

Scienza e Pace

Science & Peace

ISSN 2039-1749

Vol. XII, No 2 (2021)

Il processo costituente cileno e il problema della giustiziabilità dei diritti sociali. Alcune note intorno a un dibattito teorico in fase di costruzione

Michele Zezza

Online Journal of the "Sciences for Peace"
Interdisciplinary Centre - University of Pisa



This paper has been refereed through double-blind peer review

Received: 10 December 2021

Accepted: 14 February 2022

To cite this article:

Zezza, F. (2021), “Il processo costituente cileno e il problema della giustiziabilità dei diritti sociali. Alcune note intorno a un dibattito teorico in fase di costruzione”, *Scienza e Pace*, XII (2), pp. 147-166.

Creative Commons BY-NC-SA 4.0



Il processo costituente cileno e il problema della giustiziabilità dei diritti sociali. Alcune note intorno a un dibattito teorico in fase di costruzione

di **Michele Zezza***

Abstract

The study focuses on the Chilean constituent process scheduled for the second semester of 2022: we propose to analyse the legal and political debate which the need for a constitutional change has been generating in the last several years with particular regard to the issue of the justiciability of social rights. In examining these problems, from a methodological point of view, a moderately sceptical position towards the normative potential of the general theory of law is implicitly defended. According to this framework, the normative consideration of conceptual problems always needs to be integrated by the evaluation of contingent legal, political and social factors. We aim to show that there is no rigid causal link between the presence of a wide catalogue of social rights in a constitution and the satisfaction of the benefits associated with them. On the other hand, the study aims to show that the symbolic and expressive meaning associated with the possible reaffirmation of the founding values of constitutional texts is even more important in a society characterized, like the Chilean one, by a long-standing tendency to go against the redistributive principles that inspire the logic of social rights.

Keywords: Social Rights, Public Provisions, Constituent Power, Constituent Process, Constitutional Change.

Abstract

L'articolo assume a oggetto il processo costituente cileno attualmente in corso: in particolare, si propone di analizzare il dibattito giuridico-politico relativo al tema della giustiziabilità dei diritti sociali. Da un punto di vista metodologico, si adotta implicitamente una posizione moderatamente scettica nei confronti delle potenzialità normative della teoria generale del diritto. In base a questa prospettiva, qualsiasi considerazione normativa dei problemi teorici richiede di essere sempre essere integrata dalla valutazione dei fattori giuridici, politici e sociali contingenti. Uno dei principali obiettivi del testo è dimostrare che

* Michele Zezza è ricercatore post-doc in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Diritto pubblico dell'*Universidade de São Paulo*. Il presente lavoro è stato finanziato dalla *Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo* (FAPESP), con numero di processo 2017/24035-9.

non vi sia un rigido nesso di causalità tra la presenza di un ampio catalogo di diritti sociali all'interno di una costituzione e l'attuazione delle prestazioni ad essi associati. Lo studio si propone inoltre di mostrare che il significato simbolico ed espressivo legato alla possibile riaffermazione dei valori fondanti dei testi costituzionali sia ancora più importante in una società caratterizzata, come quella cilena, da una tendenza consolidata ad andare contro i principi redistributivi che ispirano la logica dei diritti sociali.

Parole chiave: Diritti sociali, prestazioni pubbliche, potere costituente, processo costituente, cambiamento costituzionale.

Introduzione

Uno dei temi più controversi, all'interno del costituzionalismo contemporaneo, riguarda indubbiamente il problema dell'idoneità del potere giudiziario ad assumere decisioni interpretative sulle disposizioni costituzionali che riconoscono diritti sociali. Al riguardo, diverse obiezioni rivolte contro un modello di costituzionalizzazione dei diritti sociali che preveda delle garanzie giurisdizionali si basano sulle difficoltà, per il potere giudiziario, di gestire i complessi problemi legati alla loro giustiziabilità.

Secondo la ricostruzione di Jeff King (2021: 5-6), esistono quattro argomenti ricorrenti, all'interno del dibattito teorico-giuridico, orientati a contestare la possibilità di una gestione giudiziaria dei diritti sociali. (A) *Policentricismo*: determinate questioni relative all'amministrazione dei diritti¹ (tra le quali indubbiamente il problema dell'allocazione delle risorse economiche) richiedono delle nozioni approfondite su una grande quantità di variabili interconnesse. (B) *Expertise*: storicamente i sistemi di welfare si sono sviluppati (anche) grazie al contributo di un notevole livello di conoscenze specialistiche o tecniche, delle quali i giudici sono generalmente privi. (C) *Flessibilità*: vi sono valide ragioni, legate ai limiti inevitabili che interessano il contenuto informativo a disposizione degli operatori del diritto, per attribuire ai governi o ai parlamenti il compito di assumere delle decisioni in determinati ambiti, in tutti quei casi in cui è di

¹ Per "amministrazione dei diritti" si può intendere, seguendo Pintore (2004, cap. 3, spec. 104), il complesso delle decisioni e delle procedure adottate al fine di rendere effettive (concretizzare, specificare, determinare) le disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali.

cruciale importanza poter rivedere le proprie scelte in presenza di nuove informazioni o di sviluppi imprevisi. (D) *Legittimità democratica*: l'assemblea legislativa costituisce la sede ideale per assumere delle decisioni nel rispetto delle regole previamente stabilite, ed eventualmente anche per discutere dello stanziamento di fondi pubblici.

Da questo punto di vista, l'attuale *processo costituente cileno* – derivante da un importante accordo politico siglato il 15/11/2019 (*Acuerdo por la paz social y la nueva constitución*) e attualmente previsto per il secondo semestre del 2022 – rappresenta un terreno ideale per analizzare questi problemi.

