



Rivista N°: 4/2020
DATA PUBBLICAZIONE: 15/10/2020

AUTORE: Elia Aureli*

VERSO UN MOMENTO COSTITUENTE IN CILE?

Sommario: 1. Brevi cenni sui concetti di potere costituente e potere costituito e sulle principali posizioni dottrinali sul tema – 2. La storia costituzionale cilena. Un processo travagliato – 2.1 La costituzione del 1980: ideologia del regime e nascita di una democrazia protetta – 2.2 La discussione politica e dottrinale odierna, relativa alla legittimità della Costituzione - 2.3. Il movimento di protesta la richiesta di una 'costituente' democratica - 3. Conclusioni. Un vero 'momento costituente' per il Cile?

1. Brevi cenni sui concetti di potere costituente e potere costituito e sulle principali posizioni dottrinali sul tema

Il concetto di potere costituente come fenomeno straordinario, capace di fondare o rinnovare un ordinamento, emerge nel tardo '700 con il pensiero di Sieyès¹. Si tratta di un potere che non incontra limiti nel potere costituito², in quanto precisamente indirizzato a rivoluzionario, e che si esprime in circostanze eccezionali, quelle del 'momento costituente'. È per mezzo del potere costituente che viene posta in essere la Costituzione del nuovo ordinamento, intesa come formalizzazione della volontà della Nazione -o del popolo- in quel particolare momento storico.

La teoria del potere costituente consente, inoltre, di stabilire una precisa origine della norma fondamentale in senso kelseniano, quale vertice della piramide del sistema delle fonti, un punto fisso dal quale discende poi l'intero complesso delle norme giuridiche³.

Lo studio del concetto, dei limiti e della concreta applicazione del potere costituente ha interessato a lungo la scienza politica e la dottrina giuspubblicistica, ed è possibile affer-

* Dottorando di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei presso l'Università degli studi di Trento.

¹ E. J. SIEYÉS, *Che cosa è il terzo stato?*, Gwynplaine, Camerano (AN), 2016, introduzione e note di R. Martucci, traduzione di V. Cuccaroni e R. Martucci; cfr. A. SAIITA, *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale*, Giuffrè, Milano, 1975

² E. J. SIEYÉS, *Che cosa è il terzo stato*, cit.; M. CALAMO SPECCHIA, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, in *Rivista AIC*, n.1/2020, p. 276.

³ H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 569 ss.

mare che molti elementi siano ancora vivacemente dibattuti in ambito accademico⁴; Gaetano Silvestri afferma, in merito, che esso “*rappresenta un autentico «rompicapo» per una cultura giuridica abituata a lavorare con le due categorie complementari del legittimante e del legittimato*”⁵.

Un elemento di grande problematicità che merita una preventiva citazione è rappresentato dalla profonda commistione tra l’ambito giuridico e quello più propriamente politologico nella definizione e nell’esercizio del potere costituente⁶. Nella fase costituente il diritto e la politica, nelle loro espressioni più elevate, tendono a sovrapporsi, se non addirittura a fondersi; così come non potrebbe esserci momento costituente senza l’elemento dell’ideologia politica, così non potrebbe nascere una costituzione senza l’utilizzo delle forme e degli strumenti del diritto costituzionale⁷.

Ciò comporta, tuttavia, importanti incertezze in merito al suo inquadramento in termini strettamente giuridici. Vi sono, infatti, autori che arrivano ad escluderlo dal novero dei concetti giuridici⁸, inquadrandolo tra i ‘meri fatti’ da cui derivano effetti giuridici (in questo caso, la stessa norma fondamentale dello Stato). Un elemento di fondamentale importanza, dal quale discendono conseguenze estremamente rilevanti in merito alla forma di stato e di governo⁹, rimane dunque circondato da incertezze relative al suo preciso significato e alla sua natura.

Una posizione tendenzialmente condivisa riguarda il fatto che rappresenti un momento di forte discontinuità con l’ordinamento preesistente, aprendo una fase in cui il potere costituito viene superato da una forza superiore e da esso differente, ossia il potere costituente, che rappresenta il mezzo con cui verranno poste, da lì in avanti, le norme ‘sul’ potere costituito. Paolo Barile lo definisce “*fonte di produzione delle norme costituzionali*”¹⁰. Il carattere di rottura con il potere costituito che lo contraddistingue fa sì che si manifesti spesso attraverso movimenti rivoluzionari, o comunque frutto della volontà di far venir meno il sistema vigente. Quest’ultimo, tuttavia, di norma non prevede alcuna modalità per la propria rimozione:

⁴ Sul tema, con importanti riflessioni sull’evoluzione storica dell’idea di potere costituente e sulle differenze di impostazione dottrinale, cfr. M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993; A. TORRE, *Interpretare la Costituzione britannica. Itinerari culturali a confronto*, Torino, Giappichelli, 1997; GAETANO SILVESTRI, *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, in Scritti in onore di Leopoldo Elia, Giuffrè, Milano, 1999, II, pp. 1615-1634; G. FERRARA, *L’instaurazione delle Costituzioni. Profili di storia costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999, pp. 593 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, cit., p. 267 ss.

⁵ G. SILVESTRI, *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, cit., p. 1615.

⁶ G. SILVESTRI, *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, cit., pp. 1619 ss.; M. FIORAVANTI, *Potere costituente e diritto pubblico*, in I.D. *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, cit., p. 233; J. BASSA MERCADO, *Notas para una Teoría Democrática del Poder Constituyente*, Nomos - Universidad De Viña Del Mar, n° 1, 2008, p. 42.

⁷ Con una nota critica Gaetano Silvestri, il quale afferma che “*Non é senza fondamento la preoccupazione che la persistente carica di politicit  del «superiore» potere costituente possa avere effetti di continua destabilizzazione sul «sottostante» potere costituito*”, G. SILVESTRI, *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, cit., p. 1620.

⁸ P. G. GRASSO, *Potere costituente*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, pp. 657 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, cit., p. 274 e bibliografia ivi citata.

⁹ Il potere costituente sarebbe un “*mero fatto giuridicamente non qualificabile, che produce effetti giuridici imponenti*.” G. SILVESTRI, *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, cit., p. 1625.

¹⁰ P. BARILE, *Potere costituente*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino 1976, p. 444.

l'ordinamento concepisce dei procedimenti per essere modificato o riformato, rimanendo però all'interno delle forme e delle procedure prestabilite. Il potere costituente, quindi, si presenta, nel momento della sua emersione, come formalmente illecito agli occhi dell'ordinamento vigente, ed è identificabile come tale soltanto nel momento in cui abbia avuto successo¹¹. In altre parole, è pienamente individuabile soltanto *ex post*, "si rivela come costituente solo laddove la manifestazione della sua volontà è (riesce ad essere) una Costituzione"¹².

Un altro elemento largamente condiviso è il risultato a cui aspira il potere costituente, ossia la formazione di una costituzione, o comunque della norma fondamentale dell'ordinamento. Al contrario, vi sono posizioni assai variegiate in merito al concetto e al contenuto di costituzione¹³.

In questa sede ci si limita a considerare il contenuto minimo di costituzione¹⁴ quale norma suprema dell'ordinamento, sovraordinata alla legge ordinaria, che stabilisce la forma di Stato, disciplina la forma di governo e prevede un catalogo dei diritti della persona e del cittadino¹⁵.

¹¹ "Dal punto di vista dell'ordinamento giuridico del singolo stato appare come una violazione del diritto, come una modificazione illegittima [...]" H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, cit., pp. 563-564; G. U. RESCIGNO, *La discussione nella Assemblea costituente del 1946 intorno ai suoi poteri, ovvero del potere costituente, delle assemblee costituenti, dei processi costituenti*, in *Diritto pubblico*, 1996, pp. 34 ss.; N. URBINATI, *Political Representation as a Democratic Process, Redescriptions: The Yearbook of Political Thought and Conceptual History*, vol. 10, 2006, pp. 18-40; J. FRANK, *Constituent Moments: Enacting the People in Postrevolutionary America*, Durham, NC: Duke University Press, 2010; C. HEISS, *Soberanía popular y "momento Constituyente" en el debate sobre cambio constitucional en Chile*, in *Revista anales*, Séptima Serie, N° 10/2016, p. 117; M. CALAMO SPECCHIA, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, cit., p. 274.

¹² M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. Cost.*, 1996, p. 154.

¹³ La bibliografia sul tema è assai vasta. Ci si limita a segnalare le opere di alcuni tra i più influenti e puntuali autori che hanno esaminato il concetto di costituzione: C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale (1952), ora in Raccolta di scritti, II, Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972, pp. 12 ss.; C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, trad. a cura di B. LIVERANI, Roma-Bari 1975; C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano 1984, a cura di A. Caracciolo; A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 1997; G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione, Democrazia*, a cura di M. Nicoletti e O. Brino, Giuffrè, 2006; L. VINX, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, Oxford Scholarship Online, January 2009; H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, cit., pp. 562 ss.;

¹⁴ Fioravanti propone tre elementi quale contenuto minimo di una costituzione: la separazione dei poteri, chiarendo il sistema dei rapporti tra istituzioni che va a definire la forma di governo; la clausola di supremazia; la previsione nella costituzione delle modalità che regolino le modifiche alla stessa. M. FIORAVANTI, *Costituzione e legge fondamentale*, in *Diritto Pubblico*, 2/2006, pp. 467-468.

¹⁵ Il catalogo dei diritti non è formalmente previsto dalla teoria della piramide delle fonti di Kelsen, in cui il nucleo essenziale e realmente imprescindibile della norma fondamentale è quello di carattere procedurale, con la divisione dei poteri e le norme sulla produzione legislativa. "A constitution in the formal sense exists wherever the basic rules governing legislation have been given special constitutional form. [...] Note that the formal constitution, according to this conception, may still be purely procedural" L. VINX, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, cit., p. 158. Ciò non intende negare che la tutela dei diritti dei cittadini faccia parte delle funzioni primarie dello Stato: in merito all'affermazione dell'importanza di un *Bill of Rights* nella teoria kelseniana cfr. H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in I.D. *La democrazia*, trad. a cura di G. Melloni, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 181- 382 I.D., *Foundations of Democracy*, Ethics 66: 1-101, 1955; C. CHWASZCZA, *Kelsen on Democracy in Light of Contemporary Theories of Human Rights*, in P. LANGFORD, I. BRYAN, J. MCGARRY (a cura di), *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Law and Philosophy library, vol. 118, Springer, 2017, p. 197. La necessità di garantire il rispetto dei diritti dell'uomo quale elemento imprescindibile in una costituzione è invece

Appare opportuno circoscrivere l'analisi ad un sintetico esame delle argomentazioni più rilevanti che riguardano i temi che verranno successivamente in luce nell'analisi della situazione costituzionale cilena.

Un primo ambito di studio riguarda la eventuale presenza, o meno, di limiti al potere costituente, che riguardino tanto il contenuto del risultato finale quanto le modalità concrete di esercizio. In particolare, si discute se anch'esso, al momento della stesura della costituzione, debba o meno rispettare un certo nucleo di diritti della persona, se debba necessariamente disciplinare la divisione dei poteri e la forma di governo, o se invece non incontri nessun limite contenutistico. La teoria di Sieyès, che lo intende come forza originaria, incarnazione della volontà della Nazione, esclude ogni vincolo contenutistico o procedurale¹⁶. Da un punto di vista strettamente positivisticò, in effetti, appare arduo individuare fonti normative che si contrappongono all'illimitata discrezionalità del potere costituente, proprio per la sua natura fondativa di un nuovo ordinamento, che si disinteressa di eventuali vincoli preesistenti¹⁷. Allo stesso modo, anche la concezione di Schmitt tende ad escludere la presenza di limiti di alcun genere al potere costituente, massima espressione della forza nazionale, che non deve sottostare nessun altro ente o principio e risponde solamente a sé stesso¹⁸.

Eventuali limiti possono essere rinvenuti se si considerano teorie più vicine al giusnaturalismo, che contemplino principi superiori all'ordinamento stesso e trascendano il potere costituito. In questo caso i limiti deriverebbero dal fatto che viene negata la supremazia della volontà del popolo, della nazione o del sovrano, supponendo l'esistenza di valori e principi ad essi ancora superiori (legati a fattori religiosi, morali, o impliciti nella natura umana).

Molti autori contemporanei, in particolare dal secondo dopoguerra, hanno abbandonato l'idea di un potere costituente senza freni o limitazioni, cercando di elaborare teorie costituzionali che prevedessero limiti di vario genere alla fase costituente¹⁹, in particolare in merito al rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo e al livello di partecipazione democratica²⁰. Si può trattare di limiti assoluti, che trascendono il diritto positivo, oppure di limitazioni previ-

affermata all'art. 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789: "Toute société dans la quelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".

¹⁶ E. J. SIEYÈS, *Che cosa è il terzo stato*, cit.

