RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Diritti fondamentali e stato costituzionale di diritto: l'esperienza del *Defensor del pueblo* in Spagna*

Angelo Schillaci

SOMMARIO: 1. Premessa: la creazione di una *National Human Rights Institution* in Italia e l'utilità di una comparazione con l'esperienza spagnola. – 2. Il *Defensor del Pueblo* come NHRI e *Human Rights Ombudsman*: origini e fisionomia dell'istituto. – 3. Difesa dei diritti e controllo sull'amministrazione: *Defensor del Pueblo* e garanzia dello stato costituzionale di diritto. – 4. Tra protezione e promozione dei diritti: il *Defensor del Pueblo* nello spazio pubblico. – 5. L'accesso alla giustizia costituzionale e i rapporti con il processo politico: funzione persuasiva e responsabilizzazione degli attori istituzionali. – 5.1 Il potere di presentare il *recurso de amparo*. – 5.2. Il potere di presentare il *recurso de inconstitucionalidad*. – 5.3 Segue: *Defensor del Pueblo*, processo politico e conflitti. Alcuni esempi. – 5.4 Tra competizione e collaborazione. – 6. Rilievi conclusivi.

1. Premessa: la creazione di una National Human Rights Institution in Italia e l'utilità di una comparazione con l'esperienza spagnola

Ormai da tempo è in corso, anche in Italia, il dibattito sulla necessità di introdurre nell'ordinamento una *National Human Rights Institution* (Istituzione nazionale per la protezione e promozione dei diritti umani, d'ora in poi NHRI). L'Italia, infatti, non ha ancora dato attuazione alle indicazioni formulate in tal senso in sede sovranazionale e internazionale. A partire dai cd. Principi di Parigi[1] e passando per le sollecitazioni provenienti dall'Alto Commissariato per i diritti umani dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, dalla Global Alliance of National Human Rights Institutions (GANHRI), dalla European Network of National Human Rights

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. Il presente scritto è il contributo dell'autore al progetto PRIN 2022 *FRAMing national human rights institutions: European and comparative interplays (FRAME)* – CUP – J53D23005290001, prot. n. 2022BXT5HR, finanziato dall'Unione Europea – Next Generation EU.

[1] Sui Principi di Parigi ("Principi relativi allo status delle istituzioni nazionali per i diritti umani", adottati dall'Assemblea generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite con la risoluzione n. 48/134 del 20 dicembre 1993) e sulla cornice internazionale delle NHRI v. S. López Escarcena, *Fostering the Rule of Law. The Paris Principles on NHRIs*, in J. Wouters – M. Nuñez Poblete – S. López Escarcena (a cura di), *National Human Rights Institutions in Europe and Latin America International and Comparative Perspectives*, Cambridge, 2024, p. 11 ss.; E. Santiemma, *Il fondamento giuridico internazionale delle Istituzioni Nazionali per la promozione e la protezione dei diritti umani*, in E. Santiemma, B. Terenzi, M. Gressi, *L'istituzione nazionale indipendente per la promozione e protezione dei diritti umani italiana: cos'è e perché serve*, Roma, Aracne, 2020, p. 251 ss. nonché Ead., *Lo sviluppo delle Istituzioni nazionali indipendenti sui diritti umani a livello internazionale*, ivi, p. 297 ss.

Institutions (ENNHRI) ma anche dal Consiglio d'Europa[2], si è infatti consolidato, a livello internazionale, sovranazionale e nazionale, un processo di diffusione e circolazione di istituzioni che, in diversa forma, perseguono l'obiettivo di rafforzare la protezione e la promozione dei diritti umani in aggiunta agli strumenti di garanzia tradizionalmente apprestati dai diversi ordinamenti.

Tali istituzioni, giustificate funzionalmente dall'idea di rafforzare e diffondere le garanzie dello stato di diritto soprattutto in relazione agli *standard* internazionali di protezione dei diritti umani[3], introducono elementi problematici nel tradizionale panorama degli strumenti di riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali. Per un verso, infatti, l'assenza – nella maggior parte dei casi – di poteri vincolanti suscita interrogativi sul livello di effettività delle garanzie apprestate; per l'altro, il carattere indipendente di queste istituzioni e l'ispirazione prevalentemente tecnica delle loro prese di posizione può rischiare di alleggerire o neutralizzare la considerazione delle condizioni sistemiche (ivi incluse quelle legate alla conflittualità politica, agli squilibri economici e alle disuguaglianze strutturali) dell'effettivo godimento dei diritti fondamentali. Allo stesso tempo, occorre considerare che queste stesse caratteristiche rivelano anche la ben diversa virtualità di promuovere – nello spazio pubblico – dinamiche di unificazione del «discorso pubblico sui diritti»[4] e, quindi, di costruzione di una più diffusa cultura dei diritti, mettendo in dialogo istituzioni e società. In questo senso, le NHRI svolgono una doppia funzione di collegamento, o ponte: tra ordinamento interno e *standard* internazionali di protezione – assicurando la *compliance* dello stato rispetto agli obblighi internazionali assunti in materia[5] – ma anche tra istituzioni e sfera pubblica allargata[6]. Inoltre, è necessario tener conto del fatto che –

---

[2] Sul rapporto tra la GANHRI e le istituzioni nazionali v. C. Sidoti, *National Human Rights Institutions and the International Human Rights System*, in R. Goodman – T. Pegram (a cura di), *Human Rights, State Compliance, and Social Change. Assessing National Human Rights Institutions*, Cambridge, 2012, p. 93 ss. Sul ruolo del Consiglio d'Europa – che, con la Raccomandazione CM/Rec(2021)1 (*Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the development and strengthening of effective, pluralist and independent national human rights institutions*, adottata dal Comitato dei ministri il 31 marzo 2021) ha preso esplicitamente posizione sulla necessità di introdurre tali istituzioni nei contesti nazionali – v. anche G. Repetto, National Human Rights Institutions *e l'urgenza italiana*, in Id. (a cura di), *Una* National Human Rights Institution *per l'Italia: problemi e prospettive*, Torino, 2025, p. 1 ss., 11 ss.

[3] Sul punto, v. ad esempio K. Meuwissen, *European National Human Rights Institutions as multi-layered actors. Characteristics, challenges and opportunities*, in J. Wouters – M. Nuñez Poblete – S. López Escarcena (a cura di), *National Human Rights Institutions*, cit., p. 28 ss.

[4] Così in particolare G. Repetto, National Human Rights Institutions…, cit., p. 11.

[5] Come scrive S. Cardenas, *National Human Rights Institutions and State Compliance*, in R. Goodman – T. Pegram (a cura di), *op. cit.*, p. 29 ss., 29 le NHRI possono infatti essere qualificate anche come «bridge between international norms and local implementation». Anche J. Mertus, *Evaluating NHRIs. Considering Structure, Mandate, and Impact*, ivi, p. 74 osserva che «*it is the job of national human rights institutions (NHRIs) to connect the local with the international, making immediate and concrete what appeared previously to be far away and abstract*».

[6] Con riferimento al ruolo della società civile, v. tra gli altri, ad esempio, B. Terenzi, *Il ruolo della società civile*, in C. Hein (a cura di), *La protezione dei diritti umani. Le istituzioni nazionali indipendenti a confronto*,

se si ha riguardo alle soluzioni istituzionali adottate a livello comparativo – la questione dell'effettivo impatto delle NHRI si lega anche alla diversità dei modelli istituzionali (*ombudsman*, Commissioni, Comitati, Istituti[7]) e alla loro legittimazione nel contesto dei singoli ordinamenti[8].

In ogni caso, ferme restando le questioni evocate, l'integrazione degli strumenti di promozione e protezione dei diritti attraverso l'introduzione di una NHRI può contribuire ad arricchire il quadro dei dispositivi di garanzia che, in senso ampio e anche al di là della sola dimensione giuridica, possono prevenire e arginare abusi: e ciò, sia contribuendo a sensibilizzare l'opinione pubblica sullo "stato di salute" dei diritti in un determinato contesto sia, più in generale, alimentando un clima di consapevolezza e, quindi, vigilanza sui rischi di eventuali violazioni.

Anche in assenza di strumenti vincolanti, come è stato osservato, l'azione delle NHRI può dunque incidere – direttamente o indirettamente – sulla responsabilizzazione degli attori istituzionali[9]. Il loro operato si collega e risente, inoltre, della tenuta delle garanzie in un determinato contesto: così, paradigmaticamente, il ruolo delle NHRI appare particolarmente delicato e rilevante in relazione all'attuale crisi della democrazia costituzionale che – soprattutto laddove si assiste a uno scivolamento verso forme di irrigidimento in senso illiberale e autoritario – è caratterizzata da una forte insofferenza proprio verso le garanzie[10]. In questo contesto, allora, le NHRI – soprattutto se si considera la loro operatività in rete – possono assumere la funzione di *watchdog* in relazione alle degenerazioni della democrazia: anche nel quadro europeo, tale esigenza è particolarmente avvertita e si lega, appunto, al rafforzamento delle garanzie dello stato di diritto[11].

Roma, Luiss UP, 2021, p. 43 ss. nonché da ultimo K. Meuwissen, *Un'istituzione nazionale per i diritti umani per l'Italia: prospettive dall'ENNHRI*, in G. Repetto (a cura di), *Una* National Human Rights Institution *per l'Italia*, cit., p. 85 ss., specie 86-88 e S. Filippi, *Tutela internazionale dei diritti umani e società civile*, ivi, p. 31 ss.

[7] Sul punto v. ancora G. Repetto, National Human Rights Institutions…, cit., specie 5 ss., nonché i contributi di A. Di Martino, C. De Santis e F. Nania in questo *Fascicolo*.

[8] Osserva S. Cardenas, *National Human Rights Institutions and State Compliance*, cit., p. 41 «*an NHRI's effectiveness cannot be understood adequately without examining the local context, or the domestic environment in which the institution operates*». Si tratta di un profilo importante, come meglio vedremo, sia per il contesto spagnolo sia, più in generale sotto il profilo dei nessi tra ruolo delle NHRI e garanzia degli assetti dello stato costituzionale.

[9] Di «*accountability mechanisms*» parla ad esempio S. Cardenas, *Chains of Justice. The Global Rise of State Institutions for Human Rights*, Philadelphia, 2014, p. 13.

[10] Considerazioni interessanti in questo senso in K. Meuwissen, *European National Human Rights Institutions as multi-layered actors*, cit., p. 34-35. Sul punto, v. già J. Jařab, *Perspectives on the need for national human rights institution in Europe and the world*, in J. Wouters – K. Meuwissen (a cura di), *National human rights institutions in Europe: comparative, European and international perspectives*, Cambridge, 2013, p. 287 ss., specie pp. 291-292.

[11] Mostrando, peraltro, significative potenzialità in tal senso: sul punto, v. ancora K. Meuwissen, *European National Human Rights Institutions as multi-layered actors*, cit., pp. 47-48 e p. 50 e G. Repetto, National Human Rights Institutions…, cit.

Come accennato, le NHRI presentano uno stretto legame – anche a livello, per così dire, genetico – con il tradizionale istituto dell'*ombudsman*: infatti, una delle prime e più frequenti soluzioni istituzionali per la creazione della NHRI è stata quella di affidare tale funzione all'*ombudsman*. Come vedremo, è questo il caso – tra gli altri – del *Defensor del Pueblo* in Spagna, oggetto del presente lavoro.

L'attribuzione all'*ombudsman* delle funzioni di NHRI contribuisce a definire una istituzione con poteri più incisivi, soprattutto sul piano della protezione dei diritti, potendo in questo ambito la NHRI fare uso dei tradizionali strumenti a disposizione dell'*ombudsman*, a partire dall'esame di doglianze individuali e in taluni casi – come in quello spagnolo, secondo quanto si dirà – avendo accesso alla giustizia costituzionale. Inoltre, rispetto alla fisionomia assunta dalle NHRI in altri contesti – quella di Commissione o Istituto indipendente – l'attribuzione delle funzioni di NHRI all'*ombudsman* consente di collocare la missione di protezione e promozione dei diritti in un ben preciso quadro di rapporti con il potere esecutivo – quello risultante dalla tradizionale funzione di controllo sull'amministrazione, ascritta all'*ombudsman* – e con lo stesso processo politico, quale risulta dallo stretto legame tra *ombudsman* e istituzione parlamentare. In una parola, in questo caso l'obiettivo di rafforzare le garanzie dello stato di diritto si colloca in modo più definito nelle dinamiche di funzionamento degli assetti istituzionali e di governo.

D'altra parte, la funzione di protezione e promozione dei diritti non è estranea all'istituto dell'*ombudsman*. La diffusione degli *ombudsmen* è infatti «*inextricably linked to the principles of democracy and the rule of law*»[12] e presenta uno stretto legame con le forme che può assumere l'esercizio della sovranità popolare[13]. Ciò è indubbiamente vero per l'istituto dell'*ombudsman* in generale ma anche, più in particolare, per quegli *ombudsmen* che appunto – a partire dalle transizioni democratiche dell'Europa meridionale negli anni Settanta – hanno sviluppato e valorizzato una funzione concorrente di protezione e promozione dei diritti fondamentali, dando vita al modello dello *human rights ombudsman*, valorizzando così il nesso – essenziale e originario, nella prospettiva del costituzionalismo – tra *rule of law* e garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali[14]. L'evoluzione dell'*ombudsman*, appena ricordata, rappresenta dunque un significativo antecedente rispetto all'introduzione – a partire dall'inizio degli anni Novanta del XX secolo – delle NHRI: i due processi si intrecciano in modo significativo e rinviano, in definitiva, alla ricerca di ulteriori strumenti di garanzia (e realizzazione) dello stato di diritto.

---

[12] Così G. Kucsko-Stadlmayer, *The Legal Structures of Ombudsman-Institutions in Europe – Legal Comparative Analysis*, in Id. (a cura di), *European Ombudsman-Institutions. A comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, Vienna, 2008, p. 1 ss. 1.