Nonostante si tratti di un dibattito ampio e plurale, al suo interno è possibile individuare due prospettive. Da una parte, si collocano quei teorici che difendono l'importanza di includere nella Costituzione cilena dei diritti sociali esigibili in sede giudiziale.² Dall'altra, troviamo la posizione di quanti revocano in dubbio (o in alcuni casi contestano apertamente) l'opportunità di prevedere dei meccanismi di giustiziabilità dei diritti sociali.³

Sebbene gli argomenti a sostegno di entrambe le posizioni siano in definitiva eterogenei, si può affermare, in termini generali, che l'orientamento favorevole al riconoscimento e alla giustiziabilità dei diritti sociali è chiamato a fare i conti soprattutto con il problema del loro costo per la collettività in termini di regressività del sistema fiscale; sul secondo approccio, d'altra parte, grava il difficile compito d'identificare altre modalità di tutela delle rivendicazioni che stanno alla base dei diritti sociali. Più recentemente, sono poi emerse alcune posizioni intermedie, sulle quali si concentrerà il presente studio.

Nell'analizzare il dibattito costituente, da un punto di vista metodologico si difenderà implicitamente una posizione moderatamente scettica nei confronti delle potenzialità normative della teoria generale del diritto. Secondo questo approccio, una considerazione astratta dei problemi concettuali richiede

² Si vedano in particolare Bassa Mercado (2008), Figueroa García-Huidobro (2009a; 2009b), Lovera Parmo (2010), Bustos Bottai (2015).

³ Cfr. soprattutto Martínez (2010), Alvear (2014), Soto (2014).

necessariamente di essere integrata dalla valutazione dei fattori giuridici, politici e sociali contingenti.⁴

1. Il contesto economico e sociale del processo costituente

Tra le possibili interpretazioni del voto cileno del 19 dicembre 2021, un itinerario di lettura è fornito dal modello economico-sociale di Stato che i cittadini sono stati chiamati a scegliere. A partire dall'11 marzo 2022, la coalizione "*Apruebo dignidad*" – una vasta alleanza che include il *Partido Comunista de Chile* (PCCh) fino ad alcune formazioni di centro-sinistra – sarà chiamata ad attuare le trasformazioni sociali, politiche, ecologiche e culturali che emergeranno dal processo costituente come conseguenza, in gran parte, del malcontento popolare esploso nell'ottobre del 2019 all'interno di imponenti proteste e manifestazioni di piazza ("*estallido social*").⁵ Nonostante la profonda incertezza che ha permeato tutte le fasi elettorali (e in particolare il ballottaggio), il risultato appare in una linea di continuità con la storia degli ultimi due anni se si considera che, nel referendum del 25 ottobre 2020 ("*plebiscito nacional*"), il 78,3% degli elettori ha approvato l'ipotesi di un cambiamento costituzionale e il 79% ha ritenuto che una Convenzione costituente interamente eletta avrebbe dovuto promulgare la nuova Costituzione.⁶ Inoltre, diversi sondaggi hanno segnalato l'esigenza, altrettanto evidente tra gli elettori (tra coloro che hanno votato a favore dell'opzione "*apruebo*"), di un ampio cambiamento nelle politiche economiche e sociali, in particolare, ma non solo, in settori quali la sanità, l'istruzione e le pensioni.

⁴ Un approccio in parte analogo può trovarsi in Sunstein & Vermeule (2003).

⁵ A partire da questo periodo, una serie di vibranti proteste contro l'aumento del costo dei trasporti pubblici ha determinato delle profonde fratture (in gran parte già latenti da parecchio tempo) nel modello economico-sociale cileno. "Il problema non sono i 30 pesos, ma i 30 anni" ("*No son 30 pesos, son 30 años*"), è stato uno degli slogan più ricorrenti tra i manifestanti, che hanno protestato contro (quelli che sono considerati) tre decenni di politiche neoliberiste dalla fine della dittatura di Pinochet. Sul modello politico delle élites tecnocratiche spesso associato, nell'opinione pubblica, all'eredità economica e politica della dittatura, cfr., su tutti, Cardoso (2020).

⁶ Com'è emerso in un sondaggio, il 69% delle persone che hanno votato a favore dell'opzione "*apruebo*" ha giustificato la propria posizione richiamandosi alla necessità di garantire il diritto all'assistenza sanitaria, alla previdenza sociale e all'istruzione. Cfr. il sondaggio contenuto in "Estudio, Monitoreo Post Plebiscito 2020 (25/10/2020)", disponibile in "<https://www.cadem.cl/wp-content/uploads/2020/10/Post-Plebiscito-VF.pdf>".

Com'è noto, la Costituzione cilena attualmente in vigore (la "*Constitución Política de la República de Chile*"), approvata tramite referendum l'11/09/1980 sotto la dittatura militare di Augusto Pinochet e diverse volte emendata a partire dal 1989, prevede di fatto la libertà di scelta, in materia di diritti fondamentali, tra il pubblico e il privato; promuove un modello economico incentrato sulla tutela del libero mercato e della proprietà privata, e infine non garantisce il diritto all'istruzione, l'assistenza sanitaria e la previdenza sociale per i soggetti più indigenti. All'interno dell'attuale scenario costituzionale, in sintesi, si può affermare che i *diritti sociali* (quei diritti orientati a neutralizzare determinate forme di ineguaglianze presenti nella società)⁷ non si configurano come una questione di servizio pubblico; essi rappresentano piuttosto dei *beni commerciabili* la cui esigibilità, nella maggior parte dei casi, riguarda esclusivamente i soggetti economicamente più avvantaggiati.

