



**D. A. SABSAY, *La Constitución y la transición a la democracia en América Latina. Ensayos selectos*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2019, pp. 169\*.**

In seguito alla terza ondata di democratizzazione, iniziata con la “Rivoluzione dei garofani” portoghese del 1974 che ha coinvolto oltre al Portogallo anche Grecia e Spagna, è possibile individuare, negli anni Ottanta del secolo scorso, una successiva ondata di transizioni alla democrazia dall’altra parte del mondo: gradualmente, tutti i Paesi dell’area latinoamericana, ad eccezione di Cuba, in un lasso di tempo relativamente breve, sono passati da regimi autoritari al pluralismo costituzionale.

“La Constitución y la transición a la democracia en América Latina. Ensayos selectos” – raccolta di alcuni contributi di Daniel Alberto Sabsay, Professore ordinario di Diritto Costituzionale presso l’Università di Buenos Aires – tratta appunto di quest’ultima ondata.

Come messo in evidenza dall’Autore stesso all’inizio del volume, il raggiungimento di un sistema democratico non si può dire concluso con l’approvazione di una Costituzione democratica e l’indizione di elezioni generali, ma necessita di un lasso di tempo – più o meno ampio a seconda dei casi – durante il quale, da una parte, le “nuove” istituzioni vengono messe alla prova e, dall’altra, vengono introdotti e applicati nuovi diritti. Il volume sembra seguire questa impostazione non solo dal punto di vista argomentativo ma anche da quello strutturale. È possibile, infatti, dividerlo idealmente in due sezioni.

Nella prima parte – composta dai saggi: *La protección del derecho a la intimidad y el reconocimiento de la «acción de clase» en un fallo de la CSJN*; «*El derecho ambiental y la construcción de un futuro sustentable y participativo*»; *Constitution and environment in relation to sustainable development* e *Democracia y desigualdad. Una visión constitucional* – viene messo in rilievo come la transizione alla democrazia abbia comportato in America Latina, oltre la costituzionalizzazione delle garanzie istituzionali, anche l’inserimento, nelle Carte fondamentali, di un catalogo dei diritti contenente anche quelli di cosiddetta terza e quarta generazione – come il diritto alla salute, all’educazione, alla casa, all’uguaglianza delle opportunità – e tra questi l’Autore si sofferma su alcuni diritti collettivi quali il diritto alla riservatezza, il diritto ad una vita sana e la difesa dell’ambiente.

Nel saggio che apre il volume, Sabsay, dopo aver passato in rassegna l’evoluzione del *recurso de amparo* in Argentina in seguito alla riforma costituzionale del 1994, in particolare in relazione al coinvolgimento di beni e interessi collettivi, analizza la pronuncia della *Corte Suprema de Justicia de*

\* Contributo sottoposto a *peer review*.

*la Nación* (CSJN) Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986 – emessa, il 24 febbraio 2009, in seguito ad un ricorso di *amparo* avente ad oggetto alcune disposizioni di legge che autorizzavano l'intercettazione delle comunicazioni avvenute telefonicamente e attraverso internet. In particolare, la Corte ha concluso che le comunicazioni cui si riferisce la legge 27.783 e tutte quelle che gli individui trasmettono attraverso il telefono e la rete rientrano nella sfera dell'intimità personale, motivo per il quale sono tutelate dall'art. 18 ed in particolare dall'art. 19 della Costituzione che vieta espressamente allo Stato qualsiasi tipo di intromissione nella vita privata dei cittadini. Il diritto all'intimità e la conseguente garanzia contro ogni sua lesione, quindi, impedisce qualsiasi ingerenza o intromissione arbitraria o abusiva nella vita privata degli individui. Con questa sentenza, la CSJN ha trattato numerose tematiche, ma particolarmente rilevante è il fatto che ha riconosciuto la possibilità di tutelare questo tipo di diritti attraverso azioni collettive, al fine di garantire tanto la difesa di interessi individuali derivanti dalla violazione di diritti di incidenza collettiva, quanto quella di «*grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso débilmente protegidos*».