[13] Questa l'idea, convincente, che percorre il volume di E. Campelli, *L'ombudsman nel diritto comparato. Origine, esperienze, prospettive*, Milano, 2024.

[14] In particolare, secondo G. Kucsko-Stadlmayer, *The Legal Structures of Ombudsman-Institutions in Europe*, cit., p. 2, «*by combining the basic concepts of both the rule of law and human rights the figure of the ombudsman was lifted up to a new level*».

Così, da un lato, la dinamica di circolazione e recezione dell'istituto dell'*ombudsman* si è progressivamente arricchita: da una circolazione limitata alla dimensione delle esperienze nazionali si è progressivamente passati a dinamiche di più ampio respiro, che hanno incluso anche la dimensione internazionale e, in particolare, la necessità di dare vita e concretezza agli *standard* internazionali e regionali di protezione dei diritti umani. D'altro canto, ne è risultato arricchito anche il processo di sviluppo delle NHRI, che ha trovato nelle trasformazioni dell'istituto dell'*ombudsman* un significativo terreno di coltura.

Ancor più in profondità, nella misura in cui si è andato rafforzando – in virtù di questo processo – il nesso pratico tra stato di diritto e tutela dei diritti fondamentali, è emerso il legame tra *human rights ombudsman,* NHRI e garanzia degli assetti dello stato *costituzionale* di diritto sia all'interno – ad esempio, attraverso la sorveglianza sulla tenuta degli equilibri della democrazia costituzionale – sia all'esterno. In questo senso, riferire lo *human rights ombudsman* alle dinamiche dello stato costituzionale impone di considerare anche il dato della *apertura* dello stato costituzionale nel senso – almeno duplice – dell'apertura a influssi di tipo comparativo e all'esperienza giuridica internazionale e sovranazionale, ivi incluso il carattere *multilivello* dei sistemi di protezione dei diritti[15].

Nonostante i tentativi posti in essere nelle ultime due legislature[16], tuttavia, l'Italia non ha ancora ritenuto di introdurre un simile istituto, sebbene anche in ambito europeo si siano nel tempo rafforzati gli inviti in tal senso[17].

In questo quadro, l'analisi delle origini e della prassi del *Defensor del Pueblo* in Spagna offre utili elementi di riflessione, specie in una prospettiva *de jure condendo*. Infatti, l'esperienza del *Defensor del pueblo* – quale *ombudsman* dei diritti *e* NHRI – rappresenta un importante punto di osservazione per indagare le trasformazioni delle Istituzioni nazionali per la promozione e protezione dei diritti umani nelle democrazie costituzionali contemporanee. Da un lato, riflettere sulla genesi e la natura stessa del *Defensor del Pueblo* contribuisce ad illuminare il rapporto tra le Istituzioni nazionali e il tradizionale istituto dell'*ombudsman* e, dunque, a mettere in risalto le specifiche virtualità

---

[15] Sul punto, cfr. ancora K. Meuwissen, *European National Human Rights Institutions as multi-layered actors*, cit., p. 29.

[16] Questi itinerari sono ricostruiti con precisione da V. Tudisco, *La creazione di una istituzione nazionale per i diritti umani in Italia*, in G. Repetto (a cura di), *Una* National Human Rights Institution *per l'Italia*, cit., p. 47 ss.; con specifico riferimento all'eventualità che le funzioni di NHRI siano attribuite, nel nostro ordinamento, al Garante per la protezione dei dati personali v., nel medesimo volume, G. Cerrina Feroni, *I tentativi di istituire una NHRI nel contesto istituzionale italiano: quale ruolo per il Garante per la protezione dei dati personali?* (p. 19 ss.). Sul punto v. anche J. Zenti – O. Pollicino, *È arrivato finalmente il tempo della Italian Human Rights Institution?* in www.diritticomparati.it, 27 ottobre 2020.

[17] Oltre alla richiamata raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, si pensi alle indicazioni formulate dalla Fundamental Rights Agency dell'Unione europea (e, in particolare, al Report *Strong and effective national human rights institutions – challenges, promising practices and opportunities*, consultabile sul sito istituzionale dell'Agenzia) e a quelle formulate – seppur con riferimento anche agli *Ombudsman* - dalla Commissione di Venezia, su cui v. E. Campelli, *op. cit.*, p. 288 ss.

delle NHRI che seguono quel modello (a differenza delle istituzioni che, invece, assumono la diversa configurazione di Commissioni o Istituti). Dall'altro – e proprio in ragione del nesso costitutivo tra istituto dell'*ombusdman* e strumenti di garanzia dello stato di diritto – la peculiare natura e le specifiche competenze del *Defensor del Pueblo* invitano a problematizzare la questione del rilievo costituzionale delle Istituzioni nazionali, come specifici strumenti garanzia dello stato *costituzionale* di diritto, attraverso il rafforzamento degli strumenti di protezione e promozione dei diritti fondamentali.

2. Il Defensor del Pueblo *come NHRI e* Human Rights Ombudsman*: origini e fisionomia dell'istituto*

Nell'esperienza spagnola, la circostanza che il *Defensor del Pueblo* sia apparso sin da subito quale *ombudsman* orientato alla protezione dei diritti fondamentali ha condotto fisiologicamente a identificarlo quale NHRI[18]. Pertanto, l'azione del *Defensor del Pueblo* quale NHRI è strutturalmente legata alle sue funzioni quali *human rights ombudsman* nell'ordinamento interno. Per lo stesso motivo, analizzare la genesi, le funzioni e la posizione del *Defensor del Pueblo* nell'esperienza costituzionale spagnola è particolarmente interessante al fine di far luce sulle potenzialità delle NHRI che svolgono anche funzioni di *ombudsman*.

D'altra parte, come meglio si vedrà, l'operato del *Defensor del Pueblo* – oltre a dipendere, come ovvio, dalla specifica fisionomia data all'istituto sia dalla Costituzione che dalla legge organica n. 3 del 6 aprile 1981 (d'ora in avanti LODP) – risente di alcuni caratteri tipici dell'ordinamento costituzionale spagnolo: si pensi, per ora solo a modo di esempio, alla possibilità di presentare ricorso di legittimità costituzionale delle leggi e ricorso di *amparo* dinanzi al Tribunale costituzionale, ai complessi itinerari della protezione dei diritti sociali o ancora alla posizione del *Defensor* in relazione alle dinamiche dello Stato *autonómico*[19] e, infine, al rilievo specifico del canone di cui

[18] E anche, successivamente, come Meccanismo nazionale di prevenzione della tortura, ai sensi del Protocollo opzionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, fatta a New York il 18 dicembre 2002.

[19] Sul punto non mi sarà possibile diffondermi. Basti ricordare, in questa sede, che – specie nei primi anni di attività del *Defensor* – il maggior profilo critico fu rappresentato dalla compresenza di organi analoghi in numerose Comunità autonome, anche alla luce del fatto che l'articolo 12 della LODP affida al *Defensor* anche la competenza a controllare l'attività delle Comunità autonome, ponendo in capo agli organi territoriali corrispondenti un generale obbligo di coordinamento e collaborazione. Anche l'approvazione della legge n. 36 del 12 novembre 1985 – che aveva l'obiettivo di dare attuazione proprio a tali obblighi – non determinò un esaurimento della conflittualità che, anzi, in alcuni casi giunse sino al Tribunale costituzionale (STC 142/1988, 157/1988 y 31/2010). Ancora, con la STC 46/2015, il *Tribunal constitucional* si pronunciò – su ricorso del *Defensor del Pueblo* – sulla legittimità costituzionale della legge catalana sul *Sindic de Greuges* che, in attuazione dello Statuto catalano del 2006 (peraltro anch'esso impugnato dal *Defensor*). Già con la sentenza n. 31/2010 (relativa proprio allo Statuto catalano) e con la sentenza n. 132/2010 il *Tribunal* aveva ritenuto che l'attribuzione al *Sindic* della competenza ad assicurare

all'articolo 10, comma 2, della Costituzione che apre l'interpretazione del catalogo costituzionale dei diritti al livello internazionale e sovranazionale di tutela[20]. Su questo ultimo aspetto – di particolare rilievo, considerata la funzione di garanzia e attuazione degli *standard* internazionali di protezione dei diritti, tipica delle NHRI – occorre infatti considerare che lo *standard* internazionale di protezione è già integrato nello *standard* costituzionale spagnolo in virtù di tale clausola e che – almeno potenzialmente – il *Defensor del Pueblo* può dunque integrare il parametro della propria valutazione estendendo la portata del catalogo dei diritti fondamentali includendovi «*el principio de dignidad de la persona y el Derecho internacional*»[21] così contribuendo all'apertura/integrazione del catalogo dei diritti fondamentali[22]. D'altra parte, nell'osservazione della prassi del *Defensor del Pueblo* si sono registrati, sul punto, ampi margini di miglioramento sebbene non manchino ambiti, quale quello della tutela dei diritti delle persone con disabilità, in cui l'integrazione internazionalistica del parametro da parte del *Defensor* appare più intensa[23].

Più in profondità, la specifica fisionomia assunta – in Spagna – dal *Defensor del Pueblo* si lega strettamente al contesto della transizione alla democrazia. In tale quadro si spiegano sia la scelta di introdurre l'istituto con una previsione di rango costituzionale (art. 54 CE) sia la scelta di caratterizzarne più decisamente l'operato – rispetto agli *ombudsman* tradizionali – con riferimento alla protezione dei diritti fondamentali, così come la previsione di competenze alquanto incisive come la possibilità di presentare ricorso di legittimità costituzionale delle leggi dinanzi al Tribunale costituzionale e ricorso di *amparo* (art. 162 CE). Come nel caso portoghese, dunque, anche la recezione spagnola dell'istituto dell'*ombudsman* come *human rights*

«in via esclusiva» la difesa dei diritti a livello autonomico violasse le competenze del *Defensor del Pueblo* e, quindi, la Costituzione: nella STC 46/2015 il quadro è completato dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni della legge catalana che attribuivano al *Sindic* la qualifica di autorità catalana per la prevenzione della tortura. Sulla questione dei rapporti tra *Defensor del pueblo* e corrispondenti organi delle comunità autonome v. F. L. De Andrés Alonso, *Los defensores del pueblo en España*, Madrid, 2017, specie p. 321 ss., A. Anguita Susi (a cura di), *Derechos estatuarios y defensores del pueblo: teoría y práctica en España e Italia*, Barcellona, 2014, L. Díez Bueso, *Los defensores del pueblo (ombudsmen) de las comunidades autónomas*, Madrid, 1999 e M. Salvador Martínez, *Defensor del Pueblo*, in B. Pendás (a cura di), *Enciclopedia de las ciencias morales y políticas para el siglo XXI. Ciencias políticas y jurídicas*, Madrid, 2020, p. 682 ss.

[20] Sul punto si rinvia – tra gli altri – ad A. Schillaci, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli, 2012, p. 375 ss. e ad A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución española*, Madrid, 1999.

[21] Così G. Escobar Roca, *Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo (Análisis empírico, reconstrucción dogmática y propuesta del futuro)*, in *Teoría y realidad constitucional*, n. 26/2010, p. 229 ss., 237.

[22] E individuando «*nuevas y ampliadas determinaciones del contenido de derechos ya previstos en el catálogo*», ivi, 251.

[23] V. sul punto A. Celi Maldonado, *La interpretación de los derechos sociales por el Defensor del Pueblo*, Valencia, 2018, p. 507.

ombudsman si deve leggere alla luce del contesto storico-politico, come parte di un più ampio processo di transizione verso una democrazia costituzionale che ne ha non solo determinato, ma anche orientato l'apparire[24].

Due, in particolare, i profili che testimoniano tale stretta connessione. Anzitutto, il fatto stesso della scelta di irrobustire gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali – di completarne l'assetto, come osservò La Pergola in una delle prime analisi dell'istituto[25] – si lega all'intenzione di rafforzare, per questo tramite, la legittimazione della giovane democrazia spagnola: dunque, anche il *Defensor del Pueblo* rappresenta – come, secondo alcune letture, l'*Ombudsman* stesso – una «*purely democratic institution*»[26].

In secondo luogo, è il contesto della transizione a spiegare lo stretto legame intercorrente tra *Defensor del Pueblo* e garanzia della Costituzione, mediato proprio dalla centralità della funzione di protezione dei diritti fondamentali. In altri termini, attraverso il rafforzamento della garanzia dei diritti – assicurata dall'introduzione di un istituto a ciò deputato, indipendente dal potere politico – si perseguì anche l'obiettivo di garantire il principio di legittimità costituzionale e, con esso, la legittimazione della Costituzione democratica. Un intento coerente, peraltro, con la forte insistenza – assai presente nella dottrina spagnola – sulla *normatività* della Costituzione e sul legame di essa, per un verso, con il principio del *consenso* come forza legittimante la transizione e, per l'altro, con la stessa qualità della vita democratica[27].

Fin dalla sua origine, dunque, il *Defensor del Pueblo* si differenzia dal tradizionale modello di *ombudsman* per ampiezza di compiti – protezione dei diritti e non solo garanzia della legalità e del buon andamento nell'amministrazione – e per una più netta funzionalizzazione alla garanzia dello stato *costituzionale* di diritto (più che allo stato di diritto in senso stretto). Ancora, attraverso il rafforzamento del sistema di garanzie dei diritti *e della Costituzione*, al *Defensor del Pueblo* si affida, in prospettiva, il compito di

---

[24] Come osserva ad esempio S. Cardenas, *Chains of Justice*, cit., p. 82, in Spagna come in Portogallo «*the creation of the ombudsman was part of a broader democratic transition and new constitutions*» e ancora, come sottolineato da C. Alza Barco, *The transposition of the ombudsman model to the human rights model domain: its role as a policy entrepreneur*, in M. Hertog – R. Kirkham, *The Ombudsman*, Cheltenham, 2018, p. 188 ss., la creazione del *Defensor del Pueblo* si pone quale momento di ricostruzione delle istituzioni democratiche dopo un periodo caratterizzato da pesanti violazioni dei diritti umani (p. 188). Pertanto, prosegue l'A.: «*Unlike Sweden, where the Ombudsman was the result of a sustained democratic life; in Spain and Portugal, and later in several Latin American countries, this institution was deployed to fill institutional gaps and strengthen democratic institutions, using administrative law to control the public administration, and constitutional law to defend human rights*». Sul punto cfr. anche L. C. Reif, *The Shifting Boundaries of NHRI Definition in the International System*, in R. Goodman – T. Pegram (a cura di), *op. cit.*, p. 52 ss. 67.