¹⁷ Kelsen afferma che ogni parte della *Grundnorm* è modificabile, se ciò viene fatto secondo la procedura prescritta; non esiste, quindi, un contenuto minimo imprescindibile o non modificabile. Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti della dottrina pura del diritto*, trad. a cura di Treves, R., Einaudi, Torino, 1952, pp. 95 ss.

¹⁸ C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, cit., p. 154; G. SILVESTRI, *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, cit., p. 1617

¹⁹ Cfr. *ex pluribus*: C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, *Riv. Trim. dir. Pub.*, II, 1952, pp. 58 ss.; I.D., voce *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, 145 ss.; A. ROSS, *Diritto e giustizia*, trad. a cura di G. Gavazzi, Einaudi, Torino, 1965, pp. 75-80; P. G. GRASSO, *Il potere costituente*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 39 ss.; A. BALDASSARRE, *Il "referendum" costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1994, p. 247; A. PACE, *L'instaurazione di una nuova costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1997, pp. 44 ss.

²⁰ A favore dell'idea che un nucleo minimo di diritti fondamentali sia implicitamente contenuto nel concetto di potere costituente: E. W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione, Democrazia*, cit.; J. BASSA MERCADO, *Notas para una Teoría Democrática del Poder Constituyente*, cit., p. 49. Cfr. anche C. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, IV Ed., Giappichelli, Torino, 2017.

ste dallo stesso ordinamento precedente, che si intende debbano essere rispettate anche a fronte di una riforma radicale del sistema²¹.

Per quanto riguarda i diritti umani, la loro inviolabilità, che impone il loro rispetto perfino al potere costituente, viene a volte legata alla presenza delle carte internazionali sui diritti o, più spesso, ad un loro presunto valore legato intimamente alla stessa natura umana, e quindi preesistente al diritto positivo, il quale si limita a riconoscerli.

Un secondo tema di sicuro interesse riguarda la necessità o meno, nella fase costituente, dell'elemento democratico. Se ci si limita alla definizione di potere costituente come ciò che, in una fase di discontinuità con il potere costituito, consente la nascita di una nuova norma fondamentale, che regoli da allora in avanti l'ordinamento e le norme sulla produzione giuridica, allora l'elemento democratico non assume valore imprescindibile²². Può essere auspicato, ma non appare strettamente necessario.

La larga maggioranza delle costituzioni riconducibili alla forma di stato liberale²³, ed in particolare tutte quelle 'concesse' dal sovrano al proprio popolo, sono prive del requisito democratico. Dato che appare improbabile negare il loro ruolo e valore costituzionale, se si mantiene l'idea che il potere costituente necessiti di una più o meno ampia partecipazione democratica, se ne deduce che il "potere costituente" non sarebbe più l'unico in grado di porre in essere una Costituzione (si dovrebbe allora parlare di 'poteri costituenti'?).

L'idea maggiormente diffusa in ambito accademico è quella che evidenzia un profondo legame tra popolo e costituzione²⁴. Fin dalla Rivoluzione francese si è radicata l'idea che

²¹ Si discute inoltre della differenza tra potere costituente 'originario' e potere di revisione totale della Costituzione, oggi previsto dalle Carte di Spagna, Svizzera e Austria. L'opinione più diffusa evidenzia delle differenze tra le due categorie: il potere costituente emerge in caso di cambiamenti epocali, che portano alla trasformazione degli assetti sociali e degli stessi valori fondanti della società, mentre una revisione costituzionale, fosse anche totale, non presenta caratteri di discontinuità così marcati. Sul tema: V. BALDINI, *Potere costituente, revisione costituzionale, riforma organica della Costituzione. Considerazione a margine della L. cost. n. 1/97*, in *Jus*, 1997; E. ROZOACUÑA (a cura di), *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, p. 340; G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Monduzzi, Bologna, 1997, p. 76. Altri autori evidenziano la presenza di limiti alla revisione costituzionale in relazione alle norme che riguardano la forma di Stato (limiti assoluti) se espressi nella Carta costituzionale stessa o se evidenti a fronte di un'interpretazione sistematica (limiti impliciti). Cfr. A. PACE, *L'instaurazione di una nuova costituzione. Profili di teoria costituzionale*, cit., p. 33; A. PIZZORUSSO, Art. 138, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Soc. ed. del Foro italiano, Roma, 1981, pp. 703-728 F. MODUGNO, *Il problema dei limiti alla revisione costituzionale. (In occasione di un commento al messaggio alla Camera del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991)*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1650.

²² Cfr. C. GALLI, *Introduzione. Schmitt e Hobbes: una strana coppia?*, in C. Schmitt, *Sul Leviatano*, edizione italiana a cura di C. Galli, Il Mulino, Bologna, 2017; C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, edizione italiana a cura di C. Galli, Il Mulino, Bologna, 2018.

²³ Sul tema, con riferimento allo Statuto Albertino: M. FIORAVANTI, *Costituzione e legge fondamentale*, cit., pp. 469 ss.

²⁴ Sulla necessità più o meno marcata di un intervento democratico nella fase costituente, in quanto espressione del legame imprescindibile tra sovranità popolare e nascita della Costituzione si vedano, con posizioni tra loro ampiamente variegata: C. MORTATI, *La costituzione. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Darsena, Roma, 1945; N. PÉREZ SERRANO, *El poder constituyente*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1947, pp. 14-15; H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., pp. 1-101; H. KELSEN, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Collected Essays, Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1957; G. SILVESTRI, *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, cit., pp. 1615-1634; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione, Democrazia*, cit.; F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti*

il potere costituente sia la massima manifestazione della *volonté populaire*²⁵. Lo stesso articolo 28 della Dichiarazione dei diritti premessa alla Costituzione del 1793 afferma il legame diretto tra popolo e Costituzione: “*Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures*”.

Il popolo sovrano è, in quest’ottica, l’unico legittimato a mettere in discussione il potere costituito, a rovesciarlo e dare vita ad una nuova norma fondamentale, figlia della sua volontà, per mezzo, solitamente, di un’assemblea costituente eletta a tale scopo e con la successiva certificazione tramite chiamata diretta dei cittadini al voto. In un ordinamento democratico sarebbe quantomeno irragionevole che proprio la norma fondamentale, sulla quale si basa il sistema delle fonti²⁶ e che pone i diritti dei consociati, manchi del requisito della partecipazione popolare. Usando le parole di Frosini ad un convegno romano in onore di Costantino Mortati, “*senza potere costituente del popolo nessuna costituzione può diventare legittima, nessuna democrazia può essere pensata e organizzata*”²⁷.

A parere di chi scrive l’elemento democratico nella fase di produzione della norma fondamentale non è un fattore insito nel concetto di potere costituente: qualunque potere, fosse anche autoritario, è in grado di esercitarlo nel momento in cui la Costituzione che ha elaborato diviene efficace e regola l’ordinamento giuridico e le fonti di produzione del diritto²⁸. Ciò non vuole sminuire il valore del meccanismo democratico né negare il principio della sovranità popolare: quello che si intende è lo spostamento del suo ruolo, da insito nel potere

alla revisione costituzionale, *Atti del convegno, Roma - 14 dicembre 2015*, Cedam, Padova, 2017, p. 157 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, cit., p. 266 ss.

²⁵ J.J. ROUSSEAU, *Contratto Sociale*, libro III, capitolo XV, Utet, Torino, 1970; Cfr. E.J. SIEYÈS, *Préliminaire De La Constitution. Reconnaissance Et Exposition Raisonnée Des Droits De L'Homme Et Du Citoyen. Lu Les 20 Et 21 Juillet 1789, Au Comité De Constitution. Par M. L'Abbé Sieyès*, HardPress, Classics Series, 2019. Sul tema, con un approccio storico-giuridico: A. SAITTA, *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale*, cit., pp. 22-23; G. DE RUGGERO, *Storia del liberalismo europeo*, Bari-Roma, Laterza, 1998, p. 65; R. MARTUCCI, *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Il Mulino, Bologna 2001.

²⁶ Kelsen evidenzia il legame tra costituzione in senso formale e regime democratico, così come una certa propensione per la forma di governo parlamentare. Sul tema, tra le molte opere dell’A.; H. KELSEN *Das Problem des parlamentarismus*, Vienna/Leipzig: Braumüller, 1925; I.D. *Foundations of Democracy*, cit.; I.D., *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, cit.; I.D., *Dottrina generale dello Stato*, cit., pp. 348 ss., spec. p. 354-355. Tra gli autori che ne hanno analizzato il pensiero: L. VINX, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, cit., pp. 148 ss.; MERLINO A., *Storia di Kelsen: la recezione della Reine Rechtslehre in Italia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; P. CARROZZA, *Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes*, in P. LANGFORD, I. BRYAN, J. MCGARRY, (a cura di), *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law, Law and Philosophy library*, vol. 118, Springer, 2017, p. 79; C. CHWASZCZA, *Kelsen on Democracy in Light of Contemporary Theories of Human Rights*, cit., pp. 194 ss.

²⁷ T. E. FROSINI, *Potere costituente e sovranità popolare*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale, Atti del convegno, Roma - 14 dicembre 2015*, Cedam, Padova, 2017, p. 157 ss., spec. p. 158.

²⁸ “*In genere i sostenitori del punto di vista soggettivistico rifuggono dall'affermazione brutale che il potere assoluto spetta alle forze politiche dominanti al di là e al di fuori di qualsiasi regola procedurale. Si preferisce far riferimento al popolo [...]*” G. SILVESTRI, *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, cit., p. 1623

costituente a elemento principe nell'ambito della forma di stato. Il valore dell'elemento democratico è, infatti, cruciale nella definizione della forma di stato che la Costituzione stabilisce²⁹.

È questo il punto fondamentale: mentre una Costituzione può anche essere concessa da un sovrano senza consultazione popolare, uno stato di democrazia pluralista può nascere soltanto con l'intervento del popolo nella fase costituente. La sua eventuale assenza comporterebbe l'instaurazione di un differente forma di Stato.

Un ultimo ambito di particolare interesse in questo studio riguarda i rapporti che intercorrono tra potere costituente e potere costituito. Se da un lato non si può prescindere dall'elemento di discontinuità con l'ordinamento preesistente, dall'altro la storia costituzionale - in particolare quella più recente - ha dimostrato come sia riduttiva (e soprattutto si discosti dalla realtà dei fatti³⁰) l'idea di un momento costituente nella sua definizione più classica³¹, quale prodotto di una rivolta popolare o di una rivoluzione che abbatte il potere costituito e pone le basi per un nuovo, rinnovato, ordinamento. La storia costituzionale recente mostra come, anche nei momenti di grande riforma, si mantenga un certo grado di continuità con il sistema previgente.

È tuttavia possibile interrogarsi su quale sia il limite dei rapporti tra l'ordinamento vigente e il potere costituente che si appresta a manifestarsi: superati determinati confini si potrebbe sostenere che si tratti di mere riforme costituzionali ammantate del nome altisonante di momento costituente³².

Tutti i punti sinteticamente trattati emergono nella situazione costituzionale odierna del Cile, che ci si appresta ad esaminare. Ci si chiede se una Costituzione emanata da un regime dittatoriale sia o meno valida, e se sia o meno adatta a mantenere il suo ruolo una volta che l'ordinamento è divenuto democratico e pluralista. In secondo luogo, si discute di quale sia il livello minimo, o adeguato, di partecipazione popolare nella fase costituente per potersi parlare, nel sistema contemporaneo, di Costituzione democratica³³. Ci si domanda, infine, se il potere costituente possa essere limitato nei modi di esercizio e nel contenuto della elaboranda costituzione da norme del potere costituito.

²⁹ Anche gli autori che legano il concetto di potere costituente e di costituzione al necessario intervento popolare si riferiscono implicitamente ad ordinamenti in cui vige la forma di Stato democratico-pluralista, e parlano di "costituzione democratica". Cfr. H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 570; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione, Democrazia*, cit, p. 114 ss.

³⁰ M. CALAMO SPECCHIA, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, cit., p. 274

³¹ Il momento costituente era, almeno in età liberale, considerato come un fenomeno di intimamente legato alla rivoluzione, alla cacciata della monarchia e comunque alla sollevazione popolare. Sul tema M. FIORAVANTI, *Costituzione e legge fondamentale*, cit., pp. 471-472.

³² La politica italiana ha fornito, in merito, esempi poco edificanti, essendosi resa protagonista di un uso strumentale del termine "costituente", impiegato per enfatizzare riforme costituzionali 'ordinarie' o interventi legislativi organici. Sul tema, *ex pluribus*, G. SILVESTRI, *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, cit., p. 1623 e bibliografia ivi citata.