Il capitolo III ("*De los derechos y deberes constitucionales*") della Carta costituzionale riconosce effettivamente il diritto alla tutela della salute, il diritto all'istruzione, il diritto al lavoro e il diritto alla previdenza sociale. Non specifica, tuttavia, il modo in cui tali disposizioni dovrebbero concretizzarsi: le politiche pubbliche orientate alla loro attuazione sono rimesse al potere esecutivo e al legislativo.⁸ Non garantisce un contenuto minimo incompressibile per diritti come quello alla salute e alla previdenza sociale; il diritto all'istruzione e il diritto a un

⁷ La *funzione redistributiva* dei diritti sociali è sottolineata in particolare da Thomas H. Marshall (1992), che considera i diritti sociali come una caratteristica dello status della cittadinanza tendenzialmente in tensione con il mercato, dal momento che il loro riconoscimento implica la creazione di un diritto a ricevere un reddito non proporzionato rispetto al valore di mercato della persona che lo rivendica. A questo proposito, si vedano anche le osservazioni di Danilo Zolo (1994: 33-34), il quale rileva che l'effettiva attuazione dei diritti sociali è incompatibile con l'ideale dell'efficienza del mercato e richiede pertanto una profonda revisione delle strutture dell'economia capitalistica. Cfr., infine, Rodotà (1992: 117, 120), secondo il quale il riconoscimento dei diritti sociali rappresenta un'opzione contrapposta alla logica dell'autosufficienza del mercato.

⁸ In un resoconto del 2016 dello *Special Rapporteur on extreme poverty and human rights* (<https://undocs.org/A/HRC/32/31/Add.1>), analizzando lo stile di redazione della carta costituzionale del 1980, con specifico riferimento ai diritti economici, sociali e culturali in materia di sanità, istruzione e previdenza sociale, l'*UN Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights* affermò quanto segue: «the formulations used do not generally conform to international standards and are not firmly anchored in the language of rights and obligations. The methods of implementation envisaged are relatively open-ended and non-empowering and do not explicitly include judicial action» (ivi, par. 25). Sulla stessa linea, già nel 2004, il Comitato ONU sui diritti economici, sociali e culturali aveva espresso la preoccupazione che diversi diritti economici, sociali e culturali non fossero giustiziabili in Cile (cfr. E/C.12/1/Add.105, par. 12).

ambiente sano non sono giustiziabili.⁹

Si tratta pertanto di un sistema di accesso ai beni costituzionali e ai diritti fondamentali che, come conseguenza quasi inevitabile, tende a generare uno dei più alti tassi di ineguaglianza tra i paesi OCSE, in termini di reddito e distribuzione della ricchezza, così come uno dei tassi più bassi di spesa pubblica.

2. La costituzionalizzazione (l'ampliamento del riconoscimento costituzionale) dei diritti sociali

2.1. Una ricostruzione sintetica delle linee principali del dibattito teorico

Esiste un intenso dibattito giuridico-politico, sviluppatosi ormai da diversi anni, intorno alle strategie più efficaci per riconoscere, e successivamente applicare, i diritti sociali nella nuova Costituzione cilena. Al riguardo, il dibattito appare fondamentalmente polarizzato tra gli studiosi che utilizzano un *approccio sovrano* di tipo classico o tradizionale nella riflessione sulla nozione di *potere costituente* (cfr. ad es. Christodoulidis, Goldoni 2020; Ansaldi, Pardo-Vergara 2020; Atria 2020), al fine di comprendere il processo storico che sta attraversando il paese, e, d'altra parte, gli autori che utilizzano un *approccio post-sovrano* (cfr. ad es. Alemparte 2020; Tschorne 2020) – incentrato sul proposito di applicare i principi costituzionali non soltanto ai risultati, ma allo stesso processo costituente nel suo complesso.¹⁰

⁹ Una relazione del marzo del 2015 ad opera della Corte Suprema del Cile indicava che, nell'ultimo decennio sono stati realizzati alcuni progressi in relazione alla giustiziabilità dei diritti economici, sociali e culturali (cfr. Director de Estudios, Análisis y Evaluación de la Corte Suprema, "Reporte preparatorio para el 4º Informe Periódico de Chile sobre el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas", Marzo 2015). Effettivamente, occorre notare che alcune interpretazioni giudiziali hanno esteso l'ambito di protezione dei diritti sociali soprattutto in ambiti quali l'assistenza sanitaria e i diritti del lavoro. Cionondimeno, nel giugno del 2015, il Comitato ONU sui diritti economici, sociali e culturali ha ribadito le sue preoccupazioni circa l'inadeguatezza dell'attuale grado di riconoscimento costituzionale e dei meccanismi di riparazione di cui dispongono tali diritti (cfr. E/C.12/CHL/CO/4, par. 7).

¹⁰ La distinzione tra "*sovereign approach*" e "*post-sovereign approach*" è tratteggiata soprattutto da Andrew Arato (2015; 2016; 2017). In estrema sintesi, gli elementi caratteristici del paradigma post-sovrano – che nasce e si sviluppa essenzialmente come una proposta di riformulazione e di superamento dell'antica nozione di *pouvoir constituant* – sono i seguenti: «1. Round-table

Da questo punto di vista, una declinazione rilevante di questo contrasto teorico si può ritrovare nella contrapposizione tra il cosiddetto “*approccio bolivariano*” al processo costituente e una particolare applicazione della prospettiva dell’“*aversive constitutionalism*”.

Il primo modello – che prende il nome dal patriota e rivoluzionario venezuelano Simón Bolívar, il quale nei primi decenni dell'Ottocento diede un contributo all'indipendenza dall'Impero spagnolo di Venezuela, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú e Panamá – si basa su un *approccio sovranista e trasformativo* al processo costituente.¹¹

The *Bolivarian* approach – scrivono Prieto e Verdugo (2021: 158) – is the kind of transformative constitutionalism that inspired the constitution-makers of Venezuela (1999), Ecuador (2008), and Bolivia (2009). It combines transformative goals and an emphasis on social rights with an unconstrained constituent power theory and a strong executive branch. It also weakens limits on political power, frequently includes forms of plebiscitary democracy, adopts a post-liberal approach to the constitution, and enhances descriptive and symbolic forms of representation.