[25] Il riferimento è a A. La Pergola, *Ombudsman y defensor del pueblo: Apuntes para una investigación comparada*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 7/1979, p. 69 ss., 70.

[26] Così C. Alza Barco, *The transposition of the ombudsman model*, cit., p. 194. Per una riflessione ulteriore sul rapporto tra *Ombudsman*, principio democratico e sovranità popolare v. E. Campelli, *op. cit.*, specie p. 1 ss.

[27] Sul punto si v., di recente, A. Schillaci, *Forza normativa della Costituzione,* consenso *e democrazia nella riflessione di Francisco Balaguer Callejón sulle fonti del diritto*, in A. D'Atena (a cura di), *Las* Fuentes del Derecho, *treinta años después*, Madrid, 2022.

contribuire al rafforzamento della democrazia e alla legittimazione della Costituzione nata dalla transizione.

Di ciò è traccia nella stessa formulazione dell'articolo 54 della Costituzione, a mente del quale il *Defensor del Pueblo* – istituito con legge organica – è l'alto commissario delle *Cortes generales* per la difesa dei diritti contenuti nel Titolo I della Costituzione; a tal fine, potrà controllare l'operato dell'amministrazione, riferendo su di esso alle *Cortes*.

Da un lato, la disposizione richiamata è molto chiara nel fissare – coerentemente con il tradizionale modello dell'*ombudsman* – un legame molto stretto tra il *Defensor del Pueblo* e l'organo parlamentare, individuando con altrettanta chiarezza la sua funzione di controllo nei confronti dell'amministrazione (e, dunque, del potere esecutivo). D'altra parte – e innovativamente – la tradizionale funzione di controllo è orientata non al generico esame di casi di cattiva amministrazione (*maladministration*) bensì alla difesa dei diritti riconosciuti dalla Costituzione. Su questo ultimo aspetto tornerò più diffusamente nel prossimo paragrafo.

A questo punto, è invece utile completare la panoramica dell'istituto precisando che il *Defensor del Pueblo* è un organo monocratico eletto dalle *Cortes generales* a maggioranza dei tre quinti (art. 2, comma 4 e art. 5 LODP), pur essendo affiancato da due *Defensores* aggiunti, proposti dal *Defensor* alla Commissione mista *Congreso-Senado*, di cui all'articolo 2 della LODP[28] e nominati previo parere favorevole di quest'ultima[29].

Il nesso tra *Defensor* e *Cortes* è dunque molto intenso sia sul piano organizzativo che sul piano funzionale. Sul piano organizzativo, oltre ad essere eletto dalle *Cortes*, l'ufficio del *Defensor del Pueblo* è inquadrato nell'amministrazione parlamentare, sul cui bilancio grava (rendendo conto al Parlamento dell'utilizzo delle risorse assegnate: art. 33.3 LODP). Sul piano funzionale, il *Defensor* trasmette alle *Cortes*, con cadenza annuale, una relazione (*Informe*) nella quale – oltre a dar conto del proprio operato – può formulare osservazioni sul livello di effettività e di protezione di determinati diritti, indicando anche possibili linee di azione; all'*Informe* annuale ordinario possono affiancarsi relazioni straordinarie, ove le circostanze lo richiedano (art. 32 LODP).

L'intensità della relazione con le *Cortes* è temperata anzitutto dalla previsione di una maggioranza qualificata per l'elezione e la rimozione del *Defensor* (art. 5 LODP), la quale assicura una certa indipendenza dell'organo rispetto al processo politico[30]. In secondo luogo, l'articolo 6.1 LODP è molto chiaro nel ribadire che il *Defensor* agisce

---

[28] Si tratta dell'organo bicamerale incaricato di tenere le relazioni con il *Defensor del Pueblo*, riferendo sulle medesime al Parlamento quando necessario. Il funzionamento della Commissione è disciplinato dalla Risoluzione congiunta degli Uffici di presidenza (*Mesas*) del *Congreso de los Diputados* e del *Senado* del 21 aprile 1992 (https://www.congreso.es/es/cem/rescys21041992).

[29] Per la disciplina della procedura cfr. l'art. 13 del Regolamento di organizzazione e funzionamento del *Defensor del Pueblo*, approvato con *Acuerdo* degli uffici di Presidenza (*Mesas*) del *Congreso* e del *Senado* il 6 aprile 1983 (https://www.congreso.es/es/cem/ac06041983).

[30] Come dimostra ad esempio anche il profilo della durata dell'organo, che è fissa e dunque non dipende dalle vicende dell'organo parlamentare (sul punto, v. G. Kucsko Stadlmayer, *The Legal Structures of Ombudsman-Institutions in Europe*, cit., pp. 14-15).

senza mandati espliciti, così da configurare – come è stato osservato – una «*independencia de criterio prácticamente ilimitada en el marco de sus facultades*»[31]; infine, l'articolo 11, comma 1 della LODP chiarisce che l'attività del *Defensor* non si interrompe quando le *Cortes* non sono in sessione o sono sciolte. In linea con quanto accade per gli *ombudsmen*[32], quindi, anche per il *Defensor del Pueblo* la necessità di una stretta relazione con il Parlamento non opera a discapito dell'altrettanto necessaria indipendenza dell'organo (non solo dall'esecutivo ma anche) dal legislativo.

Piuttosto, la posizione costituzionale dell'organo mostra che esso si pone in una relazione complessa con il processo politico. Lo si vedrà in particolare con riferimento alla possibilità di adire il *Tribunal Constitucional* con il ricorso diretto di legittimità costituzionale, ma sin d'ora è necessario sottolineare che il *Defensor* svolge importanti funzioni di impulso e informazione nei confronti del legislativo, e di controllo nei confronti dell'esecutivo. Per questo, all'indomani dell'approvazione della Costituzione, La Pergola osservò – seppur interrogandosi criticamente sulle possibili direttrici di sviluppo della disciplina di attuazione dell'articolo 54 CE – che il *Defensor* configurava quasi una sorta di «*interpoder*»[33] e che si sarebbe dovuto evitare, per questo, di attribuire ad esso poteri decisori, valorizzandone piuttosto – coerentemente con la tradizione dell'*ombudsman* – la funzione *persuasiva*[34].

Su questa linea, la dottrina successiva ha dunque ricostruito i rapporti tra il *Defensor del Pueblo* e gli altri poteri e organi costituzionali in termini di persuasione[35] e mediazione, evidenziando l'assenza di poteri risolutivi[36] o coattivi[37]. Lungi dal limitare la rilevanza del ruolo del *Defensor del Pueblo*, tali ricostruzioni aiutano piuttosto ad inquadrare la complessità della relazione tra il *Defensor* e il processo politico: concetti come persuasione e mediazione, infatti, valgono sia a evidenziare il collegamento tra diverse istanze istituzionali, che il *Defensor* può favorire, sia l'attitudine alla responsabilizzazione degli attori istituzionali sensibilizzandoli rispetto all'istanza di garanzia dei diritti sia, infine, il ruolo del *Defensor* nel favorire la costruzione di una cultura diffusa dei diritti, così rafforzando le basi stesse della convivenza democratica.

---

[31] Così F. Fernández Segado, *El estatuto jurídico-constitucional del Defensor del Pueblo en España*, in *Anuario de derechos humanos*, n. 2/2001, p. 223 ss., 233.

[32] Lo osserva G. Kucsko Stadlmayer, *The Legal Structures of Ombudsman-Institutions in Europe*, cit., pp. 10-11.

[33] Cfr. A. La Pergola, *Ombudsman y defensor del pueblo*, cit., p. 91.

[34] Ivi, p. 79.

[35] Tra coloro che qualificano il *Defensor del Pueblo* in termini di magistratura «di persuasione», cfr. – oltre a C. Alza Barco, *The transposition of the ombudsman model*, cit., p. 99 – anche J. L. Pérez Francesch, *El Defensor del Pueblo en España: balance de veinticinco años de experiencia constitucional*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 128/2005, p. 59 ss., 60.

[36] Oscar Alzaga Villaamil parla, in particolare, di «*magistratura de opinión*», non «*resolutiva*» (*Derecho político español según la Constitución de 1978*, con I. Álvarez Rodríguez, Madrid, 2021, vol. II, p. 263).

[37] Di un «*poder mediador, no coactivo*», parla L. Rebollo Delgado, *La institución del Ombudsman en España*, Madrid, 2013, p. 122 ss.

Ciò ha condotto a qualificare il *Defensor* quale organo di rilievo costituzionale, ausiliario delle *Cortes* stesse[38] e con funzioni di controllo[39]; con la significativa precisazione, tuttavia, che la qualifica di ausiliario va conciliata con l'autonomia del *Defensor* rispetto alle dinamiche politiche (maggioritario/minoritarie)[40] sicché si è correttamente osservato che l'organo esercita una «*función estatal sostenida por el Parlamento, pero no instrumentalizada por el mismo*» come dimostra, in definitiva, l'esplicita esclusione di qualunque direttiva vincolante da parte delle *Cortes*[41].

Quel che è certo, invece, è che la nozione di organo di rilievo costituzionale sembra valorizzare maggiormente le virtualità del *Defensor del Pueblo* nel contribuire all'articolazione delle dinamiche integrative dello Stato *costituzionale* di diritto.

Le difficoltà definitorie riscontrate in dottrina risentono tuttavia – a ben vedere – dal peso specifico del rapporto con la figura tradizionale dell'*ombudsman* laddove invece occorre valorizzare l'impatto decisivo che svolge – sulla fisionomia del *Defensor del Pueblo* – la centralità della funzione di garanzia dei diritti fondamentali. Fermo restando, quindi, il rilievo costituzionale[42], il *Defensor del Pueblo* integra una ulteriore *garanzia* dei diritti fondamentali, rispetto alle garanzie giuridico-costituzionali ordinarie. Essa, in particolare, non è rivolta soltanto al *controllo* rispetto alla sussistenza di eventuali violazioni dei diritti ma anche, come si vedrà, alla più generale responsabilizzazione degli attori istituzionali[43].

3. Difesa dei diritti e controllo sull'amministrazione: Defensor del Pueblo *e garanzia dello stato* costituzionale *di diritto*

Nodo centrale nell'analisi della posizione del *Defensor del Pueblo* nel sistema è la chiara funzionalizzazione della sua azione – da parte della stessa Costituzione – alla difesa dei diritti fondamentali riconosciuti nel Titolo I della Carta. Il *Defensor* è configurato cioè come *Ombudsman* dei diritti e non semplicemente come garante di una generica legalità dell'azione amministrativa rispetto a casi di *maladministration*. Ciò lo allontana, almeno in parte, dall'originaria ragion d'essere dell'*Ombudsman* che – come osservato ad esempio da La Pergola – risiede «*en el hecho de completar y corroborar el sistema*

---

[38] Nel senso che *Defensor* e *Cortes* si trovino, in particolare, in una relazione fiduciaria non paritaria, J. Varela Suanzes Carpegna, *La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo*, in *Revista española de Derecho constitucional*, fasc. 8/1983, p. 63 ss., 67.

[39] Sulla rilevanza della funzione di controllo si sofferma, ad esempio, P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El Ombudsman en España y en el derecho comparado*, Madrid, 2003, p. 139 ss., specie 142-143 e 164.

[40] Per una ricostruzione della discussione sul punto, v. L. Rebollo Delgado, *op. cit.*, p. 62 ss.

[41] Sul punto, P. Carballo Armas, *op. cit.*, pp. 143-144.

[42] Sottolineato tra gli altri da F. Fernández Segado, *El estatuto jurídico-constitucional,* cit., p. 232.

[43] Sulla configurazione del *Defensor* quale organo di garanzia «organica» v. F. L. De Andrés Alonso, *op. cit.*, p. 75 ss.

de Estado de Derecho»[44]; e ha suscitato un vivace dibattito in dottrina, in particolare per quel che concerne l'autonomia della funzione di controllo sull'amministrazione, rispetto alla funzione di difesa dei diritti.

Da un lato, come si evince dalla lettera dell'articolo 54 CE, il canone stesso di controllo sull'attività amministrativa si lega *ab origine*, nel caso del *Defensor*, al rispetto del Titolo I della Costituzione[45]. D'altro canto, l'articolo 9, comma 1 della LODP sembra distinguere i due ambiti di funzione, laddove – a proposito dell'attività di indagine attribuita al *Defensor* – precisa che la stessa deve essere condotta alla luce del disposto dell'articolo 103, comma 1, della Costituzione (il quale prevede che l'amministrazione pubblica «*sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*»), e del rispetto dovuto ai diritti proclamati nel Titolo I.

Parte della dottrina ha valorizzato tale ultima disposizione, al fine di evidenziare che la funzione di controllo (*fiscalización*) sull'amministrazione si configura quale funzione autonoma e specifica, conferita al Defensor del Pueblo dalla legge organica in aggiunta a quella, conferitagli dalla Costituzione, di difesa dei diritti[46]. Ciò sarebbe confermato, secondo altra dottrina, dal fatto che il *Defensor* si è progressivamente andato occupando di *maladministration* anche al di là dei confini della tutela dei diritti[47].