³³ Per una teoria del potere costituente che oggi necessita di una maggiore partecipazione, con legittimazione pluralista per tappe: A. ARATO, *Multi-Track Constitutionalism Beyond Carl Schmitt*, *Constellations* 18-3, 2011, pp. 324-351; sul tema cfr. B. ACKERMAN, *We The People*, Vol I, *Foundations*, Cambridge MA, Belknap Press, 1991; A. PACE, *L'instaurazione di una nuova costituzione. Profili di teoria costituzionale*, cit., pp. 7-50.

2. La storia costituzionale cilena. Un processo travagliato.

La storia costituzionale cilena ha sempre sofferto di un grave deficit democratico. Come diversi autori hanno sottolineato, non c'è mai stata una vera partecipazione popolare nella stesura del testo costituzionale³⁴, che abbia portato ad una costituzione autenticamente democratica³⁵.

Non ci si riferisce soltanto alla controversa Costituzione del 1980, ma anche a quelle precedenti: anche senza analizzare le Carte più risalenti³⁶, la stessa Costituzione del 1925 era stata approvata a seguito di un intervento delle forze armate³⁷. Ciò nonostante, la Carta del 1925 aveva un contenuto tendenzialmente rispondente alle esigenze di partecipazione popolare, rispetto dei diritti umani e separazione dei poteri che distinguono le forme di stato liberali e democratiche³⁸.

Un primo punto di svolta nella storia cilena recente può essere individuato il 3 novembre 1970, con l'elezione a Presidente della Repubblica di Salvador Allende. Sostenuto dalle forze di orientamento marxista, dai radicali e dai cattolici di sinistra, il Governo Allende si faceva portatore una politica maggiormente ispirata a ideali socialisti rispetto a quella propria dei governi precedenti³⁹. La sua presidenza, da subito osteggiata dalle élites che occupavano numerosi ruoli chiave dell'ordinamento, è stata infine destituita l'11 settembre del 1973, mediante un colpo di Stato militare guidato dal generale Pinochet⁴⁰.

Da un punto di vista strettamente legato allo studio del diritto pubblico, l'atteggiamento del neonato regime presenta profili di notevole interesse, riguardanti tanto le

³⁴ Tutti i precedenti momenti costituzionali in Cile (con le Costituzioni del 1825, 1833, 1925 e 1980) sono stati guidati dalle élites e imposti *manu militari* dall'intervento dell'esercito. Sul tema J. BASSA MERCADO, *Notas para una Teoría Democrática del Poder Constituyente*, cit., pp. 41-42.

³⁵ S. GREZ TOSO, *La ausencia de un Poder Constituyente democrático en la historia de Chile*, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Tiempo Histórico, n. 1/2010, Santiago, Chile, p. 16; V. VALDIVIA, *Estabilidad y constitucionalismo: Las sombras de la excepcionalidad chilena*, in C. FUENTES (a cura di), *En el nombre del pueblo: Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2010, pp. 131-154;

P. RUIZ-TAGLE, *Cinco Repúblicas y una tradición. Constitucionalismo chileno comparado*, Santiago: LOM, 2016; C. HEISS, *Participación política y elaboración Constitucional: el caso de Chile*, in *Derecho y Crítica Social*, 4(1), 2018, pp. 123 ss.

³⁶ Per un approfondimento sul tema cfr. F. CAMPOS HARRIET, *Historia Constitucional de Chile*, Santiago, Editorial Jurídica, de Chile, 1983; J. EYZAGUIRRE, *Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile*, Santiago, Editorial Universitaria, 1992; G. SALAZAR, *Construcción de Estado en Chile (1760-1860). Democracia de los "pueblos". Militarismo ciudadano. Golpismo oligárquico*, Santiago, Editorial Sudamericana, 2005; S. GREZ TOSO, *La ausencia de un Poder Constituyente democrático en la historia de Chile*, cit., pp. 15 ss.

³⁷ S. GREZ TOSO, *La ausencia de un Poder Constituyente democrático en la historia de Chile*, cit., p. 29.

³⁸ Sulla genesi e le linee ispiratrici della costituzione del 1925, sottolineando il fatto che ci fossero, nonostante tutto, degli importanti avanzamenti in termini di diritti dell'uomo e di partecipazione popolare nella vita politica del Paese: S. GREZ TOSO, *La ausencia de un Poder Constituyente democrático en la historia de Chile*, cit., pp. 22 ss.; sul tema cfr. G. SALAZAR, *Movimiento social y construcción de Estado: la Asamblea Constituyente popular de 1925*, Documentos de Trabajo, N°133, Centro de Estudios Sociales y Educación SUR, Santiago, novembre 1992, p. 15.

³⁹ Sulla presidenza di Allende: C. VIERA ÁLVAREZ, *Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente*, in *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Viña del Mar, n° 5, 2011, pp. 151-171.

⁴⁰ Sul colpo di Stato: S. GREZ TOSO, *La ausencia de un Poder Constituyente democrático en la historia de Chile*, cit., pp. 30 ss.; C. VIERA ÁLVAREZ, *Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente*, in *Revista de Derechos Fundamentales*, cit., p. 152;

implicazioni teorico-giuridiche del suo operato, quanto le conseguenze ancora presenti nell'ordinamento attuale.

In particolare, risulta interessante quanto disposto dal DL n.1 dell'11 settembre 1973, nel quale la Giunta Militare ha assunto -o meglio, si è autoassegnata- potere legislativo, esecutivo e costituente⁴¹.

Aver deciso di appropriarsi, fin dal primo momento, della potestà costituente evidenzia innanzitutto come vi fosse una precisa volontà di innovare la Costituzione del 1925, e chiarisce inoltre in maniera inequivocabile come, nella concezione del regime, il potere costituente spettasse alla Giunta stessa, e non al popolo. Quanto stabilito nel DL n.1 del 1973 ha posto fine, di fatto, alla Carta del 1925, in quanto il nuovo regime avrebbe sempre potuto attribuire un valore costituente alle norme eventualmente contrastanti con la Costituzione formalmente vigente, rendendola sostanzialmente subordinata alla produzione normativa ordinaria⁴². Ciò è stato chiarito esplicitamente con un successivo decreto legge, il DL n.788, del 2 dicembre 1974, relativo alle 'norme sull'esercizio del potere costituente', che all'art.1 recita "Los decretos leyes dictados hasta la fecha por la Junta de Gobierno, en cuanto sean contrarios o se opongan, o sean distintos, a algún precepto de la Constitución Política del Estado, han tenido y tienen la calidad de normas modificatorias, ya sea de carácter expreso o tácito, parcial o total, del correspondiente precepto de dicha Constitución".

Superare, di fatto, i limiti imposti dal testo costituzionale in vigore, non era però sufficiente; nel corso degli anni successivi il regime di Pinochet ha iniziato ad elaborare il progetto per la stesura di una nuova Costituzione, istituendo un'apposita commissione⁴³, la *Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile*, più conosciuta come *Comisión Ortúzar*⁴⁴.

Il progetto di Costituzione presentato dalla *Comisión Ortúzar* è stato pubblicato dal Governo il 10 agosto 1980, indicando contestualmente un plebiscito per la sua approvazione⁴⁵, tenutosi nella data simbolica dell'11 settembre 1980. La nuova Costituzione è stata approvata con oltre quattro milioni di voti favorevoli (67,04%) e meno di due milioni di voti contrari (30,19%). La letteratura giuridica e storico-politica degli anni successivi ha ampiamente

⁴¹ Art. 1, DL n.1, 11 settembre 1973. Il successivo decreto legge n.128 del 16 novembre 1973, chiarisce ulteriormente l'accentramento del potere nelle mani dell'esecutivo. L'articolo 1, infatti, afferma: "La Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo".

⁴² Sul fatto che il Decreto legge 1 del 1973 abbia, di fatto, destituito la Costituzione del 1925 prima ancora della sua formale sostituzione nel 1980: R. CRISTI BECKER, *La noción de poder constituyente en Carl Schmitt y la génesis de la Constitución chilena de 1980*, in *Revista Chilena de Derecho*, vol. XX N° 2-3, 1993, pp. 229-250; I.D., *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad*, Santiago, Ediciones Lom, 2000, pp. 80 ss.; J. BASSA MERCADO, *Notas para una Teoría Democrática del Poder Constituyente*, cit., p. 58.

⁴³ S. GREZ TOSO, *La ausencia de un Poder Constituyente democrático en la historia de Chile*, cit., p. 31.

⁴⁴ Cfr. capitolo 2.1.

⁴⁵ Si noti l'accurato utilizzo della terminologia. Il popolo viene chiamato a "ratificare", non ad "approvare" il testo costituzionale ("*ratificar*" y no "*aprobar*" en atención a que la ciudadanía no detentaba el poder constituyente), implicando il mantenimento del potere costituente nelle mani della giunta. C. VIERA ÁLVAREZ, *Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente*, in *Revista de Derechos Fundamentales*, cit., p. 163

evidenziato la mancanza di garanzie minime di trasparenza nello svolgimento del voto, nonché la presenza di numerosi brogli elettorali⁴⁶.

Alla caduta del regime di Pinochet, nel 1989, avvenuta a seguito della vittoria del 'No' nel plebiscito per la rielezione del *General* per un ulteriore mandato di otto anni, è seguita una fase di progressiva liberalizzazione della partecipazione politica ed un graduale ritorno alla democrazia.

Singolarmente, la Carta del 1980, caratterizzata dalla previsione di ampi poteri presidenziali e da un ruolo attivo degli organi militari nell'ordinamento civile, non è stata sostituita, come sarebbe stato prevedibile, da una nuova costituzione. Si tratta di una decisione inusuale, poco comprensibile da un punto di vista esterno alla realtà del Cile di fine anni '80. Lo stesso vale anche se la si considera dal punto di vista della teoria del potere costituente: la caduta di un regime dittatoriale, con il ritorno ad un ordinamento pluralista e democratico, rappresenta senza dubbio un esempio di momento costituente. Appare dunque singolare che un ordinamento così rinnovato si fondi su quella stessa norma fondamentale che era stata posta in maniera autoritativa dal regime precedente, e non si provveda invece alla convocazione di una nuova Assemblea costituente.

A ben vedere, tuttavia, la condotta tenuta in tale frangente da parte delle forze politiche non è stata priva di motivazioni ragionevoli. Questa decisione si è basata primariamente sulla ricerca di stabilità e nel tentativo di mantenere l'ordine pubblico⁴⁷. Va infatti ricordato come Pinochet non fosse stato rovesciato da una rivoluzione o un movimento popolare violento, ed avesse quindi potuto mantenere piena libertà e influenza politica. Inoltre, rimaneva Comandante dell'esercito, carica che ha ricoperto fino al 1998: la minaccia di un suo ritorno al potere tramite un nuovo colpo di stato militare era sempre presente e concreta.

In questo scenario, l'ipotesi di lanciare un segnale così netto di discontinuità con il regime precedente, quale la dichiarazione di illegittimità della Costituzione, sarebbe risultata forse troppo rischiosa⁴⁸. In tal senso si è espresso anche l'ex Presidente della Repubblica Patricio Aylwin, il quale ha affermato: "*Personalmente yo soy de los que considera ilegítima*

⁴⁶ Tra gli studi che evidenziano la presenza di numerosi brogli e irregolarità nel corso del plebiscito: S. CARRASCO DELGADO, *Génesis de la Constitución de 1980*, in *Revista de Derecho Público*, n. 29-30, 1981, pp. 35-65; A. CAVALLO, M. SALAZAR, O. SEPÚLVEDA, *La historia oculta del régimen militar. Memoria de una época 1973-1988*, II ed., Randomhouse-Mondadori, Mito de Bolsillo, Santiago, 2004; R. BARROS, *La junta militar, Pinochet y la Constitución de 1980*, Santiago, Editorial Sudamericana, 2005, pp. 411-412; J. BASSA MERCADO, *El Estado Constitucional de Derecho. Efecto sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, Santiago, Lexis Nexis, 2008, p. 39; S. GREZ TOSO, *La ausencia de un Poder Constituyente democrático en la historia de Chile*, cit., p. 31; C. VIERA ÁLVAREZ, *Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente*, in *Revista de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 156 ss.

⁴⁷ Il procedimento seguito ha portato ad un periodo di relativa pace sociale e prosperità economica, ed ha consentito di avviare il processo verso l'affermazione di un regime democratico. Lo storico Joaquín Fermanois afferma in tal senso: "*Los 26 años de vigencia real de la Constitución de 1980 no por casualidad coinciden con el mejor período de la historia del país desde fines del XIX siglo*", J. FERMANOIS, *Danza Constitucional*, El Mercurio, 10 maggio 2016.

⁴⁸ Sul tema: C. VIERA ÁLVAREZ, *Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente*, in *Revista de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 165 ss.

*la Constitución de 1980 [...], (pero) esa Constitución –me guste o no– está rigiendo. Este es un hecho de la realidad queyo acato*⁴⁹.