Si tratta, in sintesi, di una concezione della natura del *potere costituente* inteso come fondativo, giuridicamente illimitato e sovrano, coniugata con un approccio trasformativo al costituzionalismo che denuncia, relativamente agli

negotiations (negotiating forums) that bring “all major political forces into the drafting process and, most importantly, into the process of drafting the rules for that process”. 2. The intervention of the existing regime’s parliamentary institutions in order to produce, according to an old amendment rule, an interim constitution that guarantees the principles of inclusion, public openness, and legality in the subsequent stage of the constitution-making process. 3. Democratic elections to select a new assembly that will play a central role in drafting a second (and definitive) constitution. 4. The drafting of the definitive constitution by the new assembly, based on the regulations and limitations provided in the interim constitution. 5. Finally, the constitutional courts (created by previous constitutions) play a significant role in policing the limitations stipulated by the interim constitution» (Baquerizo Minuche 2020: 1).

¹¹ Per un’analisi del modello si vedano in particolare King (2013), Couso (2014). La formulazione del concetto di costituzionalismo trasformativo è generalmente attribuita a Karl E. Klare, il quale, con riguardo al contesto sudafricano, fa riferimento a un «long-term process of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed to transforming a country’s political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory and egalitarian direction. Transformative constitutionalism – afferma – connotes an enterprise of inducing large-scale social change through non-violent political processes grounded in law» (1998: 150).

ultimi decenni, l'assenza di cambiamenti sul terreno delle riforme in materia di diritti sociali ed economici, prendendo di mira soprattutto il problema dell'inerzia legislativa. In America Latina, questa impostazione è stata utilizzata prevalentemente allo scopo di «lasciarsi alle spalle un regime precedente e introdurre un insieme di diritti sociali esigibili»; inoltre, «è stata spesso accompagnata da un approccio classico di tipo sieyèsiano e/o schmittiano all'idea di potere costituente» (Prieto & Verdugo 2021: 158).¹²

Sul secondo versante, un utilizzo particolare della nozione di “*aversive constitutionalism*” (Scheppelle 2003) è stato recentemente proposto da Prieto & Verdugo (2021). Recuperando questa chiave interpretativa, gli autori sostengono che «il processo costituente cileno può essere inteso come la manifestazione di una *duplici avversione* nei confronti di due modelli negativi: innanzitutto, rispetto al periodo di Pinochet e ai suoi interventi sul piano costituzionale; in secondo luogo, rispetto all'approccio bolivariano alla redazione di una nuova costituzione, includendo la sua dimensione di potere costituente» (Prieto & Verdugo 2021: 154, tr. mia). Come emerge, del resto, già nell'analisi di K.L. Scheppelle (2003: 300), questo approccio guarda alle istituzioni, ai principi e ai processi storici del passato per costruire un ideale negativo di scenario costituzionale e per comprendere come evitarlo. Si tratta di un quadro teorico che non può essere pienamente identificato con la decostruzione (si veda, in tal senso, Greene 2011: 403) degli elementi caratterizzanti del paradigma negativo (“*anticanonical materials*”), come ad esempio un precedente moralmente ripugnante (aspetto, quest'ultimo, particolarmente rilevante nelle giurisdizioni di *common law*). Nella sua “*pars construens*”, per così dire, presenta lo scopo di dotare il sistema giuridico di una stabilità e di una legittimità a lungo termine. Tale paradigma, in sintesi, mira a coinvolgere i «costituenti e i politici (e talvolta anche i giudici), promuovendo la consapevolezza che un determinato modello costituzionale è sbagliato, non si

¹² «This approach typically connects the idea of constituent power with the revolutionary power of the “people” to build a new state that could integrate indigenous peoples, provide for a strong conception of equality, and sometimes remove or disempower the old ruling elites. It is not uncontroversial to say that some transformative experiments in Latin America have been accompanied by populist narratives» (Prieto & Verdugo 2001: 159). Un esempio dell'utilizzo di questo tipo di prospettiva si può trovare in Colón-Ríos (2011).

adatta o è incompatibile con i piani costituzionali fissati per il processo di redazione» (Prieto & Verdugo 2021: 153). Infine, è importante sottolineare che il rifiuto dell'approccio bolivariano, nella prospettiva degli autori, non significa che il processo costituente cileno debba essere necessariamente privo di caratteristiche trasformative quali, in particolare, l'enfasi sull'importanza della protezione dei diritti sociali al fine di dar vita a un modello di società più giusto e solidale.

2.2. Il problema della relazione con le politiche economiche e sociali

Un aspetto controverso relativo al mutamento storico in atto è se il processo costituente debba, e nel caso in che misura, predeterminare le politiche economiche e sociali che le istituzioni politiche si troveranno poi ad attuare per rispondere alle esigenze sociali esistenti; o se, al contrario, i costituenti debbano preoccuparsi di disegnare un modello di costituzione che guidi e faciliti l'approvazione di tali politiche. Nella maggior parte dei casi, i critici di un modello di costituzionalizzazione dei diritti sociali incentrato sulla presenza di garanzie giurisdizionali forti evidenziano i rischi di una compressione dello spazio democratico del dibattito politico.

Particolarmente interessante, da questo punto di vista, è la recente proposta, formulata da R. Dixon e S. Verdugo (2021), di un *“weak-strong” social rights model*. Gli aspetti principali di questa prospettiva consistono in

two broad sets of reforms, in preference to the adoption of “strong” justiciable social rights guarantees: first, structural reforms to the mode and method of election of the President and Congress that more closely align the agenda of the two branches of government [...] and reforms to the model of national versus local funding of core services, so as to promote a more responsive approach to democratic policy-making. Second, a specific set of ‘weak-strong’ social rights guarantees that consist in (a) a *mandatory ‘by law’ clause*; (b) a *specific timeframe for adopting relevant legislation*; (c) *constitutional principles guiding the scope of social and economic policy reforms*; and (d) the *possibility of judicial review of legis-*

lative failures to implement by law clauses of this kind (Dixon & Verdugo 2021: 3-4, corsivo aggiunto).