Anche in questo caso, si tratta di una discussione molto focalizzata sul raffronto tra *Defensor del Pueblo* e *ombudsman*, piuttosto che sulla valorizzazione dei tratti specifici dell'istituto e del suo carattere innovativo, proprio perché incentrato sulla difesa dei diritti fondamentali: una innovazione che deve essere letta alla luce del quadro costituzionale di riferimento e della trasformazione che questo determina anche sul tradizionale controllo di legalità dell'amministrazione.

Che l'intenzione del Costituente, ad esempio, sia stata quella di trasformare la classica funzione dell'*ombudsman* – controllo sull'amministrazione – in qualche cosa di diverso, ulteriore e coerente con il mutato scenario dello stato *costituzionale* di diritto[48] risulta con particolare evidenza dall'andamento dei lavori delle *Cortes Constituyentes*: infatti, se in una prima redazione dell'articolo 54 i due ambiti funzionali erano distinti,

---

[44] A. La Pergola, *Ombudsman y defensor del pueblo*, cit., p. 76.

[45] Per quest'intuizione, tra i primi J. Varela Suanzes Carpegna, *La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo*, cit.

[46] V. ad esempio P. Carballo Armas, *op. cit.*, pp. 148-149.

[47] Così ad esempio A. Jiménez Rodríguez, *Algunas consideraciones sobre el Defensor del Pueblo*, in E. Pajares Montolío - M. Salvador Crespo – L. Herrera Díaz-Aguado, (a cura di), *Una nueva gobernanza para el siglo XXI*, Madrid, 2024, p. 115 ss., 117.

[48] Tra i primi commentatori, A. Pérez Calvo, *Rasgos esenciales del Defensor del Pueblo según la Constitución y la ley orgánica 3/1981 de 6 de abril*, in *Revista de Derecho Político*, n. 11/1981, p. 67 ss., esplicitamente riconosce che il *Defensor del Pueblo* si discosta dal profilo tradizionale dell'*Ombudsman*, proprio a causa della centralità della funzione di tutela dei diritti, che informa (e addirittura ingloba) le rimanenti tradizionali funzioni.

successivamente essi sono confluiti nella formulazione attuale che, piuttosto, funzionalizza il controllo sull'amministrazione alla difesa dei diritti[49].

Certo, è indubbio che la garanzia della legalità e del buon andamento dell'azione amministrativa sia sempre – in qualche misura – legata all'effettività dei diritti di cittadinanza anche in relazione alle istanze partecipative[50]; allo stesso tempo, però, non può revocarsi in dubbio che tratto distintivo del *Defensor del pueblo* spagnolo sia quello di declinare il rapporto tra *ombudsman* e azione amministrativa nel prisma della tutela dei diritti fondamentali[51].

Peraltro, proprio l'osservazione del dato comparativo mostra che in molti casi il controllo di legalità e buon andamento tradizionalmente attribuito all'*ombudsman* già include lo *standard* di rispetto dei diritti fondamentali[52].

Nel caso spagnolo, ciò è confermato dalla stessa lettera dell'articolo 9.1 LODP che, come si è visto, ribadisce il rilievo parametrico, anche in sede di indagini e controlli sull'amministrazione, del «*respeto debido*» ai diritti del Titolo I della Costituzione. E ciò si evince, in modo ancor più significativo ed esplicitamente, dalla stessa formulazione dell'articolo 54 della Costituzione: ivi, la garanzia dei diritti assume rilievo centrale e assorbente, dal momento che ad essa appare funzionalizzato – senza certo sminuirne l'importanza – il controllo sull'amministrazione, come risulta con evidenza, dall'uso della locuzione «a cuyo efecto» (il *Defensor* è istituito «*para la defensa de los derechos […]* a cuyo efecto *podrá supervisar la actividad de la Administración*»)[53].

Pertanto, l'articolo 9.1 LODP non può essere interpretato se non in armonia con l'articolo 54 CE: ciò non vuol dire, lo si ripete, che la funzione di controllo sull'amministrazione non abbia un rilievo autonomo (e assai imponente, come dimostra la prassi) nell'attività del *Defensor*, ma che la stessa deve essere inquadrata – finalisticamente – nella cornice della tutela dei diritti fondamentali. E, in fondo, ciò è coerente con l'articolo 103.1 CE e, più in generale, con la necessità di inserire le forme tradizionali dello stato amministrativo – compresi i controlli di legalità e buon andamento – nei più ampi contorni dello stato costituzionale o, se si vuole, di far respirare la Costituzione (a partire dai diritti) anche nelle pieghe dell'attività amministrativa.

---

[49] Per una ricostruzione v. F. Fernández Segado, *El estatuto jurídico-constitucional,* cit., p. 227 ss., F. L. De Andrés Alonso, *op. cit.*, p. 63 ss. e M. Díaz Crego, *Defensor del Pueblo y justicia constitucional: entre la declaración de intenciones y el exceso competencial*, in *Teoría y realidad constitucional*, n. 26/2010, p. 307 ss., 317 ss.

[50] Sul punto v. ancora E. Campelli, *op. cit.*

[51] Così, esplicitamente, J. Varela Suanzes Carpegna, *La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo*, cit., p. 75 ss.

[52] Sul punto, v. G. Kucsko Stadlmayer, *The Legal Structures of Ombudsman-Institutions in Europe*, cit., p. 36 ss.

[53] Sicché, come osserva F. Fernández Segado, *El estatuto jurídico-constitucional,* cit., p. 253 ss., 254, si afferma una «*visión funcional monista de acuerdo con la cual, la única función que el Defensor está llamado a cumplir es la defensa de los derechos, siendo su actividad supervisora de la Administración un instrumento al servicio de su función primigenia*». In termini analoghi J. Varela Suanzes Carpegna, *La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo*, cit., p. 79 e L. Rebollo Delgado, *op. cit.*, p. 99.

Di ciò si avvide peraltro La Pergola che – assai significativamente – sottolineò il legame tra la trasformazione dell'*Ombudsman* realizzata in Spagna e il passaggio da una concezione tradizionale di stato di diritto – inteso formalmente come mera subordinazione dell'atto amministrativo alla legge – ad una concezione più ampia, che include le istanze politiche di libertà e giustizia «*que encuentran satisfacción adecuada en una fase más moderna y progresista de la experiencia liberal, en la que […] el Estado de Derecho se transforma claramente en el Welfare State, dirigido a garantizar, además del imperio del derecho, la igualdad social de los particulares*»[54].

4. Tra protezione e promozione dei diritti: il Defensor del Pueblo *nello spazio pubblico*

La centralità della funzione di difesa dei diritti nella configurazione del *Defensor* appare dunque particolarmente rilevante non solo sul piano dei rapporti tra la sua natura di *human rights ombudsman* e il suo ruolo di NHRI ma anche – assai significativamente – sul piano della definizione della posizione costituzionale dell'organo e, soprattutto, dell'impatto del suo operare sulle dinamiche di integrazione tipiche di uno stato *costituzionale* di diritto.

In questa prospettiva, va anzitutto sottolineato che il *Defensor* – come risulta dalla LODP – è dotato di un significativo potere di impulso dinanzi al *Tribunal Constitucional*, che condivide – tra gli stati dell'Europa occidentale (analoga facoltà è presente in Europa orientale) – con il *Proveedor de Justiça* portoghese e con il *Volksanwaltschaft* austriaco (che però può impugnare solo atti di rango regolamentare); e che interagisce con tutti gli altri poteri dello stato e con le Comunità autonome, e non solo con l'amministrazione intesa in senso stretto.

Altrettanto rilevante è il *modo* di questa interazione, che unisce strumenti intrinsecamente protettivi o difensivi e strumenti promozionali. Si tratta di un profilo importante, tipico della trasmigrazione dal modello di *ombudsman* tradizionale al modello di *human rights ombusdman*, ma anche profondamente coerente con la bipartizione di compiti tipica delle NHRI, le quali sono chiamate a combinare un approccio reattivo e un approccio proattivo[55].

Va premesso, in primo luogo, che ai sensi dell'articolo 9, comma 1, della LODP al *Defensor del Pueblo* è attribuito un generale potere di avviare indagini *d'ufficio*, che si estende anche alla supervisione dell'attività amministrativa delle Comunità autonome (art. 12, comma 1, LODP); così come, sempre d'ufficio, può esercitare l'azione di responsabilità nei confronti di ogni autorità, funzionario o agente civile dell'amministrazione centrale e locale (art. 26 LODP). Va altresì precisato, sempre in via preliminare, che la competenza del *Defensor del Pueblo* nei confronti

[54] Così A. La Pergola, *Ombudsman y defensor del pueblo*, cit., p. 76.

[55] Come osserva K. Meuwissen, *European National Human Rights Institutions as multi-layered actors*, cit., p. 33.

dell'amministrazione della giustizia e dell'amministrazione militare subisce temperamenti, come si evince dagli articoli 13 e 14 della LODP. Nel primo caso, l'articolo 12 prevede che il *Defensor*, qualora riceva reclami (*quejas*) riferiti all'amministrazione della giustizia, debba trasferirli al Pubblico Ministero (*Ministerio Fiscal*) affinché questo adotti le misure opportune, ivi compreso – se del caso – l'invio del fascicolo all'organo di autogoverno (*Consejo general del Poder Judicial*); resta fermo che il *Defensor* potrà far riferimento alle questioni sollevate in tali reclami nella relazione annuale alle *Cortes*. Nel secondo caso, l'articolo 14 della LODP si limita a prevedere in capo al *Defensor* un generale dovere di vigilanza sul rispetto dei diritti nell'ambito dell'amministrazione militare, senza che ciò possa comportare però una «interferenza» sul «comando» della difesa nazionale.

Accanto al potere di ufficio, lo strumento ordinario attraverso cui casi di cattiva amministrazione o di violazione di diritti giungono all'attenzione del *Defensor del Pueblo* è il reclamo (*queja*), che qualunque soggetto interessato può inviare senza sostenere alcun costo (art. 15 LODP); in caso di reclami provenienti da persone detenute, la corrispondenza con il Defensor non potrà essere oggetto di censura ed eventuali conversazioni tra il *Defensor* (o persone da questo delegate) e la persona detenuta non potranno essere oggetto di intercettazione (art. 16 LODP).

Potere di svolgere indagini di ufficio ed esame dei reclami sono dunque – assieme ai ricorsi al Tribunale costituzionale, su cui si tornerà – i principali strumenti di *protezione* dei diritti messi a disposizione del *Defensor*. La funzione promozionale emerge invece con chiarezza dalla tipologia di risoluzioni che il *Defensor* può adottare al termine del procedimento di esame dei reclami (artt. 28 e 30 LODP), così come dal potere/dovere di redigere e inviare alle Cortes relazioni annuali ordinarie (*Informes*) e straordinarie (art. 32, comma 2, LODP) sulla propria attività.

Tali tipologie di atti – che, come evidente, non hanno effetti vincolanti (lo rende esplicito l'articolo 28, comma 1, LODP) – possono però avere un significativo impatto sistemico, sia in termini di controllo diffuso sulla tenuta del sistema di tutela dei diritti sia, più in generale, in termini di diffusione e promozione della cultura dei diritti.

Nel dettaglio, le risoluzioni conclusive dei procedimenti di reclamo possono assumere la forma di avvertenze, raccomandazioni, moniti relativi agli obblighi gravanti per legge sull'amministrazione (*recordatorios de deberes legales*) e suggerimenti per l'adozione di misure idonee a superare la violazione (*sugerencias*). Questi ultimi possono riguardare i criteri utilizzati per l'adozione dei provvedimenti (art. 28, comma 1 LODP) ma anche – qualora dalle indagini emerga che la violazione del diritto dipende dall'applicazione di una disposizione normativa – la stessa opportunità di addivenire a modifiche della disposizione medesima, sia essa una disposizione amministrativa, ovvero di rango regolamentare o legislativo (art. 28, comma 2, LODP). In altri termini, il *Defensor del Pueblo* può suggerire al soggetto controllato l'opportunità di una modifica normativa (di solito regolamentare, ma non solo) volta al superamento della rilevata violazione del diritto fondamentale evocato. Attraverso tale modo di operare si assicura

– come è stato osservato in dottrina – una forma di garanzia oggettiva, collettiva o sistemica dei diritti, che trascende il singolo caso (al quale, invece, la tutela giurisdizionale resta tendenzialmente aderente)[56].

I destinatari delle risoluzioni del *Defensor* devono fornire risposta scritta entro trenta giorni (art. 30, comma 1, LODP); in caso di mancata risposta o di mancata adozione – non motivata – delle misure raccomandate, il *Defensor* potrà rivolgersi al livello superiore dell'amministrazione (fino al Ministro competente) e, in caso di ulteriore inerzia, farà menzione dell'accaduto nella relazione annuale (art. 30, comma 2, LODP). Come si vede, anche in questo caso, l'assetto delle competenze del *Defensor* rinvia a dinamiche di responsabilizzazione degli attori istituzionali basate non sull'esercizio di poteri vincolanti bensì piuttosto sulla capacità di *persuasione*[57] e, con essa, sulla circolazione degli esiti dell'azione del *Defensor* nello spazio pubblico (a partire dalla mediazione dell'*Informe* al Parlamento).

Attraverso il procedimento di esame dei reclami, dunque, il *Defensor del Pueblo* non si limita a gestire e mediare casi individuali. A partire da essi e grazie alla tipologia di risoluzioni che possono essere adottate, il *Defensor* contribuisce piuttosto a individuare le linee di fragilità del sistema e proporre orientamenti di *policy making*: a un approccio *complaint-oriented* si è dunque aggiunto un approccio *policy-oriented*[58].