Se a livello ideologico la scelta di mantenere in vigore la Costituzione può aver causato non pochi malumori, va senza dubbio sottolineato positivamente il fatto che ciò abbia portato ad un progressivo superamento dell'ordinamento antidemocratico cileno senza alcuna violenza o spargimento di sangue⁵⁰.

Nel corso degli anni, tuttavia, le richieste popolari di rimozione, o almeno di profonda riforma della Costituzione si sono fatte sempre più insistenti. Ad esse sono seguiti più interventi di riforma della Costituzione⁵¹, tra i quali il più importante è senza dubbio quello del 2005⁵². Con la riforma del 17 settembre 2005 si è inteso dare un segnale di discontinuità con l'ordinamento precedente: tra i numerosi interventi normativi, il più rilevante è probabilmente la ridefinizione dei poteri del Consiglio di Sicurezza Nazionale (COSENA) che è diventato un organo puramente consultivo agli ordini della Presidenza della Repubblica, mettendo fine al potere di ingerenza delle forze armate nell'ordinamento civile.

Un ulteriore, significativo elemento di cesura è rappresentato dalla eliminazione della firma presidenziale di Pinochet, sostituita con quella del Presidente Ricardo Lagos. In tal modo il Governo ha inteso affermare la fine della vigenza della Carta del 1980, volendo rappresentare quella del 2005 come una Costituzione interamente nuova⁵³. Sebbene siano stati apportati importanti correttivi all'impianto costituzionale, eliminando svariati elementi di criticità e avvicinando l'ordinamento cileno a quello di uno stato democratico costituzionale a tutti gli effetti, permangono al suo interno elementi problematici, e non è stata del tutto risolta la questione di fondo dell'origine autoritaria della Carta⁵⁴.

2.1 La costituzione del 1980: ideologia del regime e nascita di una democrazia protetta.

Per comprendere più chiaramente le critiche mosse alla Costituzione del 1980, così come le problematiche ancora contenute nella sua versione attuale, è utile approfondire quelle che sono state le correnti ideologiche ispiratrici del testo, interrogandosi quindi sulla filosofia politica del regime, che si è poi riflessa nel contenuto della Carta.

⁴⁹ R. OTANO GARDE, *Nueva crónica de la Transición*, 2ª edición, Santiago, LOM ediciones, 2006, p. 21;

⁵⁰ La pacifica rimozione del regime dittatoriale ha comportato, tuttavia, la necessità di garantire piena immunità a Pinochet per i crimini commessi nel corso degli anni in cui è stato al potere.

⁵¹ C. VIERA ÁLVAREZ, *Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente*, in *Revista de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 157 ss.

⁵² Tra i molti autori che hanno analizzato la riforma e le sue ricadute politiche e istituzionali cfr. R. CRISTI BEKER, P. RUIZ-TAGLE, *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*, Santiago: LOM, 2006; HEISS, C., NAVIA, P., *You Win Some, You Lose Some: Constitutional Reforms in Chile's Transition to Democracy*, in *Latin American Politics and Society*, 49(3), 2007, pp. 163–190.

⁵³ Sul tema si segnala un'interessante lettera Sergio Romero Pizarro, ambasciatore del Cile e presidente del Senato nel 2005, a Marco Tarquinio, direttore de L'Avvenire, disponibile online all'indirizzo:

<https://www.avvenire.it/opinioni/pagine/la-saldezza-della-democrazia-cilena-e-la-via-per-curare-il-male-odierno>

⁵⁴ Si veda il capitolo 2.1.

Il principale esponente della commissione di professori e giuristi (*Comisión Ortúzar*⁵⁵) incaricata di elaborare il progetto costituzionale era Jaime Guzmán⁵⁶, da sempre vicino alle posizioni conservatrici e liberiste. Guzmán era ben consapevole della necessità di attribuire legittimità formale, e non solo sostanziale, al governo di Pinochet⁵⁷.

Il pensiero giuridico da cui ha attinto maggiormente⁵⁸ a questo scopo è quello che si ispira alla scuola di Carl Schmitt⁵⁹, specialmente attraverso la sua interpretazione ad opera di autori spagnoli del periodo franchista, tra i quali in particolare Sánchez Agesta⁶⁰. La teoria che ne deriva è quella secondo cui la fonte del potere costituente non è -necessariamente- il popolo, bensì chiunque sia in grado di esercitarlo, ponendo una nuova norma fondamentale. In altre parole, è titolare del potere costituente chi sia in grado di redigere e rendere efficace una costituzione; che ciò avvenga mediante una rivoluzione più o meno pacifica non rilevante, così come non è strettamente necessaria una partecipazione popolare nella fase di scrittura o di approvazione della nuova costituzione. Da tale concezione del potere costituente deriva una piena e indubbia legittimità della Carta del 1980.

Il regime politico che viene delineato nella Carta del 1980 è quello di una 'democrazia protetta'⁶¹, in cui i diritti civili e soprattutto politici sono garantiti, ma soltanto all'interno di de-

⁵⁵ Sulla Commissione: C. VIERA ÁLVAREZ, *Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente*, in *Revista de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 154 ss.

⁵⁶ Per un'analisi del pensiero giuridico e ideologico di Jaime Guzmán cfr. A., FONTAINE ALDUNATE: *El miedo y otros escritos. El pensamiento de Jaime Guzmán*, in *Estudios Públicos*, N° 42, 1991, pp. 251-570; G. ROJAS SÁNCHEZ, (a cura di), *Derecho político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 1996, 193 pp.; R. CRISTI BECKER, *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad*, cit.; B. MONCADA DURRUTI, *Jaime Guzmán. Una democracia contrarrevolucionaria. El político de 1964 a 1980*, Santiago, RilEditores, 2006.

⁵⁷ J. GUZMÁN ERRÁZURIZ, *La definición constitucional*, in *Revista Realidad*, N° 15, 1980, p. 22. Sul modo in cui la dottrina del regime ha interpretato i concetti di potere costituente e di Costituzione, inoltre: J. BASSA MERCADO, *Notas para una Teoría Democrática del Poder Constituyente*, cit., pp. 56 ss.

⁵⁸ Tra i numerosi autori che hanno sottolineato i legami, almeno dal punto di vista della concezione del potere e della sovranità, tra gli scritti di Schmitt, la dottrina spagnola e l'opera di Jaime Guzmán cfr. G. GÓMEZ ORFANEL, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 15; R. CRISTI BECKER, *La noción de poder constituyente en Carl Schmitt y la génesis de la Constitución chilena de 1980*, cit., pp. 229-250; I.D., *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad*, cit., p. 77; J. BASSA MERCADO, *Notas para una Teoría Democrática del Poder Constituyente*, cit., pp. 41-70.

⁵⁹ La produzione letteraria di Carl Schmitt è amplissima, così come è noto il grande impatto che ha avuto sull'evoluzione del diritto costituzionale e del diritto pubblico in generale. Tra le molte opere dell'autore ci si limita a citare, in questo contesto: C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit.; I.A., *Dialogo sul potere*, a cura di G. Gurisatti, Adelphi, Milano, 2012; I.A., *Il valore dello Stato e il significato dell'individuo*, a cura di C. Galli, Il Mulino, Bologna, 2013.

⁶⁰ Importante giurista e storico spagnolo, è stato tra i principali costituzionalisti operanti sotto il regime di Franco, contribuendo in maniera rilevante alla stesura della *Ley Organica del Estado* del 1967. Tra le molte opere, si vedano in particolare: L. SÁNCHEZ AGESTA, *Lecciones de Derecho Político. Teoría de la política y del Estado*, IV ed., Granada, 1951; I.A. *El pensamiento político del despotismo ilustrado*, Universidad de Sevilla, 1979.

⁶¹ Il concetto di 'democrazia protetta' è stato ampiamente studiato dalla dottrina italiana ed europea, e si presta ad una pluralità di sfaccettature contenutistiche, oltre che ad un ampio ventaglio di giudizi. Sul tema, *ex pluribus*, cfr. S. BARTOLE, P. GRILLI DI CORTONA, (a cura di) *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa centro-orientale*, Giappichelli, Torino, 1998; M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Giappichelli, Torino, 2000; S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le Twin Towers*, Giappichelli, Torino, 2004; I. ROSSINI, "Democrazia protetta" e "leggi eccezionali": un dibattito politico italiano (1950-1953), in *Dimensioni e problemi della ricerca storica*, 2/2011, pp. 75 ss. Per quanto riguarda l'esperienza dell'America Latina cfr. S. HUNTINGTON, *La terza ondata. I processi di democratizzazione alla fine del XX secolo*, Il Mulino, Bologna, 1995; E. ROZOACUÑA, G. DONATI, *Le Costituzioni*

terminati parametri, che sono stabiliti proprio da chi detiene il potere. La sovranità, in questo contesto, non appartiene propriamente al popolo, in quanto ad essa vengono imposti dei limiti⁶² piuttosto stringenti. Ad esempio, quella del regime è una sovranità popolare che deve incontrare il bilanciamento con concetti quali il comune sentire storico e tradizioni della nazione⁶³.

I due valori di fondo che ispirano la Costituzione sono quelli del giusnaturalismo cattolico⁶⁴ e del liberismo sul modello statunitense⁶⁵.

I due modelli convivono, non senza qualche contraddizione⁶⁶, all'interno della Carta. Ciò che ne deriva è un ordinamento che tutela e valorizza in maniera assai marcata la proprietà privata e la libertà d'impresa, mentre assicura garanzie più tiepide ai diritti sociali e alle formazioni sociali in generale, con l'evidente eccezione della famiglia, che invece assume un ruolo di massima importanza⁶⁷. Si tratta di un modello di società fortemente individualista,

dell'America Latina, Senato della Repubblica, Roma, 2000; L. MEZZETTI, *Le democrazie incerte: transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa Orientale, Africa, America Latina, Asia*, Giappichelli, Torino, 2000. Sulla declinazione del concetto di 'democrazia protetta' nel Cile di Pinochet: C. HUNEEUS, *La autodisolución de la 'democracia protegida' en Chile. Cambios institucionales y el fin del régimen del General Pinochet*, in *Revista de Ciencia Política*, Vol. 19, N°1, 1997, pp. 61-86; O. GODOY ARCAÑA, *La transición chilena a la democracia pactada*, in *Estudios Públicos*, n.74, 1999, pp. 79-106; C. VIERA ÁLVAREZ, *Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente*, in *Revista de Derechos Fundamentales*, cit., p. 152; C. HUNEEUS, *El régimen de Pinochet*, Santiago, Taurus, 2016, p. 242.

⁶² Viene in tal senso evidenziato come un pluralismo limitato sia una contraddizione in termini, in cui l'aggettivo 'limitato' finisce per svuotare di significato il sostantivo 'pluralismo': P. CHAPARRO, F. CUMPLIDO, *El proceso de toma de decisiones en el contexto político militar-autoritario chileno. Estudio de dos casos*, in M. A. GARRETÓN, (a cura di), *Chile 1973-1982?*, Santiago, Flacso, 1983, p. 39.

⁶³ Lo stesso Guzmán afferma: "Pienso que sostener que la soberanía reside en la nación, perfila una idea más nítida de la limitación que a quella debe reconocer en la fidelidad o esencia del alma nacional, sin la cual lesionaría gravemente el bien común. Radicar la soberanía exclusivamente en el pueblo elector, debilita ese vínculo espiritual, y facilita la tendencia anti histórica de quienes creen que el sufragio universal de un día, puede ignorar impunemente el legado obligatorio que a una nación le impone lo que un autor español llamara con singular acierto 'el sufragio universal de los siglos'", J. GUZMÁN ERRÁZURIZ, *La Constitución política*, in *Revista Chilena de Derecho*, vol. 6, n. 1-4, 1979, pp. 55-56.

⁶⁴ Sull'unione di giusnaturalismo cristiano e individualismo liberale nel pensiero di Guzmán: R. CRISTI BEKER, *Jaime Guzmán. Capitalismo y moralidad*, in *Revista de Derecho*, vol.10, N°1, 1999, pp. 87-102; J. L. EGAÑA, *Derecho Constitucional Chileno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, p. 56; C. VIERA ÁLVAREZ, *Aproximaciones al sincretismo ideológico de la Constitución chilena. Especial referencia al iusnaturalismo escolástico y neoliberalismo*, in *Revista de Derechos Fundamentales – Universidad Viña del Mar*, n° 9, 2013, pp. 113-142; sul giusnaturalismo cattolico in particolare pp. 114 ss.

⁶⁵ Sul tema del liberismo e del neoconservatorismo in Cile e in America Latina: A. FOXLEY, *Experimentos neoliberales en América Latina*, *Estudios Cieplan*, N°59, 1982; F. ÁLVAREZ-URÍA, *Retórica Neoliberal*, in I.D. (a cura di), *Neoliberalismo versus democracia*, Madrid, La Piqueta, 1998, pp. 353-384; N. LECHNER, *El proyectoneo conservador y la democracia*, in *Obras escogidas de Norbert Lechner*, vol. II, Santiago, LOM, 2007, pp. 137-140; C. VIERA ÁLVAREZ, *Aproximaciones al sincretismo ideológico de la Constitución chilena. Especial referencia al iusnaturalismo escolástico y neoliberalismo*, cit., pp. 113-142.