I contributi successivi, «*El derecho ambiental y la construcción de un futuro sustentable y participativo*», «*Democracia y desigualdad. Una visión constitucional*» e «*Constitution and environment in relation to sustainable development* », trattando dell'incorporazione della cosiddetta “clausola ambientale” nel diritto argentino (art. 41, Cost.), pongono l'accento su come il concetto di Stato di Diritto si sia trasformato con il passare del tempo e sul fatto che il riconoscimento del diritto ad un ambiente sano abbia contribuito ad arricchire il patrimonio costituzionale dei diritti, in quanto ha portato alla creazione di una nuova generazione di diritti – i cosiddetti diritti di terza generazione o di incidenza collettiva – e all'introduzione di nuovi strumenti di partecipazione popolare alla vita politica.

In particolare, l'Autore si sofferma ad analizzare la riforma costituzionale del 1994 e la costituzionalizzazione dei concetti di sviluppo umano e sviluppo sostenibile mettendo in evidenza le conseguenze che ha avuto nell'ordinamento argentino. La nozione di *desarrollo humano* implica un'idea di evoluzione verso condizioni di vita progressivamente migliori, tenendo in debita considerazione che la qualità della vita è strettamente connessa all'ambiente in cui si vive. Questo concetto è fortemente legato a quello di *sustentabilidad del desarrollo* che implica la realizzazione di un nuovo modello di sviluppo volto a soddisfare le necessità delle generazioni presenti senza compromettere quelle delle generazioni future. Al fine di applicare tale principio, è stata approvata in Argentina la *Ley General del Ambiente* (LGA) che, oltre a trattare numerosi e diversi aspetti fondamentali della politica ambientale, introduce, come chiave di volta per canalizzare la partecipazione dei cittadini, il meccanismo della *audiencia pública* – procedura di partecipazione che consente ai cittadini di essere informati ed esprimere la loro posizione prima che venga presa una decisione che possa ledere i loro diritti. In base a quanto stabilito nella LGA, questo istituto deve essere utilizzato obbligatoriamente nelle decisioni di base riguardanti la gestione ambientale, ha un carattere semi vincolante e gli viene riconosciuta una rilevanza e degli effetti tali da non alterare lo schema della democrazia rappresentativa stabilito dall'art. 1 della Costituzione. La legge in analisi, all'art. 16, garantisce e tutela l'accesso all'informazione in quanto

elemento indispensabile affinché la partecipazione diretta dei cittadini – prevista dallo stesso articolo – sia realmente effettiva ed egualitaria.

La seconda parte del volume è dedicata all'articolazione del potere sia all'interno degli Stati che tra gli Stati: il rapporto centro - periferia viene trattato nel saggio *El federalismo*, l'integrazione sopranazionale in *Convegno a Milano (14/15-12-2005)*, «*Federalismi e integrazioni sopranazionali*» «*La experiencia del Mercosur – comparación con la Unión Europea*», e i mutevoli rapporti che si stabiliscono tra i supremi organi costituzionali nel contributo *Presidencialismo y Parlamentarismo*. Infine, il saggio che chiude il volume, *El ballottage, su aplicación en América Latina y la gobernabilidad*, pone l'attenzione su una specifica formula elettorale, ossia quella della *doble vuelta*, e sugli effetti che la sua applicazione ha avuto in alcuni ordinamenti latinoamericani.