In quest'ottica, anche in un tipo di sistema giuridico caratterizzato dalla sovranità costituzionale, il ruolo di interpretare in modo definitivo le norme costituzionali non può spettare unicamente ai giudici e la democraticità del legislatore non può discendere soltanto dal suo compito di attuare i programmi normativi della costituzione.

I diritti sociali – argomentano – possono essere protetti in modo più efficace attraverso altre soluzioni quali il ricorso a obblighi sul piano legislativo, principi guida della politica parlamentare e garanzie giurisdizionali deboli (“*weak justiciable guarantees*”)¹³. Al potere parlamentare spetta essenzialmente il compito di guidare le politiche sociali ed economiche; di contro, al potere giudiziario (alla corte costituzionale, in particolare), il compito di individuare eventuali omissioni o violazioni dei diritti sociali (vedi anche Young 2012).

Sul piano strettamente giuridico, un modello che combini l'intervento legislativo con il supporto (“*backstop*”) dell'azione giudiziaria «trae le caratteristiche del suo disegno da vari sistemi costituzionali diffusi nel mondo, tra cui in particolare Germania e Kenya» (Dixon & Verdugo 2019: 27; cfr. in questo senso anche Dixon 2019a).

Questa soluzione, peraltro, consentirebbe un ampio dibattito sulla necessità di un aumento della pressione fiscale o su eventuali fonti di entrate alternative per finanziare tali cambiamenti. D'altro canto, eviterebbe il pericolo – verificatosi più volte durante la fase democratica della storia cilena – che di certe forme di tutela giurisdizionale dei diritti sociali possano beneficiare solo i cittadini cileni che percepiscono un reddito medio-alto (sul punto, si vedano anche le analisi di Brinks & Gauri 2014; Ferraz 2011).¹⁴

¹³ Una prospettiva simile, che sottolinea l'inopportunità di fissare dei *diritti sociali giustiziabili* in “*forma forte*” si può trovare, ad esempio, in Tushnet (2008, 2013), Weis (2017), Dixon (2019b), Khaitan (2019).

¹⁴ «There are clear advantages to involving legislatures in processes of social and economic policy reform, especially given the nature of debates about health care and pension reform in Chile: doing so can recognize the complexity and scope for disagreement over the precise direction of reform, and the need for additional tax revenues or alternative sources of income to

Riassumendo: la principale responsabilità di questo cambiamento costituzionale dovrebbe spettare al legislatore, anche se la Corte costituzionale può e deve intervenire ogniqualvolta il Parlamento non adotti i provvedimenti necessari per dare attuazione ai principi normativi previsti dalla Costituzione. Questo approccio sembra particolarmente idoneo a consentire che il potere politico-parlamentare e il potere giudiziario collaborino all'interno di un *circuito dialogico* (si veda a tal proposito anche Dixon 2007; Kavanagh 2021) al fine di raggiungere gli obiettivi sostanziali stabiliti all'interno della carta costituzionale.

3. Alcune considerazioni finali

A seguito di questa sintetica rassegna delle principali posizioni teoriche in merito all'ipotesi di un ampliamento nel riconoscimento dei diritti sociali all'interno della nuova Costituzione cilena, si possono formulare alcune considerazioni di carattere generale. Nel complesso, le posizioni analizzate consistono in proposte normative relative al modo più corretto di redigere e interpretare le disposizioni costituzionali che riconoscono i diritti sociali nella nuova Costituzione cilena. Da questo punto di vista, non sembra assumere una rilevanza centrale, in queste proposte, la relazione tra il livello semantico e il piano dell'efficacia.

In primo luogo, dovrebbe apparire chiaro che, così come non ogni necessità umana giustifica *ipso facto* il riconoscimento di un diritto costituzionale (su questo punto cfr. in particolare Añón Roig 1994: 276-279), analogamente *non esiste un nesso causale rigido* tra la presenza di un ampio catalogo di diritti sociali in costituzione e la soddisfazione degli interessi ad essi associati.¹⁵ Ammettere questo nesso – o, meglio ancora, riconoscere che tale rapporto assuma i tratti dell'identificazione *tout court* – equivale a ritenere che lo stile

fund such changes. Further, it avoids the danger that strong forms of judicial enforcement will only favor high-class or middle-class Chileans, when the most pressing need for reform is to address the position of the poor, the marginalized, and the low-middle classes» (Dixon & Verdugo 2021: 4).

¹⁵ Parallelamente, la scelta della modalità attraverso la quale includere, eventualmente, i diritti sociali all'interno della nuova Costituzione non corrisponde necessariamente a un dibattito tra chi preferisce attuare i principi fondamentali del welfare state e chi, invece, teme che l'ampliamento del catalogo dei diritti sociali (e delle correlative garanzie correlative) potrebbe mettere a repentaglio l'architettura liberale della società.

della redazione delle norme costituzionali condizioni rigidamente (e quindi consenta di prevedere con esattezza) come i giudici le interpreteranno in futuro. Tuttavia, una confutazione empirica¹⁶ di questa tesi può essere individuata nel seguente dato: esistono paesi dotati sistemi di welfare efficienti che non riconoscono, o lo fanno in maniera alquanto limitata, i diritti sociali sul piano costituzionale; d'altra parte, vi sono altri paesi le cui costituzioni contemplano un ampio elenco di diritti sociali che, tuttavia, sono per lo più inefficaci. È appena il caso di osservare, peraltro, che questo discorso riguarda tutti i diritti, e non soltanto i diritti sociali dal momento che, in assenza di specifiche *garanzie primarie e secondarie*¹⁷, ogni tipo di diritto è potenzialmente suscettibile (e di fatto così accade normalmente) di essere ridotto ad uno stato fittizio o “*cartaceo*”¹⁸, sprovvisto in quanto tale di qualsiasi obbligo nei confronti del legislatore.