⁶⁶ Tra le contraddizioni proprie di un sistema che si ispira sia al liberalismo individualista, sia ad una visione conservatrice e tradizionalista, vi è la funzione stessa dello Stato, che da un lato intende lasciare grandi libertà economiche e d'iniziativa privata, ma dall'altro impone un forte controllo politico ai cittadini. Cfr. P. VERGARA, *Auge y caída del neoliberalismo en Chile*, Santiago, Flacso, 1985; C. VIERA ÁLVAREZ, *Aproximaciones al sincretismo ideológico de la Constitución chilena. Especial referencia al iusnaturalismo escolástico y neoliberalismo*, cit., pp. 136.

⁶⁷ In Cile la legge sul divorzio è stata approvata soltanto nel 2004, dopo duri scontri politici, mentre risale a 2017 la prima legge che ha parzialmente decriminalizzato l'interruzione volontaria di gravidanza, rendendola legittima soltanto nei casi di pericolo di morte per la madre, di difetti congeniti mortali per il feto e in caso di gravidanza dovuta a violenza sessuale.

che guarda con sospetto a forme di solidarietà o di socialità che potrebbero rappresentare l'anticamera del socialismo, mentre al tempo stesso valorizza la famiglia come elemento naturale e imprescindibile.

Dal punto di vista delle politiche pubbliche questa impostazione ideologica ha portato ad un'ampia opera di liberalizzazione, limitando progressivamente l'intervento dello Stato in numerose materie di particolare importanza, quali l'istruzione, la previdenza, la sanità e le maggiori attività industriali⁶⁸. L'inclinazione al liberismo non è venuta meno con la fine del regime: la privatizzazione di settori chiave dell'ordinamento e la scarsità di politiche sociali sono tra i fattori scatenanti del disagio sociale che è poi sfociato nelle violente proteste che hanno ciclicamente segnato il Paese negli ultimi anni.

Infine, la forma di governo espressa dalla Costituzione del 1980 presenta numerose criticità dal punto di vista della effettiva separazione dei poteri⁶⁹. Sebbene l'architettura istituzionale nel suo complesso si basi sul modello della forma di governo presidenziale statunitense -tuttora vigente-, nella Carta cilena non vi è un altrettanto sofisticato sistema di *Checks and Balances* per circoscrivere il potere presidenziale: al contrario, la Giunta accentra sostanzialmente l'intero complesso dei poteri, controllando in particolare quelli legislativo ed esecutivo⁷⁰.

Come detto, il regime è venuto meno nel 1989, e con la riforma costituzionale del 2005 sono stati corretti molti degli aspetti che rendevano l'ordinamento cileno incompatibile con un effettivo sistema democratico. Tra essi vi era il ruolo del Consiglio di Sicurezza Nazionale (COSENA), il quale aveva, fino al 2005, poteri attivi nella determinazione della politica nazionale⁷¹.

Questo elemento di criticità è stato rimosso dall'ordinamento con la riforma costituzionale del 2005; permangono tuttavia importanti problemi di fondo, sia nel merito del testo costituzionale che, soprattutto, per quanto interessa questo studio, dal punto di vista della sua legittimità, ancora contestata da parte della dottrina.

2.2 La discussione politica e dottrinale odierna, relativa alla legittimità della Costituzione.

Il tema della legittimità o meno della Costituzione ha interessato la discussione politica e ac-

⁶⁸ A. FOXLEY, *Experimentos neoliberales en América Latina*, cit., p. 38; N. LECHNER, *El proyectoneo conservador y la democracia*, cit., pp. 137-179.

⁶⁹ Sul tema: C. HEISS, *Soberanía popular y "momento Constituyente" en el debate sobre cambio constitucional en Chile*, cit., pp. 120 ss.

⁷⁰ "Este proceso de elaboración de la Constitución no solo no es democrático sino que no cumple con los mínimos de una norma fundamental: no se divide el ejercicio del poder (la Junta concentra los poderes constituyente, ejecutivo y legislativo), no consagra efectivamente el principio de legalidad (los actos de la Junta se encuentran autor regulados) y no hay garantía real y efectiva para el ejercicio y protección de los derechos fundamentales", C. VIERA ÁLVAREZ, *Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente*, in *Revista de Derechos Fundamentales*, cit., p. 158.

⁷¹ Sul ruolo del potere militare nelle fasi di transizione da regime democratico ad autoritario (e viceversa): R. TONIATTI, *Il ruolo delle forze armate*, in G. DE VERGOTTINI (a cura di), *Una Costituzione democratica per la Spagna*, Milano, Franco Angeli, 1978, p. 177-193.

cademica cilena fin dagli anni Ottanta. Le posizioni in merito alla questione sono molteplici⁷², legate a ragioni di natura giuridica e a considerazioni di carattere politico⁷³.

In questa sede si proverà ad illustrare sinteticamente le posizioni maggiormente rilevanti.

Innanzitutto, come già accennato nel paragrafo precedente, coloro i quali seguono la dottrina di Schmitt e le scuole di pensiero ad essa collegate non possono che riconoscere la piena validità della Costituzione del 1980. In quest'ottica la problematica dell'illegittimità del testo costituzionale per la supposta mancanza di democraticità nel suo procedimento di formazione non viene nemmeno presa in considerazione.

In secondo luogo, si segnala la posizione di chi ritiene che vi sia stata una legittimazione successiva, avvenuta al termine della dittatura. Secondo questa impostazione, nel momento in cui le forze politiche hanno deciso, di comune accordo⁷⁴, di mantenere in vigore la Costituzione, le hanno conferito la legittimazione fino ad allora assente, mediante una sorta di 'sostegno popolare indiretto'. I partiti, espressione del popolo e rappresentanti della vasta maggioranza della popolazione, hanno inteso quindi fondare un nuovo ordinamento di matrice democratica⁷⁵, mantenendo tuttavia una linea di continuità con il regime precedente, almeno dal punto di vista della Carta fondamentale.

Una terza visione, forse la più diffusa all'interno della dottrina cilena⁷⁶, riguarda la distinzione tra la Costituzione del 1980 e quella del 2005, con l'affermazione della piena legittimità di quest'ultima⁷⁷. Secondo alcuni, infatti, la riforma del 2005 andrebbe considerata come un vero e proprio momento costituente, che ha eliminato il testo costituzionale precedente per sostituirlo con uno realmente rispettoso dei principi di democrazia e sovranità popolare⁷⁸, tanto da doversi parlare di due costituzioni distinte⁷⁹. In questo modo la totalità delle cri-

⁷² Per una panoramica delle posizioni principali in merito, cfr. R. BARROS, *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*, Cambridge University Press, 2002; J. BASSA MERCADO, *Notas para una Teoría Democrática del Poder Constituyente*, cit., pp. 61 ss.; C. VIERA ÁLVAREZ, *Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente*, in *Revista de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 165 ss.

⁷³ C. HEISS, *Soberanía popular y "momento Constituyente" en el debate sobre cambio constitucional en Chile*, cit., pp. 111 ss.

⁷⁴ Ad eccezione di alcune forze politiche di estrema sinistra, vi è stata una tendenziale convergenza di tutti i partiti verso la decisione di mantenere in vigore il testo costituzionale, almeno in via provvisoria.

⁷⁵ Cfr. C. VIERA ÁLVAREZ, *Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente*, in *Revista de Derechos Fundamentales*, cit., p. 168.

⁷⁶ Jaime Bassa Mercado, pur avendo nel merito un'opinione differente, afferma che la maggioranza della dottrina cilena tende ad appoggiare l'idea della legittimità della Costituzione: J. BASSA MERCADO, *Notas para una Teoría Democrática del Poder Constituyente*, cit., pp. 67-68.

⁷⁷ Con riferimento alla posizione della legittimità sopravvenuta mediante il procedimento di riforma del 2005 cfr. M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *Origen, legitimidad y consolidación de la Constitución*, in *Revista de Derecho*, N° XXII, vol. 1, 2001, p. 321-340; J. BASSA MERCADO, *Notas para una Teoría Democrática del Poder Constituyente*, cit., pp. 41-70; J. L. EGAÑA, *Derecho Constitucional Chileno*, II. Ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2008, p. 79.

⁷⁸ Sul fatto che la Costituzione attuale abbia rimosso il deficit di democraticità prima esistente, ed incontri il favore del sentimento popolare: C. FUENTES, A. JOIGNANT (a cura di) *La solución constitucional: plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismo híbridos*, Santiago: Catalonia, 2015, p. 111; cfr. anche C. HEISS, *Soberanía popular y "momento Constituyente" en el debate sobre cambio constitucional en Chile*, cit., p. 113.

⁷⁹ Cfr. capitolo 2.

tiche alla sua legittimità, relative alla forma di approvazione o al contenuto del testo, verrebbero meno, o quantomeno risulterebbero relative ad un testo non più in vigore.

Questo passaggio, tuttavia, non è così scontato⁸⁰. Alcuni autori, infatti, contestano questa ricostruzione, sostenendo che quella del 2005 sia stata una riforma corposa (e auspicabile dal punto di vista contenutistico) ma non rappresenterebbe una Costituzione interamente nuova.

Le argomentazioni che vengono portate a favore questa tesi non sembrano infondate: non vi è stata una Assemblea costituente, né un voto popolare al termine del procedimento; le modalità utilizzate per riformare la Costituzione sono state quelle previste per una riforma costituzionale; il testo è stato rimaneggiato in molte parti, anche in maniera rilevante, ma il *corpus* normativo che compone gli articoli è rimasto quello originario. A fronte di questi ragionamenti pare legittimo dubitare che si possa parlare propriamente di una nuova Costituzione. Se così fosse, e si volesse sposare questa interpretazione, i dubbi di legittimità costituzionale *ab origine* rimarrebbero fermi.

Ragiona in questo senso una quarta corrente di pensiero, che tende a ritenere illegittima l'attuale Costituzione, identificandola come lo stesso testo del 1980, seppur modificato, e sostiene la necessità di indire una nuova Assemblea costituente, che elabori un nuovo testo totalmente estraneo a quello derivante dalla dittatura di Pinochet⁸¹, ritenendo insufficiente operare mediante riforme del testo vigente⁸².

Lo studio di quest'ultima tesi risulta particolarmente interessante a fronte del fatto che, dopo le violente manifestazioni di piazza degli ultimi anni il governo abbia dato avvio, nel 2019, alle procedure per la stesura di una nuova Costituzione, con ampia partecipazione democratica. La chiamata alle urne per la scelta delle modalità d'elezione dell'Assemblea costituente era stata inizialmente fissata per il mese di aprile 2020, è stata rimandata per via della diffusione del virus Covid-19.

Le critiche avanzate nei confronti della Carta riguardano, come già evidenziato, tanto elementi formali quanto elementi sostanziali⁸³, e toccano la discussione dottrinale relativa a

⁸⁰“*Mientras para algunos la actual constitución es un decreto de la dictadura, otros la consideran legitimada por las negociaciones entre las coaliciones políticas del centro-izquierda y centro derecha y por las reformas de 1989, 2005 y otras*”, C. HEISS, *Participación política y elaboración Constitucional: el caso de Chile*, cit., p. 128.

⁸¹ “*The 1980 Constitution is fundamentally incompatible with the consolidation and deepening of democracy in Chile because it establishes an insuperable barrier that impedes the democratic process*” C. HEISS, *Legitimacy crisis and the constitutional problem in Chile. A legacy of authoritarianism*, Constellations, 24, 2017, p. 471.

⁸² Le ipotesi di riforma della Costituzione elaborate in via dottrinale e politica sono assai numerose, e non provengono soltanto dagli autori che ne sostengono la radicale illiceità. Tra le criticità maggiormente evidenziate si segnalano: la presenza di *quorum* e maggioranze qualificate per poter attuare riforme in materie di primaria importanza (in tal senso Heiss parla di una “*powerful minority with veto power*”; C. HEISS, *Legitimacy crisis and the constitutional problem in Chile. A legacy of authoritarianism*, cit., p. 476); la presenza di 18 leggi organiche dal contenuto rimasto sostanzialmente invariato dal periodo della dittatura; il ruolo del *Tribunal Constitucional*, che spesso prende posizioni più vicine a quelle di un'istituzione con potere di veto sulle leggi, che a quelle di un arbitro imparziale che ne controlli la legittimità costituzionale. Cfr. C. HEISS, *Legitimacy crisis and the constitutional problem in Chile. A legacy of authoritarianism*, cit., pp. 471 ss.; spec. p. 475-476 con riferimento alle varie ipotesi di riforma.

⁸³ C. VIERA ÁLVAREZ, *Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente*, in *Revista de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 157-158.

quali siano i caratteri necessari per potersi parlare di Costituzione a tutti gli effetti. Claudia Heiss sostiene, emblematicamente, che “*Un nuevo orden constitucional debe ser creado por todos quienes que darán sujetos a él, en tanto que sólo es válida una Constitución que cumple con los requisitos normativos de participación e inclusión. Una Carta Fundamental que no sigue estos preceptos, como la chilena de 1980, no sería, en estricto rigor, una Constitución*”⁸⁴.

In primo luogo, viene evidenziata la mancanza di un procedimento di consultazione popolare⁸⁵, se non per approvare o rifiutare il testo proposto nella sua interezza. Secondo alcuni autori ciò comporterebbe la mancanza di quel patto sociale che sta a fondamento del concetto stesso di Costituzione, di norma suprema che definisce le radici di un popolo e di una società. In mancanza di una piena partecipazione democratica nella fase costituente la norma che viene in essere non può essere qualificata come Costituzione, pur essendo denominata in questo modo ed avendone i contenuti tipici. Se si afferma che “*El fundamento normativo de la validez del Estatuto Fundamental es su condición de decisión política de una comunidad que se somete voluntariamente a ella. Es el pacto político lo que dota de legitimidad a la Constitución [...]*”⁸⁶ allora non si può riconoscere alcuna validità alla Costituzione del 1980.

Il ragionamento può essere esteso anche alla linea di pensiero che farebbe discendere la legittimità della Carta dalla scelta, condivisa dalla maggioranza delle forze politiche, di mantenerla in vigore al termine del governo di Pinochet: la volontà dei partiti, che pure sono rappresentanti del popolo, non è volontà costituente. Il potere costituente del popolo non può essere delegato, se non mediante espresse ed apposite elezioni per formare un'Assemblea costituente.

Una seconda argomentazione che nega la legittimità della Costituzione riguarda la indubbia presenza di brogli al momento del plebiscito del 1980⁸⁷. Anche se si volesse accogliere la tesi secondo cui la Costituzione abbia trovato la propria legittimazione popolare attraverso il plebiscito tenutosi l'11 settembre 1980⁸⁸, rimane evidente come le scorrettezze e le irregolarità denunciate nell'ambito del voto e dello spoglio delle schede portino ad invalidare questa tesi.

In definitiva, i ragionamenti adottati a sostegno della teoria della continuità costituzionale tra il 1980 e il 2005, nonché a favore della tesi dell'illegittimità della Carta, non sembrano privi di fondamento.

⁸⁴ C. HEISS, *Soberanía popular y “momento Constituyente” en el debate sobre cambio constitucional en Chile*, cit., p. 119; con medesime argomentazioni: A. KALYVAS, *Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power*, in *Constellations* 12(2), 2005, pp. 91-124; J. BASSA MERCADO, *Notas para una Teoría Democrática del Poder Constituyente*, cit., p. 61.

⁸⁵ M. QUINZIO FIGUEIREDO, *¿Reformas a la Constitución Política o una nueva Constitución Política? Chile necesita una Constitución generosa*, in *Revista de Derecho*, N° 212, vol. I, 2002, p. 176; C. HEISS, *Legitimacy crisis and the constitutional problem in Chile. A legacy of authoritarianism*, cit., p. 476.

⁸⁶ J. BASSA MERCADO, *Notas para una Teoría Democrática del Poder Constituyente*, cit., p. 52.

⁸⁷ C. VIERA ÁLVAREZ, *Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente*, in *Revista de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 158 ss.

⁸⁸ Come affermato in precedenza, la stessa Junta, per mezzo del decreto legge n.1 del 1973, affermava di essere depositaria del potere costituente, negando questa interpretazione.

Inquadrando la questione in esame da un punto di vista vicino al realismo giuridico, tuttavia, rimane fermo il fatto che la Costituzione sia rimasta in vigore e venga utilizzata e rispettata tanto nella sua funzione di definizione dell'architettura istituzionale, quanto quale carta dei diritti: vi sono, quindi, ben pochi dubbi in riferimento alla sua efficacia. Si tratta di un testo normativo che, anche se eventualmente viziato da originaria illegittimità, è stato ritenuto valido e vincolante dall'ordinamento e, soprattutto, dal popolo. In questo senso, dunque, non può dubitarsi della sua effettività.

Inoltre, l'ordinamento non dispone di un procedimento né di un organo preposto a dichiarare l'illegittimità dell'intero testo costituzionale: questo potere appartiene soltanto al popolo, e si esercita tramite un momento costituente. Anche ammettendo la tesi che nega la legittimità dell'attuale Costituzione, l'unico rimedio sarebbe quello dell'esercizio del potere costituente.

Le richieste popolari nel corso degli ultimi anni si sono mosse proprio in questo senso⁸⁹. La prospettiva di una prossima convocazione di un'Assemblea costituente, tuttavia, non attenua la gravità del *vulnus* al principio democratico e alla sovranità popolare derivante dall'aver a lungo mantenuto, al vertice dell'ordinamento normativo, una Costituzione imposta da una dittatura. Si tratta di una questione che supera il carattere strettamente giuridico e rileva anche a livello ideologico e simbolico: "*Pensar que las normas de convivencia política y distribución del poder establecidas por un decreto de la Junta Militar determinan quién es- somos políticamente los chilenos es, por cierto, una razón poderosa para querer cambiar la Constitución*"⁹⁰.

2.3. Il movimento di protesta la richiesta di una 'costituente' democratica.

Le numerose riforme costituzionali adottate nel corso degli anni⁹¹ non sono riuscite nell'intento di placare i malumori popolari. Al contrario, nel corso dell'ultimo decennio le manifestazioni e i movimenti di piazza che contestano i provvedimenti degli esecutivi e chiedono una nuova carta costituzionale sono cresciuti in maniera rilevante⁹².

⁸⁹ C. HEISS, *Legitimacy crisis and the constitutional problem in Chile. A legacy of authoritarianism*, cit., p. 477.

⁹⁰ C. HEISS, *Soberanía popular y "momento Constituyente" en el debate sobre cambio constitucional en Chile*, cit., p. 114; cfr. C. VIERA ÁLVAREZ, *Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente*, in *Revista de Derechos Fundamentales*, cit., p. 167

⁹¹ Nei capitoli precedenti si è posta l'attenzione in particolare sulla riforma del 2005, la più rilevante tanto dal punto di vista simbolico che da quello contenutistico, ma non si è trattato certo dell'unico caso. Si contano infatti interventi di riforma quasi annuali: 1989, 1991, 1994, 1997, 1999, 2000, 2001, 2003, 2005, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 e 2015.

⁹² A seguito della riforma del 2005 le richieste, da parte del corpo elettorale così come di numerose voci politiche e dottrinali, per una più radicale riforma della Costituzione, non si sono attenuate, ma anzi si sono intensificate. Sul tema:

C. FUENTES, *A Matter of the Few: Dynamics of Constitutional Change in Chile, 1990-2010*, *Texas Law Review*, 89, 2011, pp. 1741– 1775; C. FUENTES, *El día siguiente*, in I.A., *El Pacto. Poder, constitución y prácticas políticas en Chile (1990-2010)*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2013, pp. 169-185; C. HEISS, *Legitimacy crisis and the constitutional problem in Chile. A legacy of authoritarianism*, cit., p. 471 ss.

Al governo sono stati contestati, *in primis*, la mancanza di decisi interventi nel rapporto tra Stato e mercati, l'inadeguatezza della tutela dei diritti e il mancato intervento pubblico in settori strategici dell'economia⁹³. Ciò nonostante, tra le principali rivendicazioni dei manifestanti è stata sempre presente anche la richiesta di una Costituzione che avesse un'effettiva e concreta partecipazione popolare⁹⁴.

Le critiche avanzate in questo senso hanno riguardato due ordini di ragioni⁹⁵.

Da una parte, a livello simbolico e ideologico il testo viene ancora percepito come un'eredità del regime dittatoriale, mancante di un intimo legame con il sentimento popolare (quel legame che rappresenta, in fondo, l'essenza stessa del concetto di costituzione democratica).

Dall'altra, a livello sostanziale, viene osteggiata l'impostazione tendenzialmente liberista dello Stato rappresentata nella Carta⁹⁶, così come le politiche neoliberiste perseguite dagli esecutivi.

Il progressivo aumento della distanza tra società ed istituzioni⁹⁷ è misurabile nella crescente astensione elettorale: se nel 1989 l'affluenza aveva raggiunto l'84%, con le elezioni presidenziali del 2013 e del 2017 si sono recati alle urne meno del 50% degli aventi diritto⁹⁸. Ciò che emerge, dunque, è una diffusa mancanza di fiducia nelle istituzioni e una scarsa fede nella Costituzione⁹⁹; una combinazione potenzialmente molto pericolosa per la stessa tenuta dell'intero sistema democratico.

La classe dirigente, a partire dalla prima metà degli anni duemila, pur con diversi avvicendamenti presidenziali, ha avviato un importante e variegato programma di riforme. Tra gli interventi più rilevanti approvati negli ultimi anni si segnalano, infatti, la legge sul divorzio,

⁹³C. HUNEEUS, R. CUEVAS, *La doble ruptura de 1973, cuarenta años después. La democracia semisoberana*, in *Política*, 51(2), 2013, pp. 7-36; A. JOIGNANT, F. ATRIA, G. LARRAÍN, J.M. BENAVENTE, J., COUSO, *El otro modelo. Del ordenneo liberal al régimen delo público*, Santiago, Debate, 2013.

⁹⁴ S. GREZ TOSO, *La ausencia de un Poder Constituyente democrático en la historia de Chile*, cit., p. 33.

⁹⁵ Per un approfondimento sulle critiche alla Costituzione, in ambito politico e dottrinale: F. Atria, *La constitución tramposa*, Santiago: LOM, 2013.

⁹⁶ Il Cile viene definito una "Neoliberal Republic" in R. CRISTI BEKER, P. RUIZ-TAGLE, *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*, cit., p. 81; sul tema anche C. VIERA ÁLVAREZ, *Aproximaciones al sincretismo ideológico de la Constitución chilena. Especial referencia al iusnaturalismo escolástico y neoliberalismo*, cit., pp. 113-142.

⁹⁷ Per un approfondimento sulla crescente distanza tra istituzioni, classe dirigente e società civile in Cile: C. HEISS, *Soberanía popular y "momento Contituyente" en el debate sobre cambio constitucional en Chile*, cit., pp. 120 ss. Più in generale, sul tema della crisi generalizzata che la democrazia rappresentativa sta affrontando nel corso degli ultimi decenni: P. ROSANVALLON, *Counter-Democracy: Politics in an Age of Distrust*, Cambridge University Press, 20 novembre 2008.

⁹⁸ Le elezioni municipali del 2016 hanno registrato il minimo storico di partecipazione, con un tasso di astensione superiore al 65%, C. HEISS, *Participación política y elaboración Constitucional: el caso de Chile*, cit., p. 126.

⁹⁹ In merito alla mancanza di un sentimento di appartenenza nei confronti della Costituzione, Heiss afferma, in maniera molto critica: "Nobody in Chile today feels constitutional loyalty: the left because of its origin and obstacles to democracy; the right due to its numerous amendments.", C. HEISS, *Legitimacy crisis and the constitutional problem in Chile. A legacy of authoritarianism*, cit., p.475.

quella che riconosce le unioni civili e quella che criminalizza le discriminazioni; è stato inoltre generalizzato il diritto all'accesso al servizio sanitario di base¹⁰⁰.

Di grande importanza anche la riforma della legge elettorale del Congresso del 2015¹⁰¹, grazie alla quale è venuto meno il sistema maggioritario (ispirato al consolidamento di un sistema bipartitico sul modello statunitense, ordinamento da cui il Cile trae anche la forma di governo presidenziale), e si è istituito un sistema tendenzialmente proporzionale¹⁰². La mancanza di una piena rappresentatività elettorale, dovuta alle fisiologiche distorsioni proprie di un sistema fortemente maggioritario¹⁰³, era stata oggetto di importanti proteste nel corso degli anni precedenti.

Infine, l'evento più rilevante per quanto concerne il tema costituzionale è certamente rappresentato dall'elezione a Presidente, nel 2013, di Michelle Bachelet, a capo di un'ampia coalizione di centrosinistra. All'interno del suo programma elettorale era presente una importante serie di riforme, tra le quali anche la prospettiva dell'apertura di una stagione di riflessione sul testo costituzionale, mediante una serie di passaggi progressivi¹⁰⁴, fino alla possibilità di una nuova Assemblea costituente¹⁰⁵. Tale procedimento, segnato da una massiccia e costante partecipazione popolare¹⁰⁶, non ha portato, tuttavia, alla redazione di un nuovo te-

¹⁰⁰ Sul tema C. HEISS, *Soberanía popular y "momento Constituyente" en el debate sobre cambio constitucional en Chile*, cit., p. 113

¹⁰¹ C. HEISS, *Legitimacy crisis and the constitutional problem in Chile. A legacy of authoritarianism*, cit., pp. 470-479.

