusive). El DP, de oficio o a instancia de cualquier persona, legitimada directamente o no, interpondrá este recurso cuando, tras la verificación de los hechos, entienda que así proceda. Desde luego, como señalan GALEOTTI y ROSSI (40), no podrá solicitar el amparo cuando la lesión de los derechos antes indicados le afecte personalmente, ya que el ordenamiento confiere al DP la defensa de intereses de terceros. Por otra parte, como vienen a decir ALMAGRO NOSETE (41) y GIL-ROBLES (42), la interposición de este recurso por el DP deberá reducirse

(37) Cfr. GIL-ROBLES, *Op. cit.*, pp. 256-257.

(38) Cfr. LUIS FRIJINAL VILLAVERDE: *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, Montecorvo, Madrid, 1981, p. 210.

(39) Cfr. *Op. cit.*, pp. 597-598.

(40) Cfr. SERIO GALEOTTI y BRUNO ROSSI: «El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución española: Medios de impugnación y legitimados para actuar», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, pp. 138 y 139.

(41) Cfr. *Op. cit.*, pp. 404-405.

(42) Cfr. *Op. cit.*, p. 256.

—aunque aquí hablamos de lo políticamente aconsejable, mas no de lo jurídicamente obligatorio— a circunstancias excepcionales. Por ejemplo, cuando el ciudadano afectado no pueda, por cualquier causa, interponerlo personalmente o cuando la lesión afecte a intereses colectivos o «difusos». Extremo este último en el que insiste H. FIX ZAMUDIO (43).

Mayor interés suscita, sin embargo, la legitimación del DP para interponer el recurso de inconstitucionalidad. *A nuestro juicio, este órgano sólo podrá interponerlo cuando entienda que las disposiciones normativas susceptibles del mismo, infrinjan los derechos subjetivos reconocidos en el título I del texto constitucional*, tanto en lo que respecta a su contenido como a la forma en que deben ser regulados. *No procederá, pues, este recurso cuando alegue infracción del derecho objetivo reconocido en el resto de la Constitución*. Esta paráfrasis restrictiva se fundamenta en el artículo 54 de la norma fundamental, el cual, como tantas veces hemos dicho, reduce el *telos* del DP a la garantía y defensa de los derechos consagrados en el título primero. En consecuencia, el artículo 161, 1, *a)*, del Código constitucional no debe interpretarse aisladamente, sino de acuerdo con el artículo 54, que es el que tipifica este instituto y el que lo configura tanto desde un punto de vista orgánico-funcional como teleológico (44).

El DP tutela los derechos subjetivos, mas no el derecho objetivo. La tutela de ambos derechos corresponde, en cambio, al Ministerio Fiscal, según preceptúa el artículo 124, 1, de la Constitución. Por este motivo, siendo criticable, como lo es a nuestro entender, la legitimación del DP para interponer el recurso que se comenta, más criticable resulta si se tiene en cuenta que de esta legitimación está excluido el Ministerio Fiscal (45). Un órgano mucho más idóneo que el DP para interponer este recurso, entre otras cosas por ser independiente de las Cortes Generales, y a quien, en todo caso, debiera habérsele legitimado también para ello, por ser tal legitimación muy acorde con las funciones que la Constitución le encomienda (46).

Ahora bien, no cabe duda que todos los derechos subjetivos que el título I contempla, son, sin excepción alguna, susceptibles de ser alegados por el DP a la hora de interponer el recurso de inconstitucionalidad. También podrá alegar, pues, los derechos subjetivos que el capítulo III recoge. Ciertamente, el artículo 53, 3, de la Constitución señala que los principios recogidos en este capítulo —algunos de los cuales son verdaderos derechos

(43) Cfr. «El derecho de amparo en México y en España. Su influencia reciproca», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, p. 259. E, *Id.*, *La protección procesal de los derechos humanos ante las Jurisdicciones nacionales*, Civitas, 1982, p. 335, nota 797.