Ciò è coerente, peraltro, con il ruolo delle NHRI che, come accennato, associano alla protezione la promozione dei diritti e, accanto a funzioni meramente regolative, hanno anche funzioni – definite in dottrina costitutive – tese a trasformare l'identità degli attori pubblici e sociali[59] mediante la diffusione di una più solida cultura dei diritti: una cultura dei diritti che, però, non esaurisce la sua funzione sul piano sociale ma è chiamata piuttosto – anche grazie alla mediazione delle NHRI e, nel nostro caso, del *Defensor del Pueblo* – a pervadere la costruzione delle politiche pubbliche sui diritti.

In altri termini, l'incidenza del ruolo del *Defensor* nell'articolazione dei processi integrativi dello stato costituzionale di diritto si risolve anche, e significativamente, sul piano delle dinamiche dello spazio pubblico. Il *Defensor* «*has, at times, been highly influential in shaping public opinion*»[60]: e ciò è coerente con la funzione – ascritta agli *ombudsmen* e alle NHRI – di promuovere la cultura dei diritti suscitando una più acuta consapevolezza del rapporto tra diritti e politiche pubbliche (*awareness raising*). In questa più ampia

---

[56] In questo senso G. Escobar Roca, *Interpretación y garantía de los derechos fundamentales*, cit., p. 248.

[57] Come osserva ancora G. Escobar Roca, ivi, p. 256 «*el DP apoya la eficacia de su labor […] no en la típica coacción jurídica, de la que la Institución carece, sino en la fuerza persuasiva de su razonamiento, y sin duda, precisar mejor las normas aplicables, explicitar de manera más completa sus opciones interpretativas y, sobre todo, argumentar más y mejor a partir de derechos fundamentales bien definidos, redundaría a favor de la autoridad de la Institución y por ende de la efectividad final de tales derechos*».

[58] Così C. Alza Barco, *The transposition of the ombudsman model*, cit., p. 189 e p. 204 ss.

[59] Suddivide le funzioni delle NHRI in «*regulative*» e «*constitutive*» S. Cardenas, *Chains of Justice*, cit., p. 10 individuando le «*constitutive functions*» in quelle «*intended to transform the identity of state or societal actors*».

[60] Così J.J. Fernández Rodríguez, *Defensor del Pueblo (Spain),* in J. Wouters – M. Nuñez Poblete – S. López Escarcena (a cura di), *National Human Rights Institutions*, cit., p. 225 ss., 226.

prospettiva di garanzia dello stato costituzionale di diritto, il *Defensor* (al pari delle NHRI) può contribuire a individuare «*strategies that increase the democratic quality of the public system*»[61]. In altre parole, *ombudsmen* e NHRI sviluppano – almeno in potenza – un ruolo di contropoteri e voci critiche[62] così inverando, quindi, il loro nesso costitutivo con la qualità della democrazia: ruolo tanto più cruciale in un contesto di crisi della democrazia costituzionale.

Anche in questo ambito entrano in gioco, peraltro, le fondamentali capacità *persuasive* dell'organo. Il contributo del *Defensor del Pueblo* alla costruzione di una cultura dei diritti e alla trasformazione della pubblica opinione non può cioè prescindere dalle dinamiche comunicative e dialogiche tipiche dello spazio pubblico[63] e anche in questo si manifesta l'*auctoritas* – più che la *potestas* – del *Defensor*[64].

D'altra parte, gli orientamenti formulati dal *Defensor del Pueblo* in merito alla tutela di singoli diritti in sede di attività di indagine – assieme al metodo e agli argomenti utilizzati – possono contribuire non solo, come detto, a una più attenta costruzione delle politiche pubbliche ma anche ad arricchire l'approccio scientifico ai diritti, integrando la tradizionale prospettiva dogmatica. Come è stato osservato, «*la doctrina del Defensor del Pueblo ofrece una perspectiva de la Constitución más amplia, por la extensión de sus ámbitos de su actuación, y menos legalista, por las formas de su argumentación*»[65]. In questo senso, allora, lo studio del *Defensor del Pueblo* (ma anche, in generale, delle NHRI), della sua funzione e dei suoi orientamenti in materia di diritti fondamentali assume una peculiare rilevanza anche sul piano strettamente teorico e metodologico, arricchendo i percorsi di sviluppo della conoscenza e della comprensione scientifica della materia dei diritti fondamentali[66].

Da questa prospettiva, il *Defensor del Pueblo* sembra inoltre operare – nella relazione dinamica con la cittadinanza che si rivolge all'organo *e con la dottrina* – come attore della società aperta degli interpreti della Costituzione[67]. L'organo contribuisce infatti ad arricchire i percorsi di interpretazione dei diritti fondamentali (e della Costituzione) e mostra, allo stesso tempo, una significativa capacità di «*conectar mejor las*

---

[61] *Ibidem*.

[62] Anche, volendo, in termini *controdemocratici*, secondo la nota prospettiva di P. Rosanvallon, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Roma, 2017.

[63] Su cui v. per tutti P. Ridola, *Costituzione stato e società nelle democrazie pluralistiche. Lo «spazio pubblico»*, in Id., *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2021, p. 123 ss.

[64] Sul punto v. L. Rebollo Delgado, *op. cit.*, p. 48 e A. Jiménez Rodríguez, *Algunas consideraciones sobre el Defensor del Pueblo*, cit., p. 119.

[65] Così G. Escobar Roca, *Interpretación y garantía de los derechos fundamentales*, cit., p. 230.

[66] Più in particolare, come osservato ivi, a p. 232: «*conociendo esta doctrina, la dogmática podría aprender a salir de sí misma, a construirse […] de forma más democrática y socialmente útil, teniendo a la vista las aspiraciones de los ciudadanos (si la dogmática no sirviera para solucionar los problemas reales de las personas reales, renunciaría a su principal cometido), y para conocer cuáles son éstas el Defensor del Pueblo puede ofrecer una imagen bastante fiel*».

[67] Concetto, come noto, introdotto da Peter Häberle, a partire da Id., *Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß*, in Id., *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einen Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlin, 1978, pp. 121 ss.

definiciones ciudadana y doctrinal de los derechos»[68]: secondo questa lettura, il *Defensor* non contribuisce cioè soltanto a promuovere una migliore conoscenza dei diritti ma, in questa attività di promozione mette in comunicazione l'interpretazione dei diritti da parte delle Corti e della dottrina con l'interpretazione che di questi dà la cittadinanza – individui e società civile – che si rivolge al *Defensor*.

Ciò vale anche nell'ambito – cui posso solo fare cenno – della tutela dei diritti sociali, l'interpretazione dei quali da parte del *Defensor* ha suscitato, negli ultimi anni, l'attenzione della dottrina[69]. Da un lato, occorre considerare che i diritti sociali – tra essi, quello al reddito minimo e quello all'abitare – evocano questioni attinenti alle necessità fondamentali delle persone e rappresentano, dunque, un ambito sensibile nel dibattito pubblico e nelle dinamiche di mobilitazione sociale che possono trovare sbocco anche nell'attività del *Defensor* che – anche in questo caso – agisce come ponte tra la dimensione sociale e gli attori istituzionali[70]. D'altro canto, occorre considerare che – specie per quei diritti sociali che la Costituzione qualifica in termini di principi direttivi delle politiche sociali (*principios rectores*) – l'intermediazione del processo politico è fondamentale, in termini di articolazione delle politiche sociali stesse e, soprattutto del loro adeguato finanziamento. In questa ottica, l'attività *persuasiva* del *Defensor del Pueblo* appare rilevante, nella misura in cui può veicolare e rappresentare conflitti relativi al godimento di diritti sociali, contribuendo a responsabilizzare gli attori istituzionali, ad esempio suggerendo o invocando – ove necessario – una più compiuta configurazione legislativa o normativa di tali diritti[71].

Dunque, il *Defensor* agisce nello spazio pubblico come ponte tra la società e le istituzioni: e, come già accennato, quella di operare quale ponte – tra livello nazionale e livello sopranazionale, ma anche tra società e istituzioni – è una funzione diffusamente riconosciuta alle NHRI.

La promozione della conoscenza – da parte di un organo che, appunto, «*has socially recognized knowlegde or expertise in this area, rather than legal power in itself*»[72] – appare così altrettanto cruciale, sia in relazione alle dinamiche dello spazio pubblico, secondo quanto si è appena osservato, sia in relazione al miglioramento della qualità dell'azione degli altri poteri, a partire dal legislatore. L'approccio *policy centered* delle NHRI – in luogo dell'esclusivo tradizionale approccio *complaint centered* tipico dell'*ombudsman*

---

[68] Così G. Escobar Roca, *Interpretación y garantía de los derechos fundamentales*, cit., p. 251.

[69] Sul tema – oltre a A. Celi Maldonado, *op. cit.* – v. ad esempio C. Salcedo Beltrán, *Las Defensorías del Pueblo y la implementación de los derechos sociales: déficits y retos de un enfoque integral del derecho*, in *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos sociales*, n. 1/2020 p. 59 ss. e G. Escobar Roca, *La renta mínima y el Defensor del Pueblo*, ivi, p. 91 ss.

[70] In questo senso v. A. Celi Maldonado, *op. cit.*, pp. 504-505.

[71] Secondo A. Celi Maldonado, op. cit., è ad esempio necessario che il *Defensor del Pueblo* si adoperi per «*garantizar la primacía de los derechos sociales ante el legislador presupuestario*» (p. 514) raccomandando che «*la adopción de las Leyes de presupuestos públicos se realice a partir de un enfoque en derechos humanos*» (p. 515). Sul punto v. anche F. L. De Andrés Alonso, *op. cit.*, p. 84 ss., specie 89 ss.

[72] Così J.J. Fernández Rodríguez, *Defensor del Pueblo (Spain),* cit., p. 227.

classico – può così rappresentare un fattore di arricchimento del patrimonio di conoscenze a disposizione non solo dello spazio pubblico (in termini di costruzione di una cultura dei diritti) ma anche del legislatore: conoscenze che rappresentano – nelle società complesse e di fronte alle sempre più complesse sfide della legislazione – un bene prezioso e fondamentale per approfondire la legittimazione degli organi legislativi e dello stesso processo politico[73].

5. L'accesso alla giustizia costituzionale e i rapporti con il processo politico: funzione persuasiva e responsabilizzazione degli attori istituzionali

Potenzialità in parte analoghe – in termini di interazione con il processo politico e, più in generale, con il dibattito pubblico sui diritti – possono essere ascritte al potere, attribuito al *Defensor* dall'articolo 162 CE, di presentare ricorso di legittimità costituzionale delle leggi e ricorso di *amparo* per la tutela diretta dei diritti.

Come osservato nella dottrina più risalente, anche l'accesso al Tribunale costituzionale mediante i due ricorsi può essere ascritto alla funzione di controllo[74]. Allo stesso tempo, tuttavia, la legittimazione al ricorso di incostituzionalità e al ricorso di *amparo* confermano, piuttosto, che la funzione di controllo – tradizionalmente associata all'*ombudsman* – assume, nel caso del *Defensor del Pueblo*, una connotazione più ampia e va riferita alla tenuta dell'impianto costituzionale dei diritti. In altri termini, tali competenze si legano – proprio nel quadro della differenziazione tra *ombudsman* e *Defensor del Pueblo*[75] – alla centralità sistematica della funzione di difesa dei diritti che discende, come si è visto, dalla lettera dell'articolo 54 CE. Allo stesso modo, esse confermano che la funzione del *Defensor* si colloca su un piano che non è solo quello del rapporto tra controllo di legalità e difesa dei diritti fondamentali ma, più decisamente, quello della garanzia della Costituzione e in particolare – ma non solo, come subito si vedrà – del catalogo costituzionale dei diritti.

---

[73] Su questo profilo, con riferimento all'Italia e, in generale, all'importanza di dotare gli organi parlamentari di adeguati strumenti di conoscenza (ovvero potenziare gli istituti già esistenti) al fine di migliorare la qualità sostanziale della legislazione, v. da ultimo Senato della Repubblica, *Profili critici della produzione normativa e proposte per il miglioramento della qualità della legislazione* (documento approvato dal Comitato per la legislazione in data 11 giugno 2025, a chiusura dell'indagine conoscitiva sul medesimo tema), specie alle pp. 28 ss e 80 ss. Con riferimento specifico alle NHRI, si è osservato che esse potrebbero svolgere un ruolo rilevante in sede di valutazione di impatto della legislazione, sulla base di un approccio *human rights centered* (sul punto v. ad esempio J. Wouters - K. Meuwissen - A.S. Barros, *The European Union and National Human Rights Institutions*, in J. Wouters – K. Meuwissen (a cura di), *National human rights institutions in Europe*, cit., p. 187 ss., specie 194 ss.

[74] J. Varela Suanzes Carpegna, *La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo*, cit., p. 73.

[75] Verso tale funzione, peraltro, Varela Suanzes Carpegna – così come parte della dottrina immediatamente post-costituzionale – è peraltro critico, evidenziandone la discrasia rispetto alla configurazione classica dell'*ombudsman* (ivi, p. 74-75).