¹⁰² Il sistema elettorale precedente, istituito nel periodo del regime di Pinochet, prevedeva due seggi per ogni circoscrizione, comportando effetti chiaramente maggioritari. Per aggiudicarsi entrambi i seggi una lista avrebbe dovuto ottenere almeno i 2/3 delle preferenze nella circoscrizione. Gli effetti sostanziali di questo sistema elettorale hanno comportato una spinta verso l'instaurazione di un sistema bipolare, con due grandi coalizioni. La riforma elettorale ha rivoluzionato questo sistema, introducendo un sistema proporzionale con metodo D'Hont, consentendo così una maggiore rappresentatività parlamentare.

¹⁰³ Sugli effetti dei differenti sistemi elettorali su governabilità e rappresentatività cfr. G. PASQUINO, *I sistemi elettorali*, Il Mulino, Bologna, 2006; G. TARLI BARBIERI, *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2018; G. DE MINICO, G. FERRAIUOLO (a cura di), *Legge elettorale e dinamiche della forma di governo*, Passigli, Firenze, 2019.

¹⁰⁴ Il progetto di creazione del nuovo testo costituzionale di articolava in un procedimento ascendente composto da numerosi passaggi, che partendo dal livello individuale e passando per comitati cittadini, provinciali e regionali, sarebbe arrivato al livello nazionale ed alla possibilità di eleggere un'assemblea costituente. Sul tema cfr. C. HEISS, *Soberanía popular y "momento Constituyente" en el debate sobre cambio constitucional en Chile*, cit., pp. 111-125; Gobierno, de Chile, 2016, *Infografía: Conoce las etapas del proceso constituyente*. Disponibile online all'indirizzo

<https://www.gob.cl/infografia-conoce-las-etapas-del-proceso-constituyente/>;

¹⁰⁵ Pochi anni prima Greg Toso affermava, in piena linea con quanto poi attuato: "*Si se lograra concretar la aspiración a la convocatoria de una Asamblea Constituyente como resultado de un amplio e informado debate democrático ciudadano, significaría que por primera vez en Chile se empezaría a hacer y escribir otra historia, una historia de ciudadanía activa y efectiva*", S. GREZ TOSO, *La ausencia de un Poder Constituyente democrático en la historia de Chile*, cit., p. 33.

¹⁰⁶ Molti autori hanno espresso entusiasmo verso l'innovativo procedimento costituente, sottolineando il suo altro livello di democraticità e il suo notevole successo, in termini di partecipazione popolare (oltre 200mila persone hanno partecipato ai momenti di discussione ed elaborazione di proposte per la redigenda Costituzione): J. BASSA, C. FUENTES, D. LOVERA, *La metodología del proceso constituyente*. El Mercurio, 13 febbraio 2016; con qualche riserva in merito ai rischi di natura populista che una procedura così diffusa potrebbe comportare dal punto di vista del contenuto della nuova Costituzione: C. HEISS, *Participación política y elaboración Constitucional: el caso de Chile*, cit., pp. 134 ss.

sto costituzionale. Nel 2017, infatti, è terminato il mandato del Presidente Bachelet, senza che l'articolata procedura di revisione costituzionale "dal basso" fosse giunta al termine.

Al suo posto è stato eletto Sebastián Piñera, candidato di centrodestra, nel cui programma politico la riforma della Costituzione non rappresentava una priorità. Ciò ha comportato un prepotente ritorno delle manifestazioni di piazza orientate alla richiesta di una riforma costituzionale.

Nel corso del 2019, in particolare dal 18 ottobre, una nuova escalation dei movimenti di protesta ha portato in piazza oltre un milione di persone nella capitale, superando perfino i numeri del 1989, quando i dimostranti contestavano il regime di Pinochet. A seguito dei gravi episodi di violenza registrati durante la repressione delle manifestazioni, le forze politiche, nel tentativo di raffreddare una situazione potenzialmente drammatica, hanno raggiunto un accordo condiviso su un ampio programma di riforme. In particolare, Piñera ha lanciato un appello per un accordo nazionale relativo all'apertura di una vera e propria fase costituente, accolta dall'ampia maggioranza dei partiti¹⁰⁷.

Secondo quanto annunciato dal governo cileno, il primo passaggio nel procedimento sarà rappresentato da un plebiscito volto a stabilire se, e in che modo, si andrà a comporre l'Assemblea costituente¹⁰⁸. I cittadini saranno infatti chiamati a decidere, in primo luogo, tra la modifica della Costituzione e il mantenimento dello *status quo*. Il secondo quesito, relativo al solo caso di vittoria del 'Sì' ad una nuova Carta, riguarderebbe la composizione dell'assemblea chiamata a redigerla. Si voterebbe, infatti, per l'elezione di una costituente a composizione interamente popolare o per la formazione di una 'Commissione costituzionale mista'¹⁰⁹ composta al 50% da rappresentanti appositamente eletti e al 50% da membri del Parlamento attuale.

Quest'ultima circostanza rappresenta la prima criticità che emerge dal procedimento in esame: un'assemblea costituente a composizione mista comporterebbe rilevanti conseguenze sia dal punto di vista del suo funzionamento pratico, sia da quello -astratto, ma fondamentale- della teoria costituente. In entrambi i casi, seguirebbe un'ulteriore consultazione popolare, volta all'elezione della totalità, o della metà, della Costituente. Questo passaggio, inizialmente previsto per il mese di ottobre 2020, risulta al momento rimandato all'11 aprile 2021, in concomitanza con le elezioni a livello municipale.

¹⁰⁷ L'accordo è stato approvato dalla larga maggioranza dei partiti. Hanno votato a favore i parlamentari di: CV (*Chile Vamos*), UDI (*Unión Demócrata Independiente*), RN (*Renovación Nacional*), Evópoli, DC (*Democracia Cristiana*), PR (*Partido Radical*), PPD (*Partido por la Democracia*), PS (*Partido Socialista*), PL (*Partido Libertario*), RD (*Revolución Democrática*), PC (*Partido Comunes*). Altri partiti hanno aderito solo parzialmente, contestando l'ipotesi di una Costituente non composta nella sua totalità da membri eletti direttamente dal popolo per questa precisa finalità: PH (*Partido Humanista*), PEV (*Partido Ecologista Verde*), il CS e il PI (*Partido Igualdad*), tutti appartenenti alla coalizione FA (*Frente Amplio*). Gli unici partiti contrari all'accordo sono stati il PC (*Partido Comunista*) e il FREVS (*Federación Regionalista Verde Social*).

¹⁰⁸ La data inizialmente prevista per la consultazione era il 26 aprile 2020; a seguito della pandemia dovuta al virus Covid-19, il plebiscito è stato rinviato al 25 ottobre 2020. Con l'ulteriore peggioramento dell'epidemia, tuttavia, è probabile un nuovo rinvio della chiamata alle urne.

¹⁰⁹ La convocazione del plebiscito, pubblicata sul *Diario Oficial* il 27 dicembre 2019, parla di "*Convención Constitucional*" e "*Convención Mixta Constitucional*".

Il secondo elemento problematico riguarda i poteri dell'assemblea o commissione costituente: ad essa sarà affidato il compito di redigere la nuova Costituzione, ma con alcuni limiti, previsti all'articolo 135 della Costituzione attuale, tra i quali il mantenimento della forma repubblicana dello Stato e la salvaguardia del principio democratico, ma anche il rispetto di tutti i trattati internazionali in vigore e il divieto di attribuzione di qualsiasi potere ulteriore a quelli previsti dalla vigente Costituzione.

Se si vuole rappresentare il procedimento in parola come il primo vero momento costituente cileno a piena partecipazione democratica, appare poco coerente l'imposizione di limitazioni, non meramente simboliche, ai poteri dell'Assemblea. Inoltre, il fatto che tali vincoli siano contenuti proprio in quella fonte che la nuova Carta andrebbe a sostituire risulta in potenziale contraddizione con l'idea stessa di momento costituente.

L'attività della Costituente dovrà essere terminata entro un periodo di 9 mesi, eventualmente prorogabili di altri 3, e il testo della Costituzione dovrà essere approvato a maggioranza qualificata dei due terzi dei voti. L'iter di approvazione della nuova Carta si concluderà con un nuovo intervento del popolo cileno, che dovrà esprimersi entro 60 giorni, con un ultimo referendum, sul testo approvato dall'Assemblea costituente. Se anche questo passaggio troverà esito positivo, la Costituzione potrà dirsi definitivamente approvata.

In definitiva, l'accordo del novembre 2019 delinea un procedimento di innovazione costituzionale caratterizzato da un elevato livello di partecipazione popolare, come auspicato dalla dottrina e richiesto a livello sociale. Le modalità di consultazione popolare annunciate dal governo non sono tuttavia prive di criticità dal punto di vista del diritto costituzionale e della teoria del 'momento costituente'.

3. Conclusioni. Un vero 'momento costituente' per il Cile?

La concisa analisi della storia costituzionale cilena recente realizzata nei precedenti capitoli consente di trarre alcune conclusioni in merito a due questioni in particolare.

In primis, quella relativa al significato di Costituzione e di momento costituente, concetti generali che si legano strettamente alla discussione politica e dottrinale riguardante la costituzione del 1980 e le sue successive modificazioni.

In secundis, quella dell'inquadramento del progetto di riforma attualmente in corso dal punto di vista della teoria costituzionale.

Per quanto riguarda l'idea di Costituzione e di modello costituente, il viene in luce il tema riguardante quali siano gli elementi che un testo normativo debba contenere per essere definito propriamente una "Costituzione", così come quale livello di partecipazione democratica debba aver incontrato nel suo processo di approvazione.

Il Cile ha mostrato una perfetta aderenza, negli anni del governo golpista di Pinochet, alla scuola di pensiero che pone il potere costituente come quello in grado di adottare una carta costituzionale. Da questo punto di vista non si potrebbe negare che quella del 1980 sia una Costituzione valida in ogni suo aspetto.

Chi contesta questa ricostruzione lo fa sia dal lato della sua origine, sia da quello contenutistico. Quest'ultimo risulta, a parere di chi scrive, meno dirimente del primo. La concen-

trazione dei poteri nella figura del Presidente e la mancanza di tutela per i diritti sociali e politici sono fattori certamente criticabili, ma non inficiano la validità in sé della Costituzione¹¹⁰. Si tratta di elementi che incidono su due piani differenti: l'uno su quello della democraticità e del rispetto dei diritti, l'altro su quello della validità formale della Carta.

Al contrario, coglie pienamente nel segno la prima argomentazione, relativa alla sua origine. Vi sono legittimi dubbi in merito alla possibilità di considerare valida una Costituzione posta a seguito di un golpe militare. Risultano ugualmente fondati gli interrogativi relativi alla effettiva democraticità di un ordinamento che, a seguito della caduta di un regime dittatoriale, ne mantenga la Costituzione, affermandone la piena validità. Questo, a parere di chi scrive, è il tema centrale della questione: può uno Stato democratico basarsi su una Costituzione posta da un regime non democratico?

Una Costituzione di per sé non deve necessariamente avere uno spiccato carattere di democraticità, o avere un determinato livello di partecipazione popolare nella sua redazione. Tuttavia, un testo del genere non potrà mai portare ad una forma di stato democratica, ma a forme di stato differenti¹¹¹ (stato liberale, stato totalitario). Se la forma di Stato che si intende fondare è quella democratico-pluralista, allora la Costituzione, come norma cardine sul quale l'ordinamento si fonda, deve necessariamente possedere le medesime caratteristiche. Ne consegue che un elemento imprescindibile per la norma fondamentale di questa forma di Stato sia la partecipazione popolare nella fase di stesura della Carta, in quanto fattore che certifica la relazione tra popolo sovrano e vertice dell'ordinamento giuridico¹¹². Sono, da questo punto di vista, corrette le critiche sollevate alla Costituzione cilena: "*la Carta no puede ser separada de su origen autoritario y su contexto: la Constitución ha sido impuesta desde arriba y los organismos que la prepararon trabajaron a puertas cerradas; la "Junta" la integran cuatro comandantes militares no elegidos*"¹¹³.

La necessità dell'elemento democratico nella scrittura delle costituzioni attuali apre ad un ulteriore ambito di discussione, relativo a quale sia -oggi- il livello di partecipazione popolare più adatto nel procedimento costituzionale¹¹⁴.