(44) Por esta tesis parece inclinarse L. AROZAMENA SIERRA. Cfr. «El recurso de inconstitucionalidad», en el libro colectivo ya citado sobre el Tribunal Constitucional, vol. I, p. 165. Igualmente, parecen mantener esta interpretación SERIO GALEOTTI y BRUNO ROSSI. Cfr. *El Tribunal Constitucional en la nueva...*, *Op. cit.*, p. 128. En contra, LA PÉRGOLA. Cfr. *Op. cit.*, p. 85, y PÉREZ CALVO. Cfr. *Rasgos...*, *Op. cit.*, pp. 71 y 72.

(45) MONTORO entiende, sin embargo, que el Ministerio Fiscal o, más exactamente, el Fiscal general del Estado, está implícitamente legitimado para interponer este recurso. Cfr. *Op. cit.*, pp. 1917 y 1932.

(46) Opiniones similares mantienen L. FRIJINAL. Cfr. *Op. cit.*, p. 156, y J. PÉREZ Y ALGUER: Cfr. *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid, 1980, p. 109.

subjetivos y otros no— «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Pero este mismo precepto señala que habrán de informar «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Es claro, por consiguiente, que las leyes o las disposiciones normativas con fuerza de ley que violen estos derechos, tal como aparecen enunciados en la Constitución, pueden ser declaradas inconstitucionales (47). Precisión que, por obvia, resultaría innecesaria, si no fuese por la última —y engañosa— cláusula del artículo 53, 1, de la Constitución, que contiene, como F. RUBIO y M. ARAGÓN afirman, «una proposición rigurosamente vacía de contenido» (48).

Digamos, por último, que al estar legitimado el DP, tanto de oficio como a instancia de parte, para interponer el recurso de inconstitucionalidad, la Constitución abre una vía indirecta (que nos parece acertada) para que los particulares puedan reaccionar frente a las disposiciones normativas que les afecten injustamente (49), sobre todo en aquellos derechos que el artículo 53, 2, excluye tanto del amparo ordinario como del constitucional (50).

IV. Conclusión

El Defensor del Pueblo, pues, a tenor de un criterio orgánico-funcional, se configura como un órgano auxiliar de las Cortes Generales, al que se encomienda el ejercicio de un control bidimensional. A tenor de un criterio teleológico, en cambio este instituto se presenta como un órgano garantizador de los derechos fundamentales. En rigor, si fuera menester señalar cuál de estos dos criterios es el que resulta más decisivo a la hora de trazar el perfil de este órgano, nos decantaríamos por este último. La defensa y garantía de los derechos fundamentales constituye, efectivamente, la finalidad e incluso la causa, la razón de ser, del DP. Su por qué y su para qué. El control de la actividad administrativa y el impulso de la jurisdicción constitucional son sólo los medios que el ordenamiento pone a su alcance para realizar tan alta y delicada labor. Por tal motivo es lógico que, como se acaba de ver, aquella finalidad, aquel *telos*, delimite el alcance de estos dos medios, de estas dos funciones de control, y a la vez explique la peculiar autonomía orgánica y funcional que el DP goza respecto a las Cortes.

(47) Cfr., sobre este particular, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: «La Constitución como norma jurídica», en el libro colectivo citado *La Constitución Española de 1978*, pp. 117-119, y LUIS SÁNCHEZ AGESTA: *El sistema político de la Constitución Española de 1978 (Ensayo de un sistema)*, Editora Nacional, Madrid, 1980, pp. 169-171.

(48) «Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, enero-febrero de 1977, pp. 162-163.

(49) Véase, sobre este extremo, F. GARRIDO FALLA, *Op. cit.*, p. 598, y OSCAR ALZAGA: *La Constitución Española de 1978 (Comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 936.

(50) Véase L. FRIJINAL, *Op. cit.*, p. 211.

Si trasladamos estas afirmaciones al plano de la ciencia del Derecho público, puede decirse que el estudio del DP cumple hacerse tanto al analizar los órganos auxiliares del Estado, en particular los de control, como —sobre todo— al examinar lar garantías de los derechos fundamentales, en especial las instituciones de carácter no jurisdiccional.