5.1 Il potere di presentare il recurso de amparo

Tra le due competenze, quella relativa al ricorso di *amparo* – che pure era stata accolta dai primi studi in materia, e significativamente, come segnale di un sostanziale ampliamento delle competenze di controllo sull'amministrazione[76] – ha mostrato una minore vitalità. Infatti, il *Defensor* ha presentato, nel corso della sua storia, solo dieci ricorsi di *amparo*, tutti peraltro concentrati nel primo decennio di attività[77]. Ciò si lega, principalmente, alla peculiare natura dell'*amparo*, sia sotto il profilo dell'ampia legittimazione al ricorso (cui ha titolo qualunque persona interessata) sia sotto il profilo del filtro di ammissibilità di cui all'articolo 50, comma 1, lett. b) della legge organica n. 2/1979 (*Ley organica del Tribunal Constitucional*, LOTC), a mente del quale i ricorsi di *amparo* sono ammissibili se sono stati esauriti i rimedi ordinari (*agotamiento de la via previa*) e, nel merito, per il particolare rilievo costituzionale del contenuto del ricorso (*especial trascendencia constitucional*). Proprio per questo, fin dalle origini il *Defensor del Pueblo* ha precisato – da un lato – che la propria competenza a presentare ricorso di *amparo* va intesa in senso sussidiario rispetto all'ampia legittimazione diretta delle persone interessate[78]; e che, d'altro canto e di conseguenza, l'organo si riserva la legittimazione all'*amparo*, oltre che per i casi in cui la persona interessata non sia nelle condizioni di presentare il ricorso (ad es. per mancanza di mezzi)[79] anche per casi eccezionali di speciale rilievo costituzionale che – nel rispetto del richiamato articolo 50 LOTC – sono individuati: a) in violazioni di diritti fondamentali che trascendano la dimensione individuale e abbiano, quindi, rilievo per l'intera collettività[80] e b) nei casi in cui lo speciale rilievo costituzionale si leghi all'obiettivo di contribuire a far emergere orientamenti di giurisprudenza costituzionale in materie ancora non interessate dall'intervento del *Tribunal constitucional* ovvero dinanzi a fenomeni sociali nuovi[81]. Sebbene, come detto, la possibilità di interporre *amparo* non abbia dato luogo a una

[76] Sul punto v. ad esempio A. Pérez Calvo, *Rasgos esenciales del Defensor del Pueblo*, cit., p. 71.

[77] Lo ricostruisce M. Díaz Crego, *Defensor del Pueblo y justicia constitucional*, cit., p. 335 ss. Si tratta, in particolare, dei ricorsi decisi con la sentenza n. 178/1987, che si pronuncia su sette ricorsi riuniti, presentati dal *Defensor* contro altrettanti provvedimenti del giudice del lavoro di Huelva, in materia di elezioni sindacali; con la sentenza n. 209/1987, in materia di sussidi di disoccupazione; e con la sentenza n. 132/1992, in materia di diritto di difesa.

[78] V. ad esempio quanto affermato nell'*Informe* alle *Cortes* sull'attività svolta nell'anno 1983, a p. 21 (tutti gli atti del *Defensor del Pueblo* sono pubblicati sul sito www.defensordelpueblo.es).

[79] Si tratta dei cd. casi di *indefensión*. Interessante, sul punto, il caso del ricorso di *amparo* che ha dato luogo all'Auto n. 94/1984 del *Tribunal constitucional*. Come riportato da I. Torres Muro, *Los recursos del Defensor del Pueblo ante el tribunal constitucional. Una revisión*, in *Teoría y realidad constitucional*, n. 26/2010, p. 95 ss. 112, in quel caso il *Defensor* rinunciò all'*amparo* non appena venne dichiarato ammissibile il ricorso presentato dalle persone interessate.

[80] Così ancora l'*Informe* 1983, a p. 21.

[81] Come riportato ad esempio nell'*Informe* alle *Cortes* sull'attività svolta nel 2021, allegato D.5, p. 246.

prassi significativa nell'attività del *Defensor del Pueblo*[82], vale sottolineare – allo stesso tempo – che il modo in cui l'organo ha ricostruito la propria competenza in materia sembra tenere conto del peculiare rilievo della propria attività, sia in termini di difesa sistemica (e non solo individuale) dei diritti, sia in termini di collaborazione con gli altri poteri dello Stato (e, in particolare, con il *Tribunal constitucional*) nella promozione di più articolati percorsi interpretativi dei diritti stessi.

5.2. Il potere di presentare il recurso de inconstitucionalidad

Più articolata, invece, la prassi maturata con riferimento al ricorso di incostituzionalità: nel primo quarantennio della sua storia, il *Defensor del pueblo* ha infatti presentato 34 ricorsi, dei quali 26 hanno dato luogo a sentenza (in particolare, in 14 casi il ricorso è stato accolto in tutto o in parte; in 11 casi è stato respinto e in un caso è stato dichiarato estinto per sopravvenuta abrogazione delle disposizioni impugnate); in cinque casi, il giudizio è stato dichiarato estinto con ordinanza (*Auto*) per rinuncia al ricorso o per perdita sopravvenuta dell'oggetto e i rimanenti tre ricorsi sono, al momento in cui scrivo, ancora pendenti.

Significativi i profili di interesse di tale prassi che, come subito si vedrà, vale a collocare il *Defensor del Pueblo* in una posizione cruciale – pur se assai delicata – tanto con riferimento all'articolazione dei rapporti tra giustizia costituzionale, processo politico e sfera pubblica quanto, più in generale, con riguardo ai rapporti tra *Defensor* e garanzia dello stato *costituzionale* di diritto.

Su tale ultimo aspetto, vale ricordare la discussione – cui ha posto termine, nel 2000, lo stesso Tribunale costituzionale – in merito all'estensione dell'ambito del ricorso di incostituzionalità del *Defensor del Pueblo* con riferimento, in particolare, al parametro da questi invocabile dinanzi al *Tribunal Constitucional*. Un primo orientamento della dottrina che – enfatizzando il nesso funzionale rispetto alla difesa dei diritti di cui all'articolo 54 CE – restringeva il ricorso da parte del *Defensor* alla sola censura della violazione di disposizioni contenute nel Titolo I della Costituzione[83] parve trovare accoglimento nella STC n. 150/1990. In tale occasione il Tribunale costituzionale, chiamato a chiarire se il *Defensor* potesse lamentare – nel proprio ricorso – la violazione del principio di certezza del diritto (*seguridad jurídica*) di cui all'articolo 9, comma 3, CE, osservò che la censura relativa a tale ultima disposizione accedeva a un impianto argomentativo incentrato sulla violazione dell'articolo 31, comma 1 della Costituzione e del diritto – ivi riconosciuto – «a un sistema tributario giusto, ispirato ai principi di uguaglianza e progressività che, in nessun caso, avrà finalità

[82] Tanto da spingere alcuni autori – come I. Torres Muro, *Los recursos del Defensor del Pueblo*, cit. – a evidenziare la perfetta inutilità di tale competenza (p. 124).

[83] È il caso, ad esempio, di J. Varela Suanzes Carpegna, *La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo*, cit., p. 78.

espropriativa»[84]: sussistendo quindi un «*punto de conexión evidente*» (FJ, 1) tra l'impianto argomentativo del *Defensor* e il suo ambito di competenza, non poteva sussistere alcun dubbio sulla sua piena legittimazione al ricorso.

Altra parte della dottrina, invece, tendeva a valorizzare l'autonomia dell'articolo 162 CE rispetto all'articolo 54 ritenendo – di conseguenza – che al *Defensor* dovesse essere riconosciuta una legittimazione generale al ricorso di incostituzionalità, senza limiti quanto al parametro invocabile: allo stesso tempo, si auspicava un atteggiamento di *self restraint* da parte del *Defensor*, al fine di rendere l'ambito di ricorso coerente con il nesso funzionale di cui all'articolo 54[85].

A tali incertezze ha posto fine, come accennato, lo stesso *Tribunal constitucional* che – con la STC n. 274/2000 – ha chiarito che la legittimazione del *Defensor* è analoga a quella di tutti gli altri soggetti di cui all'articolo 162 CE e, dunque, non è limitata nel parametro invocabile: e questo, «*con independencia de la cualidad del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I*» (FJ, 2). Piuttosto, e proprio per questo, il *Tribunal constitucional* spiega l'inclusione del *Defensor* nell'elenco di cui all'articolo 162 alla luce della alta qualificazione politica che si evince dal mandato ad esso conferito dalla Costituzione (ivi).

La circostanza che il *Defensor* possa impugnare leggi – almeno sul piano formale – anche al di là dello specifico profilo legato alla difesa dei diritti non è senza importanza, per quel che riguarda la sua collocazione sistematica. Certo, non è mancato chi ha sottolineato l'incoerenza di tale legittimazione generale al ricorso, ritenendo tale funzione slegata rispetto a quella, specifica, di difesa dei diritti[86]; così come si è sottolineato, criticamente, che simile estensione della legittimazione al ricorso rischia di snaturare il ruolo del *Defensor del Pueblo*, convertendolo in un attore quasi politico, chiamato a confrontarsi con le maggioranze parlamentari (dinanzi al *Tribunal Constitucional*) su materie estranee al suo mandato costituzionale[87]. Il concreto atteggiarsi dell'istituto del ricorso nella prassi è caratterizzato in ogni caso, secondo la dottrina, da moderazione, prudenza e dalla tendenza a intervenire in caso di inerzia

[84] Così la traduzione italiana ufficiale della Costituzione spagnola, come pubblicata sul *Boletín Oficial del Estado*.

[85] Così in particolare già A. Pérez Calvo, *Rasgos esenciales del Defensor del Pueblo*, cit., p. 72, condiviso da F. Fernández Segado, *El estatuto jurídico-constitucional,* cit., pp. 271-272 e da M. Díaz Crego, *Defensor del Pueblo y justicia constitucional*, cit., p. 323.

[86] V. in particolare M. Díaz Crego, ivi, p. 324.

[87] Sul punto ancora M. Díaz Crego, ivi, pp. 334-335. Va osservato che, a partire dal 1997, il *Defensor del Pueblo* ha effettivamente iniziato a proporre ricorsi con oggetto non direttamente coincidente con la tutela dei diritti fondamentali (ivi, p. 330 ss.), anche se senza pregiudicare la propria generale tendenza alla moderazione. Si ricordi però che, come già accennato, nel 2006 il *Defensor del Pueblo* ha presentato ricorso contro lo Statuto catalano (si tratta di uno dei ricorsi che sarebbero stati poi decisi con la STC 31/2010) suscitando preoccupazioni in dottrina (ad esempio in I. Torres Muro, *Los recursos del Defensor del Pueblo*, cit., p. 117.

degli altri soggetti legittimati, vincolando l'esercizio del potere di ricorso alla difesa dei diritti[88].

A me pare, tuttavia, che difesa dei diritti e ricorso generale di incostituzionalità non solo possano coesistere e siano legati, ma che tale legame consenta di inquadrare la posizione del *Defensor del Pueblo* nella cornice della garanzia dei processi integrativi dello stato *costituzionale* di diritto. Infatti, la mera possibilità di far valere, senza limiti, il principio di legittimità costituzionale – e cioè di proteggere il principio di supremazia della Costituzione di cui all'art. 9.1 CE[89] – rafforza la tutela dei diritti nella sua dimensione istituzionale e, appunto, sistemica. D'altra parte, l'effettività della tutela dei diritti passa anche attraverso la più generale garanzia della legalità costituzionale e, quindi, può giustificare un controllo di costituzionalità nell'interesse del diritto oggettivo e non solo filtrato dall'istanza di protezione della posizione individuale o del singolo diritto considerato[90]. In questo senso, il *Defensor del Pueblo* può assumere le vesti di *Defensor de la Constitución*[91], senza che ciò vada necessariamente in contraddizione con la funzione di difesa dei diritti che ne è, anzi, corroborata[92].

A ciò devono aggiungersi due ulteriori profili, che si legano – peraltro – al rapporto tra attività del *Defensor del Pueblo*, dinamiche dello spazio pubblico e processi integrativi nello stato *costituzionale* di diritto.

Anzitutto, il ricorso diretto di costituzionalità – per sua stessa natura (deve essere infatti sollevato entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge, ai sensi dell'articolo 33 LOTC) – implica una presa di posizione sull'esito di un processo politico da poco concluso[93]. Da un lato, si tratta indubbiamente di un aspetto delicato che, mettendo il *Defensor del Pueblo* in relazione immediata e diretta con il processo (e il conflitto) politico rischia di pregiudicarne la neutralità o addirittura, come è stato osservato, di convertirlo in un fattore destabilizzante[94]. D'altro canto, e per gli stessi motivi, tale contiguità al

---

[88] Di una «*evidente moderación*» parla M. Díaz Crego, *Defensor del Pueblo y justicia constitucional*, cit., pp. 325-326 e ad un uso «*prudente*» fa riferimento L. Rebollo Delgado, *op. cit.*, p. 104. Assai significativamente, J. L. Pérez Francesch, *El Defensor del Pueblo en España*, cit., p. 82 osserva che detta moderazione è funzionale anche a «*no mostrar ante la opinión pública una actuación parcial y partidista sino realmente defensora de los derechos de los ciudadanos*».

[89] Così J.J. Fernández Rodríguez, *Defensor del Pueblo (Spain),* cit., p. 231.

[90] Cfr. L. Rebollo Delgado, *op. cit.*, p. 106.

[91] Così, in particolare, I. Torres Muro, *Los recursos del Defensor del Pueblo*, cit., p. 115, evocando, non senza manifestare un certo scetticismo («*le viene un poco grande*», p. 117), la dottrina di Kelsen.

[92] Solo per fare un esempio, nel ricorso che diede origine alla già richiamata STC 150/90, relativa a un legge adottata dalla Comunità di Madrid in materia fiscale, il *Defensor del Pueblo* – a differenza della minoranza parlamentare che contestualmente aveva presentato un proprio ricorso (e che censura profili relativi al riparto di competenze) – si concentra solo sulla violazione del principio della certezza del diritto nella formulazione di una disposizione in materia di maggiorazioni fiscali, mettendolo in relazione alla difesa del diritto a un sistema tributario giusto di cui all'articolo 31, comma 1 CE.

[93] Lo sottolinea F. Fernández Segado, *El estatuto jurídico-constitucional,* cit., p. 272, riportando la posizione di Caamaño Domínguez; in termini analoghi M. Díaz Crego, *Defensor del Pueblo y justicia constitucional*, cit., p. 326.

[94] Così I. Torres Muro, *Los recursos del Defensor del Pueblo*, cit., p. 117.

processo politico – se meglio inquadrata nella cornice del ruolo del *Defensor* e, soprattutto, della sua funzione persuasiva e di responsabilizzazione degli attori istituzionali – potrebbe valorizzarne il ruolo di attore nella costruzione delle politiche dei diritti.