¹¹⁰ Come esposto nei capitoli precedenti, non mancano autori di parere contrario: C. HEISS, *Soberanía popular y "momento Constituyente" en el debate sobre cambio constitucional en Chile*, cit., pp. 117-118; A. KALYVAS, *Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power*, cit., pp. 223-244; C. VIERA ÁLVAREZ, *Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente*, in *Revista de Derechos Fundamentales*, cit., spec. p. 158;

¹¹¹ Si consideri, ad esempio, lo Statuto Albertino. Non è stato posto in modo tale da avere le caratteristiche di una costituzione di uno Stato democratico, ma risponde a quelle tipiche di una monarchia costituzionale in uno Stato liberale. Lo Statuto Albertino non era, dunque, illegittimo, ed è corretto definirlo una Costituzione: il discrimine con le Carte attuali non sta quindi nel *nomen* dell'atto, quanto invece nella forma di Stato che porta a delineare.

¹¹² "*Constitucionalismo democrático entiende que la Constitución es el resultado del consenso político alcanzado por la sociedad en el momento constituyente*" J. BASSA MERCADO, *Notas para una Teoría Democrática del Poder Constituyente*, cit., p. 43.

¹¹³ C. VIERA ÁLVAREZ, *Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente*, in *Revista de Derechos Fundamentales*, cit., p. 167; sul tema anche R. BARROS, *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*, cit. p. 217.

¹¹⁴ Da questo punto di vista il costituzionalismo comparato offre un'ampia gamma di soluzioni. Alcuni esempi di riforme costituzionali recenti in sud America: Brasile (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Peru (1993), Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009) e the Repubblica Dominicana (2010). Tra i tentativi di rinnovamento costituzionale si possono citare anche quelli di Islanda (2010) e Irlanda (2012-2014). Sul tema, con

In merito al caso del Cile, alcuni autori vorrebbero la più ampia partecipazione popolare, che riguardi sia la fase preparatoria che quella di stesura del testo, per concludere con poi un voto sul testo al termine del procedimento¹¹⁵.

Sebbene un elevato livello di partecipazione democratica nella fase costituente sia, in linea di principio, un fattore indubbiamente positivo, un procedimento eccessivamente aperto in ogni sua fase potrebbe portare a gravi criticità. Un apporto popolare 'articolo per articolo' potrebbe rendere complicato inserire i numerosi limiti alla sovranità popolare che pure rendono funzionale ed equilibrato il testo nel suo complesso. Inoltre, appare concreto il rischio di giungere a soluzioni di carattere populista o a norme tra loro poco armonizzate. In sintesi, pur rimanendo auspicabile il maggior coinvolgimento popolare nella fase costituente, va scongiurato il rischio che gli aspetti relativi alla 'tecnica normativa' vengano eccessivamente sacrificati¹¹⁶.

A questo proposito, è possibile parlare di un'evoluzione del livello appropriato di partecipazione popolare nella fase costituente¹¹⁷. Per quanto riguarda le costituzioni del secondo dopoguerra, l'elezione diretta dell'Assemblea costituente, seguita da un plebiscito di approvazione del testo della Carta, potevano essere considerati elementi sufficienti per potersi compiutamente parlare di procedimento costituente democratico. Ciò non sembra, nella situazione attuale, sufficiente¹¹⁸: "*procesos que llevaron hace sólo algunas décadas a constituciones muy celebradas, como la española de 1978, serían inconcebibles en la actualidad*"¹¹⁹. La discussione odierna in merito alla partecipazione popolare affianca a questi stru-

riferimento specifico al sud America: G. ROLLA, *L'evoluzione del costituzionalismo in America latina e l'originalità delle esperienze di giustizia costituzionale*, in Studi Urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche, 2010, pp. 575-599; D. NOLTE, A. SCHILLING-VACARIOR (a cura di), *The Times they are a Changin': Constitutional Transformations in Latin America since the 1990s*, in *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*, Burlington: Ashgate, 2012, pp. 3-30; R. GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 2013; sulle forme di governo e i vari sistemi di *checks and balances* istituzionali: G. NEGRETTO, *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*. Cambridge, Cambridge University Press, 2013, M. CARDUCCI, *Costituzionalismo emancipatorio e "ciclo progressista" in America latina*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2018, pp. 107-126.

¹¹⁵ Bassa Mercado pone la questione addirittura come elemento dal quale discende la stessa legittimità della Carta: J. BASSA MERCADO, *Notas para una Teoría Democrática del Poder Constituyente*, cit., p. 47; cfr. anche J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, X ed., Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 114.

¹¹⁶ Sul tema, evidenziando non solo gli aspetti positivi, ma anche le possibili criticità della democrazia diretta nella fase costituente cilena: C. HEISS, *Participación política y elaboración Constitucional: el caso de Chile*, cit., pp. 116 ss.; Sul tema, a livello più generale: G. RITTER, *Il volto demoniaco del potere*, Il mulino, 1971; D. PLOTKE, *Representationis Democracy*, in *Constellations*, 4-1, 1997, pp. 19-34; N. URBINATI, M. WARREN, *The Concept of Representation in Contemporary Democratic Theory*, in *Annual Review of Political Science*, 11, 2008, pp. 387-412; E. PERUZZOTTI, *La democracia representativa como política mediada: repensando los vínculos entre representación y participación*, *Debates en Sociología*, 33, 2008, pp. 9-30.

¹¹⁷ T. EISENSTADT, A. CARL LEVAN, T. MABOUDI, *Constituents Before Assembly. Participation, Deliberation, and Representation in the Crafting of New Constitutions*, Cambridge University Press, 2017.

¹¹⁸ Va sottolineato l'elemento evolutivo del significato minimo di intervento democratico nella fase di scrittura della Costituzione, in quanto se si intendesse il concetto in maniera statica si potrebbe concludere che Carte quali la stessa Costituzione italiana, che ha avuto la partecipazione popolare "soltanto" nell'elezione dell'Assemblea costituente, non disponga dei caratteri minimi per essere considerata pienamente democratica. Una posizione che appare condivisibile è quella secondo cui non ci sarebbe un limite oggettivo di partecipazione popolare, sotto il quale non vi è sufficiente democraticità, ma il concetto va di volta in volta calato nel tempo e nella situazione concreta che si sta analizzando.

¹¹⁹ C. HEISS, *Participación política y elaboración Constitucional: el caso de Chile*, cit., p. 120.

menti tradizionali anche concetti quali l'apporto di gruppi sociali e di interessi, o la possibilità di intervento popolare in ogni fase dell'*iter* costituente¹²⁰.

Il secondo argomento di interesse costituzionale che emerge dalla situazione cilena concerne il concetto di potere costituente e il modo in cui questo viene declinato nell'accordo del novembre 2019. Come accennato in precedenza, le modalità con le quali si prevede l'esercizio popolare del potere costituente appaiono singolari e sollevano considerevoli perplessità.

Innanzitutto, si consideri la previsione di una eventuale Commissione costituente formata al 50% da membri dell'attuale Congresso. Tale eventualità comporterebbe gravi conseguenze da molteplici punti di vista:

1. A livello della rappresentanza.

Le due parti dell'assemblea avrebbero il medesimo bacino elettorale, e sarebbero quindi dotate uguale rappresentatività. Tuttavia, risulterebbero il frutto dell'espressione popolare con ben tre anni di differenza. Ciò, oltre che avere riflessi importanti sulla composizione dell'assemblea, dovuti alle fluttuazioni di consenso elettorale, porta a chiedersi se vi sia un uguale livello di rappresentatività della volontà popolare tra le due categorie di membri della Costituente. Tale perplessità risulta ulteriormente rafforzata dal fatto che i membri del Congresso sono stati eletti secondo un determinato programma politico e per rappresentare il popolo nella funzione legislativa ordinaria, e non per la funzione costituente. Quest'ultimo elemento potrebbe di per sé essere sufficiente a considerare quantomeno irragionevole la composizione 'mista' della Commissione costituente.

2. A livello del funzionamento dell'assemblea.

L'eventualità di una *Convención Mixta Constitucional* comporta l'emersione di ulteriori problematiche, di ambito prettamente tecnico-organizzativo¹²¹. Ad esempio, non appare chiaro come verrebbero gestite le componenti politiche dell'assemblea. Si potrebbe ipotizzare di mantenere la divisione tra i parlamentari (già suddivisi in gruppi) e membri di nuova elezione, incorrendo nel rischio di duplicare i gruppi relativi a partiti già esistenti. Al contrario, si potrebbe far confluire i nuovi eletti nei gruppi già esistenti; ciò comporterebbe, tuttavia, criticità in merito a partiti non rappresentati nell'attuale Congresso. La soluzione più appropriata dal punto di vista procedurale sembra quella di un azzeramento dei gruppi attuali ed una loro ricomposizione tra i tutti i membri della Convenzione. In tal modo, però, si perderebbe il senso della composizione mista, poiché i membri provenienti dal Congresso, selezionati in ma-

¹²⁰ F.O. ZÚÑIGA URBINA, *Nueva constitución y operación constituyente: algunas notas acerca de la Reforma constitucional y de la Asamblea Constituyente*, *Estudios constitucionales*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, 11, n.1, 2013, pp. 511-539; F. SOTO, Y. WELP, *Los "diálogos ciudadanos". Chile ante el giro deliberativo*. Santiago: LOM, 2017; C. HEISS, *Participación política y elaboración Constitucional: el caso de Chile*, cit., pp. 120 ss.

¹²¹ Si segnala una potenziale criticità relativa al regolamento interno della Convenzione. L'articolo 133 della Costituzione stabilisce che l'Assemblea si debba dotare di un regolamento interno approvato con la maggioranza qualificata dei due terzi dei componenti. La previsione di una maggioranza così elevata fin dalla definizione delle procedure di funzionamento dell'Assemblea rischia di comportare gravi problemi nello svolgimento dei lavori, in particolare considerando la presenza di minoranze non del tutto favorevoli alla stesura di un nuovo testo costituzionale.

niera proporzionale ai gruppi di appartenenza, potrebbero aggregarsi in maniera del tutto differente rispetto ai partiti di provenienza.

3. A livello della teoria del potere costituente.

Se si intende per momento costituente una fase di crisi estrema dell'ordine costituito, in cui emerge un potere in grado di rifondare l'ordinamento, appare quantomeno singolare che l'Assemblea costituente, emblema di questa rifondazione, si componga per metà da membri dell'assemblea legislativa in carica. In tal caso forse non sarebbe nemmeno possibile parlare di un vero e proprio momento costituente, data la quantità e la forza dei legami con il potere costituito previgente.

Il secondo ordine di perplessità relative al procedimento costituente in atto riguarda i vincoli a cui viene sottoposto il lavoro della futura Convenzione, a prescindere da quella che sarà la sua composizione. Si rileva, infatti, un certo contrasto tra l'idea di momento costituente e la scelta di prevedere che le modalità di elezione, di funzionamento, così come i limiti procedurali e materiali a cui la Convenzione costituzionale andrà incontro siano contenuti nell'attuale Costituzione (nella quale sono stati inseriti, con la legge 21.200 del 24 dicembre 2019, gli articoli da 130 a 143¹²²). La criticità connessa a questo tema non riguarda tanto l'esistenza di suddetti vincoli, quanto la fonte che li pone: sembra discutibile che una nuova Costituzione debba, sin dalla sua fase di scrittura, rispettare limiti posti dallo stesso testo che andrà a sostituire¹²³.

Se ci si avvicina alle teorie che vedono nel momento costituente uno strumento di massima rottura con il potere costituito anteriormente, la logica conseguenza sarebbe una radicale negazione di questo genere di limiti.

Anche senza voler adottare soluzioni teoriche così nette, che spesso incontrano contraddizioni in quella che è la realtà dei fatti negli ordinamenti sostanziali (come detto, non sempre un momento costituente coincide con una rivoluzione o una rottura totale e radicale tra ordinamento previgente e regime nascente), permangono alcune perplessità in merito alla situazione in esame.

Nel caso in cui dovesse risultare vincente l'opzione della *Convención Mixta Constitucional*, con una maggioranza differente da quella espressa dal popolo in fase di elezione di metà dei suoi componenti, e si dovesse operare nei limiti tracciati dalla attuale Carta costituzionale, non si potrebbe probabilmente parlare di un vero e proprio momento costituente.

¹²² Ley 21200, 24 dicembre 2019, rubricata *Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República*, disponibile online all'indirizzo <http://bcn.cl/2ckrh>. In particolare, articolo 135, al comma 1, afferma che "La Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridad es establecidas en esta Constitución o en las leyes". Il comma 4 del medesimo articolo pone alcuni limiti al contenuto della nuova Costituzione: "El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutorias y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

¹²³ "El poder constituyente no encuentra su justificación en una legitimidad jurídica anterior, y aque su fundamento es de carácter trascendente al ordenamiento jurídico positivo, siendo el derecho a la revolución un derecho que en estas esferas tiene cabida", C. VIERA ÁLVAREZ, *Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente*, in *Revista de Derechos Fundamentales*, cit., p. 160