Nel saggio *El federalismo* l'Autore analizza il federalismo argentino e i cambiamenti introdotti dalla riforma costituzionale del 1994 in relazione al rapporto centro-periferia. In primo luogo, Sabsay realizza una breve comparazione tra il federalismo statunitense e quello argentino al fine di far comprendere al lettore perché abbiano avuto una evoluzione così diversa. L'analisi, infatti, si concentra sulle differenze che hanno portato ad un'opposta applicazione del modello federale nelle due Nazioni e, in particolare, vengono sottolineate: il differente passato coloniale dei due Paesi; l'esistenza di un sistema di *checks and balances* negli Stati Uniti a fronte di un potere presidenziale esorbitante in Argentina; l'applicazione più estesa della cosiddetta clausola commerciale e il più frequente uso della facoltà di intervento del Governo federale nel Paese latinoamericano. I due Stati, inoltre, sono caratterizzati da una diversa disciplina partitica: molto forte in Argentina e lasca negli Stati Uniti, che ha delle conseguenze sulla rappresentanza delle entità substatali e dei loro interessi nelle seconde Camere. Negli Stati Uniti i senatori, a prescindere dalla loro provenienza partitica, sono più inclini a sostenere proposte politiche a favore dello Stato che rappresentano, mentre, in Argentina, nonostante il Senato sia formalmente la camera di rappresentanza delle province, le decisioni al suo interno vengono prese in base all'appartenenza partitica e non a quella territoriale.

Successivamente, l'Autore analizza gli aspetti della riforma del 1994 che hanno inciso sul tipo di Stato e che avevano il fine di rinvigorire il federalismo: la modifica del regime finanziario (art. 75, Cost.); l'introduzione dell'autonomia municipale (art. 123, Cost.) e dell'autonomia della città di Buenos Aires (art. 129, Cost.); la creazione di un organo specifico competente ad attuare l'intervento federale (art. 75, c. 3); il conferimento esplicito della competenza in materia ambientale alle province (art. 41, c. 3, Cost.); l'attribuzione alle province della facoltà di creare regioni per favorire lo sviluppo economico e sociale (art. 124, Cost.). L'A. mette in rilievo come il conferimento esplicito della materia ambientale alle province sia stato funzionale a limitare una condotta delle autorità centrali lesiva dell'autonomia delle province in tale ambito. A ciò si è posto rimedio con la riforma in analisi. Invece, in merito all'attribuzione alle province del potere di istituire regioni, l'A. evidenzia come tale previsione non abbia comportato la creazione di un nuovo livello politico di governo.

Il saggio successivo, *Convegno a Milano (14/15-12-2005)*, «*Federalismi e integrazioni sopranazionali*» «*La experiencia del Mercosur – comparación con la Unión Europea*», tratta di un altro processo imitativo

realizzato in America Latina riguardante, a differenza del precedente, non l'assetto interno degli Stati ma quello sopranazionale.

La volontà dei Paesi americani di realizzare un'integrazione attraverso diverse modalità e con fini diversi è un obiettivo che risale al XIX secolo e sono state numerose le iniziative in tal senso: la *Asociación Latinoamericana de Libre Comercio* (ALALC) del 1960, il *Grupo Andino* alla fine degli anni '60 realizzato con l'*Acuerdo de Cartagena*, la *Asociación de Libre Comercio del Caribe* nel 1965, la *Asociación Latinoamericana de Integración* (ALADI) nel 1980, la conclusione del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* nel 1982. Anche se tutti questi antecedenti hanno influito nella creazione del MERCOSUR la sua origine immediata si rinviene in una serie di documenti bilaterali redatti a partire dal 1985 dai governi argentino e brasiliano. Con la firma del *Tratado de Asunción* nel 1991 gli Stati Parte (Brasile, Argentina, Uruguay e Paraguay) si sono impegnati nella realizzazione di un mercato comune, denominato *Mercado Común del Sur*, con la finalità di assicurare la libera circolazione di beni, servizi e fattori produttivi.

Il saggio in esame mette in evidenza la presenza di numerose differenze tra il *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR) e l'Unione Europea, nonostante quest'ultima sia stata utilizzata come modello per la realizzazione del primo. L'Autore, in particolare, pone l'attenzione su una differenza chiave che influenza l'assetto e il funzionamento delle due strutture sovranazionali: il MERCOSUR, a differenza dell'UE, è caratterizzato da istituzioni intergovernative e non comunitarie. Ciò non ha comportato un trasferimento di sovranità dagli Stati Parte a una struttura posizionata al di sopra dei governi nazionali, per cui le decisioni, all'interno del *Mercado Común*, vengono prese all'unanimità con una conseguente maggiore difficoltà nell'individuare posizioni condivise.

Gli ultimi due saggi contenuti nel volume trattano di possibili correttivi a quello che viene indicato dall'Autore come "iperpresidenzialismo latinoamericano". La forma di governo statunitense è stata utilizzata come modello dalla quasi totalità dei paesi dell'America Latina, ma la sua applicazione in contesti tanto differenti ha portato alla conformazione di regimi politici sotto molti punti di vista opposti a quello statunitense. La forma di governo presidenziale, infatti, in quest'area non ha facilitato il consolidamento della democrazia ma, al contrario, ha rappresentato un ritorno ad un passato personalista e *caudillista* caratteristico dell'esercizio del potere durante il periodo coloniale e nel periodo successivo all'indipendenza.

Nel saggio *Presidencialismo y Parlamentarismo* Sabsay illustra didascalicamente le caratteristiche del modello statunitense e delle forme di governo presidenziale, parlamentare e semipresidenziale, in modo da fornire al lettore gli strumenti per poter comprendere le peculiarità assunte dalla forma di governo presidenziale in America Latina e le misure che sono state adottate in quest'area, e in particolare in Argentina, al fine di riequilibrare i poteri tra i supremi organi costituzionali.

La forma di governo presidenziale, nella maggior parte dei Paesi latinoamericani, a differenza del modello statunitense, si è evoluta verso una concentrazione dei poteri nell'organo esecutivo monocratico. In realtà l'evoluzione dell'esperienza latino-americana mette in luce una posizione di fragilità del Presidente, il quale, se da un lato, è chiamato ad esercitare un ampio novero di poteri, dall'altro, ne deve dare conto dinanzi all'elettorato. La combinazione di questi elementi ha portato alla configurazione di un sistema politico che ha perso nella pratica gran parte delle



caratteristiche proprie del modello statunitense. Per tale motivo sono state adottate diverse soluzioni, che vanno dall'adozione della forma di governo semipresidenziale nella Costituzione peruviana del 1980 e in quella haitiana del 1987, all'introduzione di elementi tipici della forma di governo parlamentare come avvenuto in Uruguay, in Ecuador prima del 2008, in Colombia, in Brasile, in Paraguay e in alcune repubbliche dell'America Centrale. Alcuni Stati, invece, hanno optato per l'istituzionalizzazione del Consiglio dei Ministri e per la creazione di un Consiglio di Costituzionalità attraverso il quale realizzare il controllo di costituzionalità, come avvenuto in Colombia nel 1991. In Argentina – così come nella maggior parte degli Stati latinoamericani – la questione della riforma dell'assetto presidenziale è presente fin dall'inizio della restaurazione dello Stato di Diritto, alla fine degli anni '70, ma una reale azione in tal senso si è avuta solo con la riforma costituzionale del 1994, in seguito alla quale numerosi elementi – come la controfirma degli atti presidenziali da parte dei ministri (art. 100, Cost.), la responsabilità individuale e collettiva dei loro atti (art. 102, Cost.), la relazione annuale che ogni Ministro deve presentare al Parlamento (art. 104, Cost.), la possibilità per il Parlamento di convocare i Ministri quando lo ritenga necessario (art. 71, Cost.) e di sottoporli a giudizio politico (art. 53, Cost.) – avvicinano il regime argentino a quello parlamentare. La vera innovazione, introdotta dalla riforma costituzionale argentina, è stata la figura del *Jefe de Gabinete* che, per il suo titolo, permette una rapida associazione alle forme di governo parlamentare e semipresidenziale. Il primo comma dell'art. 100 della Costituzione gli attribuisce la funzione di «*ejercer la administración del país*», ma leggendo questa disposizione in coordinato all'art. 99 della Costituzione appare evidente come non si tratti di un Capo di Governo. L'art. 99, infatti, attribuisce tale ruolo esclusivamente al Presidente. Inoltre, è quest'ultimo a nominare e a rimuovere il Capo di Gabinetto e la facoltà di censura riconosciuta al Congresso è di difficile applicazione. Questa nuova figura, quindi, non possiede un reale campo di poteri propri ed appare come un Ministro con funzioni di coordinamento, sottomesso alla volontà presidenziale.

Oltre ai poteri attribuiti ai diversi organi costituzionali e alle modalità con cui vengono attuati tali poteri, elemento essenziale del funzionamento di una forma di governo è il sistema elettorale. Quest'ultimo, infatti, incide non solo sull'orientamento dell'elettore ma anche sulla sovra o sottorappresentazione dei partiti, sul numero complessivo di questi, sulla loro organizzazione interna e più in generale sulla stabilità governativa. Molti Paesi latinoamericani, a partire dall'ondata di democratizzazione che li ha coinvolti negli anni '80, hanno introdotto il sistema elettorale del doppio turno ritenendolo un anticorpo valido per far fronte alle cause che, tradizionalmente, avevano portato all'interruzione del funzionamento democratico. Il ballottaggio, infatti, genera importanti conseguenze all'interno del sistema politico, soprattutto sul sistema dei partiti, sul modo in cui viene canalizzata l'offerta politica dall'elettorato e sul rapporto esecutivo-legislativo. Tali aspetti sono trattati nel contributo *El ballottage, su aplicación en America Latina y la gobernabilidad*. Questo saggio si apre con una concisa analisi del concetto di ballottaggio – incentrata sugli obiettivi, sui vantaggi e sulle criticità di tale formula – che appare fondamentale in quanto fornisce al lettore alcuni strumenti teorici utili ad affrontare il successivo esame delle principali esperienze europee (Francia, Austria e Portogallo) e latinoamericane (Paraguay, Colombia, Chile, Haiti, Brasile, Perù, Ecuador, El Salvador e Guatemala).

Prima di realizzare un'attenta e precisa comparazione tra gli Stati latinoamericani che attualmente utilizzano la *doble vuelta*, l'Autore – coerentemente con l'impostazione dell'intero volume – analizza l'applicazione del ballottaggio in Argentina dove tale formula fu il prodotto di un emendamento costituzionale del 24 agosto 1972, approvato dalla Giunta dei Comandanti che governava in quel periodo. Si trattò, quindi, di una riforma alla legge fondamentale che precedette la restaurazione della democrazia, avvenuta all'inizio del 1973. La legge 19.982 dispose che il Presidente e il Vicepresidente sarebbero stati eletti dal popolo simultaneamente e direttamente attraverso il sistema del doppio turno. Il secondo turno elettorale si sarebbe svolto entro trenta giorni dal primo, qualora nessuno dei candidati avesse raggiunto la metà più uno dei voti validi espressi, e vi avrebbero potuto partecipare tutti i candidati che avessero ottenuto, al primo turno, almeno il 15% dei voti. La legge in questione prevede, inoltre, le stesse modalità per l'elezione dei senatori. Tale sistema elettorale venne utilizzato solo nel marzo 1973 in quanto, trattandosi di una misura adottata da un Governo di fatto, il nuovo Esecutivo decise di non proseguire tale esperienza. A differenza di quanto successivamente avvenne negli altri paesi dell'America Latina, in Argentina il ballottaggio non fu applicato al solo potere esecutivo ma anche alla Camera Alta del Congresso.

L'A. analizza, successivamente, le differenti esperienze latinoamericane, suddividendo i Paesi che utilizzano il ballottaggio in quattro gruppi: i Paesi che lo hanno da poco inserito nel proprio diritto pubblico (Paraguay e Colombia); i Paesi nei quali è stato utilizzato in una sola elezione e non vi è stata la necessità di ricorrere al secondo turno (Chile e Haiti); Paesi nei quali è stato utilizzato una sola volta (Brasile); Paesi nei quali il ballottaggio è stato utilizzato in vari processi elettorali o dove ha avuto un periodo considerevole di vigenza (Perù, Ecuador, El Salvador e Guatemala). A conclusione di questa disamina l'A. mette in evidenza:

- la relazione esistente tra ballottaggio e sistema elettorale utilizzato per l'elezione dei legislatori. Nella maggior parte dei Paesi analizzati (Ecuador, Perù, Guatemala, El Salvador e Brasile), infatti, la formula utilizzata per l'elezione dei membri dell'organo legislativo è quella proporzionale;

- il monopolio che i partiti hanno sulle candidature presidenziali sottolineando che tale caratteristica distorce il sistema impedendo gli obiettivi propri del ballottaggio, tra i quali l'introduzione di una dinamica bipolare stabile e la formazione di una maggioranza parlamentare che faciliti la governabilità di uno Stato. Ciò si verifica anche quando tra i due turni elettorali trascorre un periodo superiore alle tre settimane, come avviene ad esempio in Ecuador dove intercorre un periodo di tre mesi e mezzo. Infatti, una struttura partitica solida è presente solo in Uruguay e in Costa Rica, mentre Ecuador, Cile, Brasile, Haiti e Guatemala sono caratterizzati da un pluripartitismo composto da numerose forze politiche che tendono a scindersi e a dare vita a nuove formazioni; in Perù, infine, vi è un significativo aumento di formazioni sorte intorno alla figura del candidato che impediscono una stabilizzazione del sistema partitico.

Dopo aver analizzato i singoli casi, l'Autore realizza una comparazione tra la realtà europea e quella latinoamericana evidenziandone le differenze. Nel caso europeo, infatti, vi è una stretta relazione tra forma di governo semipresidenziale e ballottaggio dovuta alla necessità di assicurare al Capo di Stato l'appoggio della maggioranza assoluta dell'elettorato, in modo che questi potrà essere "super legittimato" al di sopra dei partiti politici ed essere una sorta di "super arbitro" per

garantire la governabilità del sistema. Al contrario, in America Latina questa “super legittimazione” ha comportato un’ulteriore personalizzazione del potere favorendo ciò a cui l’introduzione di questo sistema elettorale voleva porre rimedio, ossia l’iperpresidenzialismo.

In America Latina, quindi, – nonostante le differenze messe in luce dall’analisi dei singoli ordinamenti – il ballottaggio non solo non ha ridotto la concentrazione del potere nelle mani del Presidente ma al contrario l’ha favorita. Inoltre, non ha facilitato il raggiungimento di accordi interpartitici per le candidature presidenziali producendo, invece, una netta polarizzazione tra due blocchi rigidamente contrapposti. Date le caratteristiche istituzionali e sociali esistenti in America Latina, secondo l’Autore, il ballottaggio è un meccanismo elettorale di dubbia utilità per il consolidamento della democrazia in quest’area e potrà avere degli effetti positivi solo se entrerà a far parte di una riforma più ampia del sistema politico.

In conclusione, è possibile affermare che, nonostante il volume sia composto da saggi realizzati in periodi differenti e aventi ad oggetto vari argomenti, il filo rosso che li unisce, ossia la comprensione dei molteplici aspetti che caratterizzano una transizione alla democrazia e i loro effetti pratici, lo rende organico e permette al lettore di individuare, fin dall’inizio, lo scopo ultimo dell’Autore. Particolarmente interessante è stata la decisione di inserire saggi che, come messo in evidenza nel corso di questa recensione, trattano – in modo più o meno approfondito – il caso argentino, conferendogli quasi il ruolo di cartina al tornasole, senza tralasciare, però, un’interessante analisi comparativa che riguarda non solo alcuni Paesi latinoamericani ma anche alcuni Stati del Vecchio Continente e l’esperienza di integrazione europea nel suo complesso. In tal modo, Sabsay mette in evidenza che i processi transizionali non possono dirsi definitivamente conclusi e che i loro effetti dipendono dalle caratteristiche proprie delle realtà in cui avvengono, quali, nel caso latinoamericano, il retaggio del periodo precolombiano e di quello coloniale, il *caudillismo* e l’instabilità istituzionale. Proprio per tale motivo, il volume si conclude con due saggi – *Presidencialismo y Parlamentarismo* e *El ballottage, su aplicacion en America Latina y la gobernabilidad* – che trattano dei possibili correttivi all’iperpresidenzialismo latinoamericano senza però identificare una formula definitiva.

Rosa Iannaccone