In secondo luogo, e in diretto collegamento con il primo profilo evocato, occorre considerare che il ricorso di incostituzionalità da parte del *Defensor del Pueblo* può dar voce – come in effetti non di rado è avvenuto[95] – a istanze ultraminoritarie, che non trovino spazio nell'azione degli altri soggetti legittimati ai sensi dell'articolo 162 CE, ivi incluse le minoranze parlamentari[96]. In questo senso, è rilevante che il *Defensor* tenda ad esercitare la propria legittimazione al ricorso quando gli altri soggetti di cui all'articolo 162 CE rimangono inerti, così rappresentando – anche di fronte a disposizioni legislative esito di un ampio consenso parlamentare – una «alternativa» o «valvola di sicurezza»[97] o anche, in altri termini, «*la voz de los sin voz*»[98].

D'altra parte, come è stato osservato, la legittimazione del *Defensor del Pueblo* al *recurso de inconstitucionalidad* può permettere indirettamente al cittadino di trovare una via di accesso al giudizio di legittimità costituzionale[99]: si deve infatti considerare che la decisione del *Defensor* di presentare ricorso al Tribunale costituzionale discende *sempre* dalla valutazione delle sollecitazioni che gli provengono – in tal senso – dalla cittadinanza (e di cui il *Defensor* riferisce negli *Informes*, dando conto della decisione di proporre o meno ricorso e lasciando traccia delle richieste dei cittadini[100]).

5.3 Segue: Defensor del Pueblo*, processo politico e conflitti. Alcuni esempi.*

Come accennato, la prassi del *Defensor* in materia è stata caratterizzata da un certo *self restraint*: ciò non ha impedito, peraltro, che i ricorsi del *Defensor* abbiano riguardato materie molto discusse e al centro del conflitto politico.

Qualche esempio può aiutare a chiarire il quadro. Nel corso del primo decennio di attività – caratterizzato per altro verso da una forte attenzione del *Defensor* verso la

---

[95] Ad esempio, in relazione ai ricorsi in materia di diritti degli stranieri, su cui si tornerà nel successivo par. 5.3 ma anche a quelli in materia sindacale o elettorale: cfr. I. Torres Muro, ivi, p. 118.

[96] Sul punto cfr. L. Rebollo Delgado, *op. cit.*, p. 106.

[97] I. Torres Muro, *Los recursos del Defensor del Pueblo*, cit., p. 118.

[98] Ivi, p. 115. Analoga virtualità in relazione agli «*under-represented, vulnerable groups*» è sottolineata – in generale per le NHRI – da K. Meuwissen, *European National Human Rights Institutions as multi-layered actors*, cit., p. 33 la quale sottolinea peraltro che, rispetto agli organi specializzati, le NHRI possono favorire, grazie alla loro competenza generale in materia di diritto, un approccio ampio e intersezionale ai problemi relativi alla tutela dei diritti.

[99] Sul punto cfr. P. Carballo Armas, *op. cit.*, p. 159.

[100] Sullo specifico valore della *pubblicità* delle prese di posizione del *Defensor del Pueblo* v. J. L. Pérez Francesch, *El Defensor del Pueblo en España*, cit., p. 60.

tutela dei diritti dei lavoratori e della libertà sindacale[101] – si segnala soprattutto la STC n. 160/1987, relativa alla legge organica e alla legge ordinaria in materia di obiezione di coscienza al servizio militare obbligatorio (legge organica n. 8 del e legge n. 48, entrambe del 26 dicembre 1984): la decisione è resa su ricorso del *Defensor*, che precisa – significativamente – di agire su impulso di numerose istanze individuali e collettive rivolte al suo indirizzo. In quell'occasione, il *Defensor del Pueblo* aveva anzitutto censurato la circostanza che la disciplina dell'obiezione di coscienza fosse stata solo parzialmente introdotta con legge organica, ritenendo invece che tale diritto – in quanto legato, in ultima analisi alla libertà ideologica di cui all'articolo 16 CE – assumesse per questo natura di diritto fondamentale, la cui disciplina l'articolo 81 CE riserva appunto alla legge organica. Tale profilo di ricorso offre al *Tribunal constitucional* l'occasione per tracciare la linea di demarcazione tra detto diritto fondamentale e il diritto all'obiezione di coscienza, di cui all'articolo 30, comma 2 CE, concludendo che il diritto all'obiezione di coscienza – rappresentando una deroga eccezionale al dovere di difendere la Spagna – si configura come «*derecho constitucional autónomo, pero no fundamental*», la cui disciplina resta affidata alla legge ordinaria, chiamata a bilanciare tra l'istanza individualistica e l'istanza solidaristico-collettiva di difesa nazionale (FJ 3). In secondo luogo, il *Defensor* aveva impugnato specifiche disposizioni delle due leggi, ritenendo che le stesse introducessero limiti troppo pervasivi all'esercizio del diritto, sia sotto il profilo della valutazione della richiesta di ammissione all'obiezione da parte del *Consejo Nacional de Objeción de Conciencia*, sia sotto il profilo della determinazione dei tempi e dei modi della prestazione sociale sostitutiva e del relativo regime sanzionatorio; infine, venivano impugnate talune disposizioni relative alle sanzioni penali e al regime transitorio. Al di là del merito delle singole censure, è sufficiente ricordare che il *Tribunal constitucional* – nel rigettare il ricorso – ha avuto modo di chiarire e precisare termini e portata del bilanciamento operato dal legislatore (e, dunque, del compromesso politico raggiunto in sede parlamentare) ribadendone la coerenza con il quadro costituzionale. Pertanto, sebbene – come pure si è osservato in dottrina – il *Defensor* sia stato sconfitto[102], è interessante notare anzitutto che l'organo si è attivato contro un complesso normativo che era stato fortemente dibattuto sia in sede politico-parlamentare che sociale, suscitando conflitti; in tal modo, in particolare, il *Defensor* ha dato ulteriore voce a coloro che non condividevano il compromesso raggiunto, ritenendolo troppo restrittivo rispetto all'istanza della libertà di coscienza individuale. Inoltre, adducendo argomenti rilevanti anche sul piano teorico, e provocando una

[101] Si tratta in particolare delle STC n. 20, 26 e 72 del 1985, che accolsero tre ricorsi del *Defensor del Pueblo* rivolti ad assicurare maggior tutela alle associazioni sindacali meno rappresentative; della STC n. 101/1991 che respinse un ricorso mirante a garantire maggior tutela alla libertà sindacale del personale dipendente civile dell'amministrazione militare e della STC n. 75/1992, con la quale venne respinto un ricorso mirante ad eliminare il trattamento differenziato tra associazioni sindacali (a seconda della rappresentatività) nell'accesso al godimento di beni pubblici facenti parte del cd. *Patrimonio Sindical Acumulado*.

[102] Di «*derrota absoluta*» parla I. Torres Muro, *Los recursos del Defensor del Pueblo*, cit., p. 99.

corposa decisione del *Tribunal constitucional*, l'organo ha se non altro contribuito a un ulteriore approfondimento e arricchimento della discussione pubblica su un tema assai sensibile e conflittuale[103]. Piuttosto che concentrarsi unicamente sul profilo del potenziale conflitto con il legislatore e il processo politico, emerge piuttosto – già da questa sentenza – una ulteriore virtualità dell'azione del *Defensor del Pueblo* proprio in relazione allo stimolo e all'arricchimento del dibattito pubblico: e questo, anche quando i ricorsi non abbiano esito positivo.

Un altro ambito tematico su cui si registrano numerosi ricorsi da parte del *Defensor* è quello della condizione giuridica dello straniero. Un primo ricorso – deciso con la STC n. 115/1987 – riguardava una serie di previsioni della legge organica n. 7 del 1 luglio 1985, relative in particolare alla detenzione amministrativa in attesa di espulsione, alla restrizione della libertà di riunione e di associazione dello straniero e al divieto di sospensione dell'efficacia degli atti amministrativi adottati in conformità alla legge. Anche in questo caso, il ricorso del *Defensor* offre al *Tribunal constitucional* l'occasione per precisare la portata dei diritti dello straniero: accogliendo in parte il ricorso, e in parte con un dispositivo interpretativo di rigetto, il Tribunale chiarisce che le garanzie costituzionali della libertà personale dello straniero (e, in particolare, la riserva di giurisdizione) devono applicarsi anche alla detenzione amministrativa; che la libertà di riunione e di associazione dello straniero non possono essere assoggettate a limiti non previsti dalle pertinenti disposizioni costituzionali (come l'autorizzazione preventiva) e che deve consentirsi la sospensione degli atti amministrativi. Un profilo interessante di questa pronuncia – e, prima ancora, del ricorso – è il diffuso riferimento al parametro inter- e sopranazionale. Il *Defensor del Pueblo* tornerà ad impugnare disposizioni relative alla condizione dello straniero, sia statali (STC 53/2002; STC 95/2003) sia autonomiche (STC 87/2017 sulla legislazione catalana in materia di immigrazione); tra queste, merita segnalare la STC 95/2003 in cui – grazie al ricorso del *Defensor del Pueblo* – il TC chiarisce che il diritto al gratuito patrocinio spetta anche agli stranieri non regolarmente soggiornanti sul territorio spagnolo, dichiarando costituzionalmente illegittima la disposizione che, invece, limitava il godimento di tale diritto ai soli stranieri regolarmente soggiornanti.

Tra i numerosi altri interventi rilevanti – si pensi ad esempio a quelli in materia elettorale[104] e in materia di protezione dei dati personali[105] – ci si concentra ora, conclusivamente, su due dei tre ricorsi ancora pendenti dinanzi al *Tribunal constitucional*. Si tratta, in particolare, dei due ricorsi relativi alle leggi adottate – in materia di identità di genere e contrasto delle discriminazioni verso le persone LGBTQIA+ – dalla Comunità autonoma di Madrid e dalla *Comunitat Valenciana*. Anche in questo caso, le

[103] Come si evince, peraltro, anche dalle due opinioni dissenzienti e in specie dal voto particolare del giudice de la Vega Benayas, che si concentra proprio sulla possibilità di qualificare il diritto all'obiezione di coscienza, contrariamente a quanto ritenuto dal TC, in termini di diritto fondamentale.

[104] Che hanno dato luogo alla STC n. 225/1998 e alla STC n. 76/2019.

[105] Che ha dato luogo alla STC n. 292/2000.

due leggi oggetto di ricorso intervengono nell'ambito di un conflitto politico alquanto acceso, che ha trovato un primo punto di compensazione nella legge (statale) n. 4 del 28 febbraio 2023 (la c.d. *ley trans*). Una legge molto discussa, che ha tuttavia riconosciuto un livello di tutela alquanto avanzato per le persone *trans* – disciplinando l'affermazione dell'identità di genere mediante procedimento amministrativo basato sull'autodeterminazione della persona interessata[106] – e ha allo stesso tempo apprestato un ricco apparato di norme antidiscriminatorie a protezione delle persone LGBTQIA+[107]. A pochi mesi dall'entrata in vigore della legge statale, due delle Comunità autonome governate dal *Partido Popular* – all'opposizione a livello nazionale – hanno approvato una legislazione volta a modificare – in senso restrittivo – le leggi autonomiche già esistenti, al fine di temperare o arginare taluni effetti della legge statale[108]. Entrambe le disposizioni impugnate intervengono, peraltro, sulla medesima materia e cioè sulle condizioni per l'accesso delle persone *trans* minorenni ai trattamenti farmacologici necessari nel quadro del percorso personale di affermazione dell'identità di genere, prevedendo – in particolare – che sia requisito *necessario* per l'accesso alle medesime la presa in carico da parte di professionisti della salute mentale infantile (nella versione madrilena; nella versione valenciana si parla, più genericamente, di supporto da parte di tali professionisti) e che, in caso di *comorbilità*, sia necessario anche il parere dello specialista che abbia in cura la persona per la patologia concomitante[109]. Avverso

[106] Dunque, secondo un modello amministrativo ed elettivo (cioè non ascrittivo). Per una rassegna dei diversi modelli di disciplina dell'affermazione dell'identità di genere e delle principali questioni sottese, cfr. tra gli altri G. Giorgini Pignatiello – G. Farronato, *Transformative Constitutionalism and Gender Identity in Comparative Perspective*, in *GenIUS*, n. 2/2024, p. 50 ss. e M.V. Izzi, *Il riconoscimento dell'identità di genere tra elezione e ascrizione: analisi comparata dei modelli normativi in materia di rettificazione di se*sso, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 3/2024, p. 107 ss.

[107] Su tale legge e il dibattito che ne ha accompagnato l'approvazione v. A. Aguilar Calahorro, *Sobre la ley trans: no se priva de derechos a unos por reconocérselos a otros*, in F. Balaguer Callejón – J.F. López Aguilar – M.L. Balaguer Callejón, *Estudios sobre el estado social y democrático de derecho. "Liber amicorum" Gregorio Cámara Villar*, Madrid, 2024, vol. I, p. 375 ss. e E. Atienza Macías, *La protección jurídica de las personas trans a la luz del nuevo escenario normativo en España*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 4/2024, p. 352 ss.

[108] Nel caso della *Comunitat Valenciana*, si tratta della modifica all'articolo 16 della legge n. 8 del 7 aprile 2017 (*Reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana*), introdotta dall'articolo 136, comma 2, lettera b) della legge n. 5 del 30 maggio 2025; nel caso della Comunidad de Madrid, si tratta invece della modifica all'articolo 14, comma 2, lettera b) della legge n. 2 del 29 marzo 2016 (*Identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad de Madrid*) introdotta dall'articolo 1, numero 12 della legge n. 17 del 27 dicembre 2023.