Ad esempio, paesi come Spagna, Svizzera, Germania e Svezia, sebbene prevedano effettivamente il riconoscimento costituzionale di una dimensione sociale (interessi sociali, obiettivi o contenuti), nei rispettivi cataloghi di diritti e principi costituzionali non includono, o lo fanno in modo estremamente limitato, la presenza di diritti sociali dotati del crisma della fundamentalità. Non solo: per

¹⁶ Mi manca lo spazio, qui, per sviluppare ulteriormente la confutazione di questo approccio. Sia sufficiente osservare, tuttavia, che la tesi esposta appare difficilmente sostenibile anche qualora si utilizzi un approccio dinamico allo studio dei diritti. Secondo questa prospettiva, infatti, la formulazione di un diritto costituzionale risulta sempre suscettibile di generare ulteriori diritti, facoltà, pretese e obblighi per altri soggetti, secondo modalità non rigorosamente prevedibili. Ogni diritto soggettivo è visto «come il nucleo germinale di (come una ragione atta a giustificare l'attribuzione o il riconoscimento di) posizioni normative determinate, o insiemi determinati di posizioni siffatte (come la *ratio* che spiega, giustificandola, l'attribuzione o il riconoscimento di posizioni normative determinate)» (Celano 2001: 6). Questo tipo di approccio, con ogni evidenza, sottolinea l'importanza delle pratiche interpretative e delle tecniche argomentative, al di là dei meri dati quantitativi relativi al riconoscimento costituzionale dei diritti (sociali).

¹⁷ Per la distinzione tra garanzie primarie – gli obblighi positivi o negativi, a carico di privati e/o autorità pubbliche, correlati ad un diritto – e garanzie secondarie – gli obblighi per i giudici di sanzionare con l'annullamento o con la condanna gli atti nulli o illeciti in cui si verificano le violazioni delle garanzie primarie – si veda Ferrajoli (2007: 196-198, 668-701; 2013: 53-54; 2016: capp. II, III).

¹⁸ Nella ricostruzione di Riccardo Guastini (1996), devono considerarsi “di carta” quei diritti che risultano sprovvisti di almeno una delle seguenti caratteristiche: (1) presentare un contenuto determinato; (2) poter essere esercitati o rivendicati di fronte a un soggetto specifico; (3) essere suscettibili di tutela. Diritti di carta per eccellenza, secondo l'autore, sono i diritti sociali per come appaiono formulati nei testi costituzionali, dal momento che, in assenza di un'opera di determinazione o concretizzazione del contenuto, sono sempre carenti rispetto ai tre profili in questione.

certi versi si può dire che, di norma, i diritti sociali sono più intensamente tutelati negli ordinamenti che non li proclamano a livello costituzionale, e questo accade perché in questi sistemi la necessità di tutelarli è talmente condivisa a livello politico-sociale da rendere quasi superfluo il loro riconoscimento costituzionale (si veda in tal senso Glendon 1992: 531).¹⁹

Parallelamente, occorre considerare che il *significato simbolico ed espressivo*²⁰ associato alla possibile riaffermazione dei valori fondanti dei testi costituzionali è ancora più importante in una data società (come quella cilena) dove è diffusa la tendenza ad andare contro i principi redistributivi che ispirano la logica dei diritti sociali (cfr. in questo senso Sunstein 1993). Il riconoscimento costituzionale di un insieme di diritti sociali (all'istruzione, al lavoro, alla salute, ecc.), anche se destinati a rimanere (parzialmente) inapplicati, svolge tuttavia l'importante funzione di riaffermare l'adesione dei cittadini a una serie di valori essenziali per la vita collettiva. E può anche diventare il punto di partenza di un'azione rivendicativa (non necessariamente in sede giurisdizionale) volta a ottenere una riparazione, sul piano legislativo e politico, per la violazione o per l'eccessiva compressione di uno specifico diritto sociale²¹; o il fondamento di un'operazione argomentativa orientata ad integrare sul piano interpretativo il diritto in questione. Infine, un ulteriore elemento a sostegno dell'opportunità di costituzionalizzare i diritti sociali (all'interno di una cultura giuridica che in precedenza ha mostrato una certa ritrosia a tutelarli) va poi individuato nel consenso più stabile e duraturo che può generarsi attorno ai principi che li

¹⁹ Da questo punto di vista, alcune ricerche (Chilton & Versteeg 2017, 2020; Ben-Bassat & Dahan 2008) hanno dimostrato che i paesi che riconoscono costituzionalmente il diritto alla salute e all'istruzione non necessariamente aumentano la spesa pubblica in questi settori.

²⁰ La funzione simbolica delle dichiarazioni dei diritti è sottolineata in particolare da Lefort (1981: 45-83), Postema (1989), Rodotà (2006: spec. 42), Kramer (2008: spec. 426). Rodotà (2012: cap. 3) insiste inoltre sulle potenzialità trasformative delle rivendicazioni formulate in termini di diritti, anche qualora si tratti di diritti che al momento non sono esigibili o garantiti.

²¹ Sulla distinzione tra limitazione (*limitation/infringement*) e violazione (*violation*) dei diritti, si vedano su tutti: Nozick (1968: spec. 33-41), Thomson (1977: spec. 47-48), Gewirth (1984). A tale distinzione è poi opportuno ricollegare quella tra il *perimetro protettivo* – che coincide con un insieme di posizioni soggettive volte a tutelare l'esercizio dell'interesse soggiacente a un diritto o comunque strumentali al suo godimento – e il nucleo (*core*) – corrispondente all'interesse sostanziale soggiacente che giustifica l'attribuzione del diritto stesso. Si veda in tal senso Hart (1982: 171-173), Wellman (1999: 8-9, che si riferisce, appunto, agli “*associated elements*” all'interno della struttura dei diritti soggettivi).

riconoscono, rispetto all'accordo provvisorio di un dato momento elettorale (si veda, in tal senso, soprattutto Fromont 1996: 132).

La considerazione di questi fattori rende particolarmente importante (e urgente) incorporare nuovi principi e valori sociali nel processo costituente cileno attualmente in corso. Questo però con la consapevolezza che, oltre alla dimensione semantica relativa allo stile di redazione delle disposizioni costituzionali che riconoscono i diritti sociali, sono ugualmente importanti alcuni fattori riguardanti, per così dire, la “*società aperta degli interpreti della costituzione*” (Häberle 2008).²² Sul rapporto tra la costituzione, i diritti sociali e la loro esigibilità hanno un impatto particolare alcuni aspetti come la concezione della nuova Costituzione cilena (soprattutto il suo *contenuto etico sostanziale*²³), la normatività dei suoi principi, la controllabilità delle decisioni giudiziarie, i metodi interpretativi e argomentativi²⁴ diffusi tra gli operatori del diritto, i discorsi dottrinali e i costrutti teorici degli studiosi, la ripartizione del lavoro istituzionale nell'amministrazione dei diritti, ecc., e più in generale l'influsso esercitato dalla costituzione sui rapporti politici e il grado di costituzionalizzazione raggiunto dall'ordinamento giuridico nel suo complesso.

Sarà poi importante che la politica, a partire dal Parlamento, cerchi di promuovere un dibattito democratico, trasparente e inclusivo, ossia caratterizzato da un'ampia partecipazione deliberativa, intorno ai benefici collettivi delle riforme necessarie (in particolare delle misure di politica fiscale ed economica) e all'importanza di riaffermare alcuni valori fondanti (di carattere sociale) della comunità. Questo compito impone l'onere di ascoltare con attenzione coloro che sono stati maggiormente colpiti dalle politiche pubbliche neoliberiste, dalle decisioni dei precedenti governi e dalle loro omissioni.

²² Il che, peraltro, contribuisce ad attenuare la validità di quelle dispute teoriche esclusivamente incentrate sulla ricerca del “miglior stile” di redazione costituzionale dei diritti sociali.

²³ Seguendo Celano (2013: 125-130), questa nozione può essere intesa come un insieme di diritti, principi, valori e interessi i quali pongono una serie di vincoli materiali alle scelte legittimamente perseguibili in ambito legislativo.

²⁴ Per quanto riguarda le pratiche interpretative accreditate all'interno della cultura giuridica, si determineranno condizioni significativamente differenti se, ad esempio, si diffonderà tra gli operatori giuridici una tendenza alla “sovrainterpretazione” (*Ausstrahlungswirkung*) del testo costituzionale, all'applicazione diretta e immediata delle norme costituzionali da parte dei giudici (*Drittwirkung*) o, viceversa, una propensione verso un modello d'interpretazione costituzionale incentrato su un'esigenza di rigore semantico (su questi temi si veda in particolare Pino 2017).

Soddisfare queste condizioni dovrebbe, in linea di principio, contribuire a garantire che i diritti sociali non siano più visti come una mera espressione delle politiche sociali contingenti, ma che siano invece percepiti, all'interno della cittadinanza (a livello di *communis opinio*) come diritti umani a pieno titolo e in secondo luogo come diritti costituzionali dotati del crisma della fundamentalità.

Riferimenti bibliografici

ALEMPARTE, B. (2020). *The Institutional Interest of Political Parties in Chile's Constitution-Making Process*, I-CONnect (blog), November 17 of 2020, www.iconnectblog.com/2020/11/the-institutional-interest-of-political-parties-in-chiles-constitution-making-process/;

ALVEAR, J. (2014). *Los derechos sociales: develando el mito. Justificación y búsqueda de coherencia*, in J.F. García García (Ed.), *¿Nueva constitución o reforma? Nuestra propuesta: evolución constitucional*, Thomson Reuters, Santiago;

AÑÓN ROIG, M.J. (1994). *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales;

ANSALDI, O., PARDO-VERGARA, M. (2020). *What Constitution? On Chile's Constitutional Awakening*, «Law and Critique», pp. 7-31;

ARATO, A. (2015). *Beyond the Alternative Reform or Revolution: Post Sovereign Constitution-Making and Latin America*, «Wake Forest Law Review», 50, pp. 891-920;

— (2016). *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy*, Oxford Constitutional Theory, Oxford;

— (2017). *The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?* Cambridge University Press, Cambridge;

ATRIA, F. (2020). *Constituent Moment, Constituted Powers in Chile*, «Law and Critique», pp. 51-58;

BAQUERIZO MINUCHE, J. (2020). *On 'Legal Continuity' in the Post-sovereign Model of Constitution-making: Three Problems*, «Revus: Journal for Constitutional Theory & Philosophy of Law», 41, pp. 1-14;

BASSA MERCADO, J.A. (2008). *El Estado constitucional de derecho. Efectos sobre la constitución vigente y los derechos sociales*, Lexis Nexis, Santiago;

BEN-BASSAT, A., DAHAN, M. (2008). *Social Rights in the Constitution and in Practice*, «Journal of Comparative Economics», 36, pp. 103-119;

BRINKS, D., GAURI, V. (2014). *The Law's Majestic Equality? The Distribution Impact of Judicializing Social and Economic Rights*, «Perspectives on Politics», 12, pp. 375-393;