[109] Si tratta, come noto, di un tema assai discusso in numerosi ordinamenti, come dimostra ad esempio la recente sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso United States v. Skrmetti, 605 U. S. ____ (2025), su cui v. A. Schillaci, *Oblio dei diritti e deferenza verso il legislatore: identità di genere e discrezionalità politica nella decisione* United States v. Skrmetti, in www.diariodidirittopubblico.it, 21 luglio 2025. Anche in Italia, è attualmente in discussione presso la Commissione Affari sociali della Camera dei Deputati il disegno di legge C. 2575, di iniziativa governativa, recante *Disposizioni per l'appropriatezza prescrittiva e il corretto utilizzo dei farmaci per la disforia di genere* (https://www.camera.it/leg19/126?leg=19&idDocumento=2575).

queste due disposizioni si è attivato il *Defensor*, opportunamente sollecitato da persone e associazioni interessate, ritenendo che le stesse mettano a rischio la piena tutela delle persone LGBTQIA+ e in particolare delle persone *trans* minorenni: parimenti rilevante è che il *Defensor* esplicitamente premetta – in entrambi i ricorsi – che nel proporli intende agire *anche* quale NHRI. Per questo, pur invocando la violazione dei due parametri costituzionali di cui all'articolo 10, comma 1 (dignità personale) e dell'articolo 18, comma 1 CE (diritto all'intimità personale), nelle argomentazioni addotte il *Defensor* aggiunge considerazioni sulla rilevanza – come canone interpretativo – del parametro di cui all'articolo 10, comma 2 CE che, come ricordato, vincola l'interpretazione del catalogo costituzionale dei diritti agli *standard* internazionali e sopranazionali in materia, richiamando in particolare la Convenzione EDU e le Convenzioni internazionali in materia di protezione delle persone minori.

Anzitutto, nel ricorso avverso la legge madrilena, il *Defensor* rileva che la disposizione impugnata si inserisce in un quadro di principio che – pur riaffermando l'istanza di tutela delle giovani persone *trans* – nei fatti supera il principio, affermato dal preambolo della legge nella sua formulazione previgente, dell'attenzione individualizzata al percorso di affermazione di genere della persona minorenne, in luogo della previsione di divieti o protocolli rigidi.

In secondo luogo, e nonostante la formulazione leggermente diversa delle due disposizioni impugnate, i due ricorsi insistono sul fatto che la previsione – quale requisito necessario e vincolante per l'accesso al trattamento farmacologico – della presa in carico da parte di professionisti della salute mentale viola il principio di autodeterminazione della persona minore di età in ambito sanitario, come definito dalla legge n. 41/2002 e declinato – proprio con riferimento alle persone *trans* minorenni – dalla STC 99/2019. Ritiene in particolare il *Defensor* che il coinvolgimento di professionisti della salute mentale – lungi dal poter essere configurato come obbligatorio per l'accesso a un trattamento farmacologico necessario per la tutela dell'autodeterminazione e della salute della persona – dovrebbe piuttosto rimanere affidato, nella logica dell'attenzione individualizzata, alla valutazione professionale del pediatra nel quadro – diremmo in termini familiari all'ordinamento italiano – dell'alleanza terapeutica. La soluzione proposta dalle disposizioni impugnate – al contrario – viola le garanzie della persona del minore come soggetto titolare di diritti: un sistema complesso, che opera gradualmente, a seconda del grado di maturità della persona, prevedendo se del caso l'intervento dei genitori, di figure tutelari o dello stesso giudice ma che deve rimanere saldamente orientato alla salvaguardia della dignità e dell'autodeterminazione del minore stesso, come chiarito dalla richiamata STC 99/2019. Proprio come le limitazioni all'accesso alla rettificazione anagrafica per le persone – oggetto di tale sentenza – anche restrizioni rigide e legislativamente predeterminate all'accesso a determinati trattamenti sanitari «*condiciona[n] una manifestación de primer orden de la persona y, consecuentemente, incide[n] de un modo principal en su*

dignidad como tal individuo, cuya salvaguarda es la justificación última de un Estado constitucional»[110].

Infine, in entrambi i ricorsi il *Defensor del Pueblo* svolge considerazioni molto interessanti sull'utilizzo del termine «*co-morbilidad*» ritenendo – condivisibilmente – che lo stesso implichi una precomprensione patologizzante dei percorsi di affermazione dell'identità di genere quando invece le varianze di genere sono state ormai depatologizzate, come risulta tanto dal DSM-5[111] che dall'ICD-11[112] nonché dallo stesso articolo 56 della legge n. 4/2023 che richiama espressamente il principio di non patologizzazione tra quelli cui deve ispirarsi l'attenzione sanitaria integrale alle persone *trans*.

Non è possibile diffondersi oltre sul contenuto dei due ricorsi che, come ricordato, sono peraltro ancora pendenti. Dalla pur sommaria esposizione del loro contenuto emerge tuttavia, con sufficiente chiarezza, la prudenza cui il *Defensor* è intervenuto su una materia conflittuale isolando, nel quadro di due leggi fortemente contestate (e altrettanto fortemente appoggiate da altra parte della società e dello schieramento politico) i profili di illegittimità costituzionale dai profili di inopportunità politica; e, con altrettanta chiarezza, il modo in cui prende posizione nella discussione – con particolare riferimento alla tensione tra autodeterminazione e vincoli legislativi alla medesima – valorizzando il punto di vista della Costituzione. Emerge allora la specifica virtualità della funzione persuasiva del *Defensor* – magistratura di opinione[113] – come dispositivo di impulso e arricchimento della discussione pubblica – e della prassi costituzionale – in materia di diritti fondamentali.

5.4 Tra competizione e collaborazione

Come dimostrano questi esempi, la questione del rapporto tra *Defensor del Pueblo* e processo politico – in relazione alla possibilità di impugnare la legge dinanzi al Tribunale costituzionale – non può quindi essere letta unicamente nel prisma dei rischi per la neutralità dell'organo, o ancora ridotta entro gli schemi dell'alternativa Corti/processo politico nella gestione dei conflitti relativi ai diritti fondamentali. Piuttosto, la possibilità di presentare ricorso di incostituzionalità rappresenta, da un lato, una ulteriore manifestazione del ruolo – tipico del *Defensor*, come delle NHRI – di collettore di istanze di tutela dei diritti più o meno diffuse e di cinghia di trasmissione di queste istanze verso gli attori istituzionali. Un ruolo che, in questo ambito specifico,

[110] Così la STC n. 99/2019, richiamata dal *Defensor* a p. 13 del ricorso contro la legge della Comunità di Madrid e a p. 14 del ricorso contro la legge della Comunitat Valenciana.

[111] Si tratta della quinta edizione del Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali, predisposta dall'American Psychiatric Association.

[112] Undicesima edizione dell'*International Classification of Diseases*, predisposta dall'Organizzazione mondiale della sanità.

[113] Così ad esempio J. L. Pérez Francesch, *El Defensor del Pueblo en España*, cit., p. 82.

appare ulteriormente rafforzato dalla declinazione contromaggioritaria (o addirittura controdemocratica) della legittimazione al ricorso, specie se intesa – come avviene nella prassi – in senso moderato e prudente, e come sussidiaria rispetto all'iniziativa degli altri soggetti legittimati: con la significativa aggiunta che tanto le istanze recepite quanto quelle non recepite entrano – almeno potenzialmente – nella discussione pubblica, dal momento che di esse si dà conto negli *Informes*.

Anche in questo caso, pertanto, entra in gioco la funzione *persuasiva* del *Defensor* che, solo eccezionalmente, assume le forme di una iniziativa diretta dinanzi al *Tribunal constitucional*: e peraltro, anche quando decide di presentare ricorso, il suo ruolo è unicamente quello di attivare un ulteriore livello di garanzia e non di assumere direttamente provvedimenti vincolanti. Si tratta, insomma, del punto più avanzato al quale possono spingersi persuasione e responsabilizzazione: il conflitto attorno ai diritti non viene per ciò solo neutralizzato, bensì piuttosto canalizzato in una delle forme previste dalla Costituzione stessa.

In questo senso, il *Defensor del Pueblo* contribuisce all'irrobustimento dei processi di integrazione politica e di consolidamento del pluralismo[114] e, quindi, di garanzia degli assetti dello stato costituzionale. Con la significativa aggiunta, peraltro, che la relazione del *Defensor* con gli altri poteri dello stato (e con il processo politico) non si pone in termini oppositivi o di supplenza/sostituzione ma semmai di concorrenza e cooperazione[115].

6. Rilievi conclusivi

Sebbene ne vengano sovente evidenziati limiti e margini di miglioramento, la prassi del *Defensor del Pueblo* mostra una significativa vitalità dell'organo, che emerge con chiarezza dalla lettura delle tabelle statistiche allegate agli *Informes* annuali, le quali rivelano che al *Defensor* continuano a rivolgersi, di anno in anno, diverse migliaia di cittadini.

L'analisi sin qui condotta ha inteso mettere in luce talune delle più rilevanti potenzialità dell'istituto, quali emergono se lo si osserva dalla distanza e (soprattutto) da un ordinamento ancora privo di una NHRI. Potenzialità che riguardano, soprattutto la mediazione dei conflitti e l'articolazione di un rapporto equilibrato con il processo politico nella costruzione di politiche dei diritti, quali emergono sia nell'esercizio della funzione di protezione dei diritti, sia nella funzione di promozione di una cultura dei diritti, in particolare attraverso l'adozione di provvedimenti che – sebbene non vincolanti – possono contribuire a responsabilizzare gli attori istituzionali.

---

[114] Anche tra le voci critiche, si ammette che il *Defensor del Pueblo* svolge in questo caso la funzione di «*consolidar un pluralismo siempre en peligro*» (I. Torres Muro, *Los recursos del Defensor del Pueblo*, cit., p. 120).

[115] Nel senso che il *Defensor del Pueblo* configuri «*un elemento colaborador mas en un Estado de Derecho*» cfr. L. Rebollo Delgado, *op. cit.*, p. 55.

In questa prospettiva, come si è cercato di mostrare, il *Defensor del Pueblo* rappresenta – in linea con la missione istituzionale delle NHRI – un ponte tra società e istituzioni (e anche, seppur in misura minore, tra *standard* interno e *standard* inter- e sopranazionale di protezione dei diritti), per ciò stesso contribuendo a strutturare e irrobustire i processi di integrazione tipici di uno stato costituzionale pluralistico, non di rado dando voce a istanze marginali ed escluse dal circuito della rappresentanza. Nel prisma dell'attività del *Defensor del Pueblo* – e, più in generale, delle NHRI – è inoltre possibile intercettare l'impatto delle grandi crisi di questo tempo (dalla crisi economica, alla crisi democratica fino alla crisi ambientale) sulla tenuta e sull'effettività dei diritti.

Come è stato osservato, *il Defensor del Pueblo*, privo dei condizionamenti della giurisdizione «*es un buen mediador entre la sociedad y el Estado, un instrumento de participación ciudadana, y el análisis de su doctrina es una buena forma de conocer las inquietudes actuales, reales y concretas, de la sociedad española*»[116].

Tale mediazione si produce nel quadro di un equilibrato supporto al processo politico, che si affida alle risorse della conoscenza e alla responsabilizzazione attraverso la persuasione. Lo dimostra, almeno in parte, anche la prassi relativa al ricorso di incostituzionalità, che rivela in questo ambito potenzialità che trascendono l'alternativa tra Corti e processo politico nei percorsi di protezione dei diritti e, soprattutto, potrebbero consentire di temperare l'estrema polarizzazione che caratterizza – anche in questo ambito – lo spazio pubblico delle democrazie contemporanee. Come mostrato, ad esempio, dai più recenti ricorsi d'incostituzionalità presentati dal *Defensor del Pueblo* in materia di affermazione dell'identità di genere, la gestione del conflitto attraverso la capacità persuasiva di argomenti giuridici solidamente ancorati alla Costituzione potrebbe arricchire il dibattito pubblico e, in prospettiva, favorire dinamiche di responsabilizzazione dei diversi attori istituzionali coinvolti. Una risorsa, quest'ultima, che meriterebbe di essere adeguatamente valorizzata anche nella discussione attualmente in corso – in Italia – sulla creazione di una NHRI.

L'analisi in chiave comparativa dell'esperienza del *Defensor del Pueblo* ha dunque mostrato che le NHRI possono essere efficacemente inquadrate come parte attiva dei processi di integrazione nello spazio pubblico costituzionale e, quindi, come garanti dello Stato *costituzionale* di diritto. In conclusione, c'è dunque margine per domandarsi se esse – così riguardate – possano in effetti contribuire a rafforzare gli argini alla crisi della democrazia costituzionale, arricchendone la legittimazione attraverso canali ulteriori – ma non alternativi – rispetto al processo politico e allo stesso operato delle Corti.

***

[116] Così G. Escobar Roca, *Interpretación y garantía de los derechos fundamentales*, cit., pp. 231-232.

Abstract: Despite efforts across the last two legislative terms, Italy still lacks a National Human Rights Institution (NHRI). In this context, an examination of the Spanish *Defensor del Pueblo* – its origins and practice – yields instructive insights, especially from a *de jure condendo* standpoint. Accordingly, the article analyses the *Defensor del Pueblo* as both a human rights ombudsman and an NHRI to illuminate the evolving configuration of NHRIs in contemporary constitutional democracies. In particular, the institution's legal character and specific competences prompt a reconsideration of the constitutional standing of national institutions as organs of constitutional guarantee, aimed at strengthening the mechanisms for the protection and promotion of fundamental rights and, thereby, the *constitutional* rule of law.

Keywords: National Human Rights Institutions - Ombudsman – Defensor del Pueblo – Fundamental Rights – Constitutional Adjudication – Constitutional Rule of Law.

***

Angelo Schillaci - Professore Associato di Diritto pubblico comparato, Sapienza -Università di Roma (angelo.schillaci@uniroma1.it)