- BUSTOS BOTTAI, R. (2015). *Nueva constitución y derechos sociales. Hacia un nuevo paradigma*, in E. Chia, F. Quezada (Eds.), *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Instituto Igualdad, Universidad de Chile, Friedrich Ebert-Stiftung, Santiago, pp. 227-249;
- CARDOSO, J.V. (2020). *Cambios socioeconómicos y legitimación constitucional: camino hacia una nueva constitución en Chile*, «Derecho y crítica social», 6, pp. 68-95;
- CELANO, B. (2001). *I diritti nella Jurisprudence anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in P. Comanducci, R. Guastini (Eds.), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino;
- (2013). *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna;
- CHILTON, A.S., VERSTEEG, M. (2017). *Rights Without Resources: The Impact on Constitutional Social Rights on Social Spending*, «The Journal of Law and Economics», 60, 4, pp. 713-748;
- (2020). *How Constitutional Rights Matter*, Oxford University Press, Oxford;
- COLÓN-RÍOS, J.I. (2011). *Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia*, «Constellations», 18, pp. 365-388;
- COUSO, J. (2014). *Radical Democracy and the “New Latin American Constitutionalism”*, SELA Paper Collections;
- CHRISTODOULIDIS, E., GOLDONI, M., *Introduction: Chile’s ‘Constituent Moment*, «Law and Critique», 31, 1, 2020, pp. 1-5;
- DIXON, R. (2007). *Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-form versus Weak-form Judicial Review Revisited*, «International Journal of Constitutional Law», 5, 3, pp. 391-418;
- (2019a). *Constitutional Design Deferred*, in D. Landau, H. Lerner (Eds.), *Comparative Constitution Making*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp. 165-185;
- (2019b). *The Forms, Functions, and Varieties of Weak(Ened) Judicial Review*, «International Journal of Constitutional Law», 17, 3, pp. 904-930;
- VERDUGO, S. (2021). *Social Rights and Constitutional Reform in Chile: Towards Hybrid Legislative and Judicial Enforcement*, «Estudios Públicos», 162;
- FERRAJOLI, L. (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, vol. I;

— (2013). *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari;

— (2016). *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari;

FERRAZ, O. (2011). *Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil*, «Texas Law Review», 89, 7, pp. 1643-1668;

FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, R. (2009a). *Justificación del rol de las Cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud*, «Revista Chilena de Derecho», 36, 2, pp. 313-342;

— (2009b). *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: discusión teórica*, «Revista Chilena de Derecho», 36, 3, pp. 587-620;

FROMONT, M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996 ;

GEWIRTH, A. (1984). *Are There Any Absolute Rights?* [1981], in J. Waldron (Ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, pp. 91-109;

GLENDON, M.A. (1991). *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, Free Press, New York;

GREENE, J. (2011). *The Anticanon*, «Harvard Law Review», 125, 2, pp. 380-475;

GUASTINI, R. (1990). *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, «Ragion pratica», 11, pp. 185-206;

— (1996). *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino;

HÄBERLE, P. (2008). *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y "procesal"*, «Academia», 6, 11, 2008, pp. 29-61;

HART, H.L.A. (1982). *Legal Rights* [1973], in *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford Clarendon Press, Oxford, pp. 162-193;

KAVANAGH, A. (2021). *The Collaborative Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge;

KHAITAN, T. (2019). *Constitutional Directives: Morally-Committed Political Constitutionalism*, «Modern Law Review», 82, pp. 603-632;

KING, J. (2012). *Judging Social Rights*, Cambridge University Press, Cambridge;

- KING, P. (2013). *Neo-Bolivarian Constitutional Design*, in D.J. Galligan, M. Versteeg (Eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 366-397;
- KLARE, K.E. (1998). *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, «South African Journal on Human Rights», 14, pp. 146-188;
- KRAMER, M. (2008). *Rights in Legal and Political Philosophy*, in K. Whittington, D. Kelemen, G. Caldeira (Eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 414-27;
- LEFORT, C. (1981). *L'invention démocratique : les limites de la domination totalitaire*, Fayard, Paris, 1984;
- LOVERA PARMO, D. (2010). *Derechos sociales en la Constitución del 80 (y de 1989 y de 2005)*, in C. Fuentes (Ed.), *En el nombre del pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales (ICSO) – Fundación Boll;
- MARSHALL, Th.H. (1992). *Citizenship and Social Class* [1950], Pluto Press, London;
- MARTÍNEZ, J.I. (2010). *Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena*, «Estudios Constitucionales», 8, 2, pp. 125-166;
- NOZICK, R. (1968). *Moral Complications and Moral Structures*, «Natural Law Forum», 13, pp. 1-50;
- PINO, G. (2017). *Costituzione come limite, costituzione come fondamento, costituzione come assiologia*, «Diritto e società», 1, pp. 91-120;
- PINTORE, A. (2004). *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari;
- POSTEMA, G. (1989). *In Defense of 'French Nonsense'. Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, in N. MacCormick, Z. Bankowski (Eds.), *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, Aberdeen University Press, Aberdeen, pp. 109-114;
- PRIETO, M., VERDUGO, S. (2021). *The Dual Aversion of Chile's Constitution-Making Process*, «International Journal of Constitutional Law», 19, 1, pp. 149-168;
- RODOTÀ, S. (1992). *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari;
- (2006). *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano;
- (2012). *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari;

SCHEPPELE, K.L. (2003). *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence through Negative Models*, «International Journal of Constitutional Law», 1, 2, pp. 296-324;

SOTO, S. (2014). *Derechos sociales y la eficacia de su constitucionalización: un análisis aplicado*, in J.F. García García (Ed.), *¿Nueva constitución o reforma? Nuestra propuesta: evolución constitucional*, cit.

SUNSTEIN, C.R. (1993). *Against Positive Rights Feature*, «East European Constitutional Review», 2, pp. 35-38;

—, VERMEULE, A. (2003). *Interpretation and Institution*, «Michigan Law Review», 101, 4, pp. 885-951;

THOMSON, J.J. (1977). *Some Ruminations on Rights*, «Arizona Law Review», 19, pp. 45-60;

TSCHORNE, S. (2020). *Las claves conceptuales del debate constitucional chileno: poder constituyente, legitimidad de la Constitución y cambio constitucional*, «Estudios Políticos», 160, pp. 81-117;

TUSHNET, M. (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton;

— (2013). *The Relationship Between the Courts and Political Institutions*, «German Law Journal», 14, 12, pp. 2249-2263;

YOUNG, K. (2012). *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford University Press, Oxford;

WEIS, L. (2017). *Constitutional Directive Principles*, «Oxford Journal of Legal Studies», 37, pp. 916-945;

WELLMAN, C. (1999). *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Westview Press, Boulder (CO);

ZOLO, D. (1994). *La strategia della cittadinanza*, in Id. (Ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari.