

La democrazia partecipativa alla prova dei presidenzialismi in America Latina

di Maddalena Zinzi

Abstract: *Participatory democracy put through the wringer in Latin American presidential systems* – The jurisdictions in Latin America have increasingly enhanced citizen participation in the regulatory process, thus providing for a theoretical model of preliminary participation. However, the failure to complete the transitional constitution-making process, which explains the hyper-presidential system of government and includes the above mentioned systems among ambiguous democracies, clearly affects citizen participation in the rulemaking process. Indeed, the rooted centralization of all powers, even the legislative one, in the hands of the Head of State, together with the dysfunctional party systems and the weak opposition parties, devalue the implementation of citizen participation. Moreover, today the institutions of participatory democracy are still necessary to combine citizens' needs with the policies of the President.

Keywords: *Participación ciudadana*; Regulatory function; Representative democracy; Hiper-presidentialism; Party systems.

1. Participación ciudadana, funzioni pubbliche e tutela dei diritti

Caduti i regimi autoritari, gli ordinamenti latinoamericani hanno gradualmente riconosciuto la partecipazione dei cittadini alla funzione normativa. La transizione verso la democrazia ha determinato, sotto la spinta della giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani, l'affermazione di meccanismi di protezione dei diritti fortemente innovativi e quindi il rafforzamento del principio di partecipazione. Principio che, in queste esperienze, trova un'evidente applicazione nell'ambito della formazione delle norme giuridiche e in particolare nei procedimenti di natura più strettamente amministrativa, che ne costituiscono l'ambito preponderante di applicazione.

Negli ultimi decenni i meccanismi di produzione delle norme giuridiche, connessi alla democrazia puramente rappresentativa, non si sono rivelati particolarmente idonei ad affrontare la complessità della regolamentazione finalizzata ad intervenire sempre più in settori articolati, globalizzati e "tecnici", piuttosto che a disciplinare interessi generali ed

astratti¹. In tale contesto, la partecipazione democratica della società civile ha assunto molteplici e differenti forme coinvolgendo sempre più spesso l'esercizio della funzione legislativa e la produzione delle fonti normative secondarie, insieme ai procedimenti amministrativi. E simile circostanza ha interessato con tutta evidenza l'America Latina, dove le forme di partecipazione democratica si sono affiancate a quella rappresentativa² assumendo una sempre più forte valenza. D'altronde in quasi tutte queste esperienze il principio di partecipazione coincide formalmente con il concetto di democrazia partecipativa; concetto finalizzato ad "aprire" i processi decisionali pubblici a quanti ne siano interessati, a prescindere dalla titolarità di situazioni giuridiche soggettive direttamente rilevanti rispetto alla decisione.

La crescente esigenza di più ampi modelli di partecipazione democratica anche in relazione alla funzione normativa è stata certamente determinata in questi Paesi dal ruolo preminente assunto dal singolo, rispetto all'idea generale di popolo. Tale centralità, derivata dall'evidente affermazione dei diritti individuali specie rispetto all'azione pubblica, è stata poi indirettamente rafforzata da ulteriori fattori, tesi a svilire il ruolo dell'organo legislativo, quali: i significativi poteri anche normativi dell'esecutivo; la rara coincidenza tra maggioranza parlamentare e di governo, da cui derivano seri e costanti disaccordi che compromettono l'equilibrato funzionamento del sistema politico; l'instabilità e la debolezza dei partiti che, quasi mai disciplinati, non sono stati in grado di garantire, insieme alle opposizioni politiche, le istanze della società civile in sede istituzionale.

L'individuazione dell'interesse pubblico in America Latina deve quindi avvenire attraverso la stringente analisi comparativa, da parte dell'autorità pubblica, dei diritti e degli interessi dei cittadini, posti in primo piano. Valutazione che si fonda su una serie di principi tra cui assume un ruolo fondamentale la partecipazione democratica, da riconnettersi all'idea di "cittadinanza sociale"³. Molti sono i meccanismi di partecipazione democratica attraverso cui la società civile apporta le proprie idee all'interno dei procedimenti di formazione delle norme giuridiche. Ed in tal caso, a differenza di quanto può avvenire attraverso lo strumento referendario⁴,

¹ V. De Falco, *Le connessioni tra partecipazione democratica e funzioni di indirizzo politico. Questioni di metodo*, in questa *Rivista*, 3, 2020, 599.

² M. Delle Morte, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la causa della crisi*, Milano, 2012, 22 ss.

³ Sul punto cfr. G. Romeo, *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo: uno studio comparato*, Padova, 2012; E. Delfino, L. Paccione, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 4, 1992, 382.

⁴ J. S. Fishkin, *Deliberative democracy and constitutions*, in *Social Philosophy and Policy*, vol. 28, 1, 2010, 242 ss. Circa l'esperienza latinoamericana in tema di istituti di democrazia diretta si veda E. Garcia, E. Palici di Suni, M. Rogoff, *Gli istituti di democrazia diretta nel diritto comparato*, Milano, 2018, 273-308.

l'atto finale potrà essere, in linea di principio, del tutto diverso da quello ipotizzato dall'autorità pubblica, titolare della relativa funzione⁵.

In relazione alla funzione normativa gli ordinamenti latinoamericani rientrano così, sul piano teorico, nel modello di partecipazione ad istruttoria aperta. La partecipazione non si limita pertanto alla dimostrazione di un interesse oppositivo né si pone in chiave di difesa rispetto all'adozione di un provvedimento finale. Ma, al contrario, coinvolge qualsiasi soggetto interessato ad apportare le proprie deduzioni nei procedimenti di *rulemaking* in termini di collaborazione alla funzione pubblica⁶. Benché in linea di principio gli atti normativi a carattere generale e quelli amministrativi, rappresentino il settore in cui si esplica maggiormente l'intervento del pubblico in relazione alla produzione normativa, il contesto latinoamericano si mostra piuttosto articolato sul tema. Così in taluni ordinamenti, quali Venezuela e Colombia, la partecipazione del pubblico assume la dimensione di diritto soggettivo, esercitabile, seppur con intensità diversa, in ogni tipo di procedimento di *rulemaking*. Dimensione che trova, invece, una forte contrazione in quelle esperienze dove si rinviene un approccio non inclusivo sul tema. È il caso del Perù che riserva il diritto di intervenire nella definizione delle norme di primo grado ai soli popoli autoctoni, mentre in Ecuador e Bolivia, sempre in relazione alle comunità aborigene, tale restrizione riguarda anche le fonti secondarie e agli atti normativi generali. Piuttosto attenuata si mostra poi la partecipazione in Cile ed Argentina non essendo garantita formalmente sul piano generale, ma trovando espressa disciplina e più forti garanzie solo in materia ambientale. Diversamente dal Brasile dove l'intervento del pubblico assume, invece, una valenza del tutto atipica e sfocia nella democrazia deliberativa.

Le nuove esigenze connesse alla qualità degli atti normativi e alla *better regulation* vengono soddisfatte sul piano formale dagli ordinamenti latinoamericani, dove la partecipazione alla funzione normativa determina il progressivo riconoscimento della forza delle posizioni giuridiche soggettive. Tuttavia esistono evidenti limiti che comprimono in queste esperienze l'efficacia applicativa del modello ad istruttoria aperta. Il mancato completamento dell'iter di transizione costituzionale, che spiega l'insuperato carattere iper-presidenziale della forma di governo ed annovera i suddetti ordinamenti tra le democrazie incerte⁷, incide infatti in maniera evidente sulla portata della *participación ciudadana* in tema di *rulemaking*.

⁵ V. De Falco, *Le connessioni tra partecipazione democratica e funzioni di indirizzo politico. Questioni di metodo*, cit., 600.

⁶ J.L. Mashaw, *Reasoned Administration: The European Union, the United States, and the Project of Democratic Governance*, in *Geo. Wash. Law Rev.*, vol. 76, 1, 2007, 11.

⁷ Sul punto cfr. L. Mezzetti, *L'America Latina*, in P. Carozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009, 467-508. In realtà le diverse manifestazioni del degrado democratico in disparati ordinamenti hanno dato vita a differenti formule, non semplicemente riconducibili al concetto di "democrazia illiberale", come giustamente sottolineato da R. Tarchi, *Le "democrazie illiberali" nella prospettiva comparata: verso una nuova*

2. L'effetto della "delegative democracy"

L'affermarsi della partecipazione democratica in tema di funzione normativa è stato avallato dall'assetto istituzionale degli ordinamenti latinoamericani e dal loro funzionamento complessivo.

Si tratta di esperienze che non rispondono alle logiche che, in altri Paesi, contribuiscono al compiuto consolidamento democratico dei sistemi giuridici ed influiscono, al contempo, sul funzionamento delle forme di governo. In questi ordinamenti il sistema delle fonti, così come la funzione legislativa del Parlamento, sono condizionati infatti dal ruolo predominante dell'esecutivo⁸, riconducibile alle condizioni politiche, economiche e sociali che si mostrano ancora determinanti nella ricerca della separazione tra i poteri costituzionali⁹. Così mentre quello nord-americano rappresenta il modello presidenziale "puro", quello adottato in America Latina ha mostrato fin dalle origini alcune peculiarità a favore della componente presidenziale e del potere esecutivo. Simile condizione ha determinato quindi l'inevitabile indebolimento del ruolo dell'organo legislativo, anche in termini di rappresentanza politica¹⁰, e si è riflessa sulla struttura e l'efficacia applicativa del sistema delle fonti. Sistema dove, accanto alla supremazia della Costituzione e a seguire delle leggi federali su quelle dei singoli Stati membri, si pongono un insieme articolato e diversificato di "leggi" e soprattutto le forti prerogative normative presidenziali¹¹. Si tratta del potere di iniziativa legislativa, che assume particolare valore nei numerosi casi in cui è riconosciuto al Presidente in via esclusiva in talune materie¹², cui si aggiunge la cd. iniziativa preferenziale per cui il Congresso è

forma di stato? Alcune riflessioni di sintesi, in questa rivista online, 3, 2020, 4186 ss. In termini di degenerazione delle democrazie contemporanee parla anche A. Di Gregorio, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini "democrazia" e "costituzionalismo"*, in questa rivista online, 3, 2020, 3923 ss.

⁸ L. Mezzetti, *Transizioni costituzionali e consolidamento democratico in America Latina*, in A. Di Giovine, S. Sicardi (cur.), *Democrazie imperfette*, Torino, 2005, 135 ss.; S. Gambino, *Democrazia e forme di governo nelle esperienze costituzionali latino americane: derive illiberali o degenerazioni autoritarie?*, in questa rivista online, 3, 2020, 4032; D. Nohlen, M. Fernandez, *Presidencialismo versus Parlamentarismo*, Caracas, 1991, 37 ss.; M. D. Serrafiero, *Presidencialismo y Reforma Política en América Latina*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, 195 ss.; S. Mainwaring, M. S. Shugart (eds), *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, 2003.

⁹ Il fenomeno ha evidenti radici storiche. Tali ordinamenti hanno conquistato l'indipendenza tra il 1811 e il 1836, ed è proprio a partire da questo momento che gli Stati di nuova formazione si sono rifatti al modello statunitense recependo, senza eccezione alcuna, la forma di governo presidenziale.

¹⁰ Lo sbilanciamento dei poteri costituzionali a favore del Presidente della Repubblica ha favorito così l'instaurazione, per circa un secolo e mezzo, di forme autocratiche di gestione del potere statale, sfociate in esperienze dittatoriali, mentre è solo a partire dalle elezioni argentine del 1983 che si assiste alla terza ondata delle transizioni costituzionali. Sul punto L. Incisa Di Camerana, *I Caudillos*, Milano, 1994.

¹¹ L. Mezzetti, *L'America Latina*, cit., 492.

¹² Molte Costituzioni garantiscono i poteri d'iniziativa esclusiva al Presidente in questioni di bilancio. È il caso di Brasile, Cile, Colombia ed Uruguay. M.S. Shugart, J. M. Carey, *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge, 1992, 187.

tenuto a pronunciarsi tempestivamente sui disegni di legge del Presidente, pena la presentazione di un nuovo disegno di legge presidenziale; di quello di veto, per cui nessun progetto di legge può essere convertito in legge senza l'approvazione del Capo dello Stato, e che si può sostanzialmente nel rifiuto definitivo di firmare un disegno di legge (pocket veto), in un intervento su singole parti del medesimo (veto parziale) oppure nel potere di respingere un disegno di legge nella sua interezza (package veto)¹³; e del centrale potere di decretazione. È proprio il "decretismo"¹⁴, inteso quale usuale strumento di governo, a rendere infatti in America Latina più complesso il processo legislativo e rafforzare l'influenza presidenziale sulla funzione normativa, compromettendo anche l'efficacia applicativa della partecipazione dei cittadini ai procedimenti di *rulemaking*, che risulta generalmente priva di efficacia. Se attraverso il potere di veto, rientrante tra i *reactive powers*, il Presidente può bloccare i tentativi di modifica della normativa vigente, tramite il potere di decretazione, tipico esempio di *proactive powers*, può invece apportare rilevanti innovazioni nell'ordinamento giuridico. Si tratta di atti aventi forza di legge che talune Costituzioni considerano direttamente esecutivi, legittimando così il Presidente (o i ministri) a legiferare in relazione a situazioni di urgenza in assenza di delega da parte del Congresso; mentre, qualora ricorra anche il requisito della necessità, il Presidente può adottare misure provvisorie e straordinarie che devono però essere necessariamente ratificate in sede parlamentare. Tuttavia solo in alcuni casi il decreto è sottoposto al vaglio del Parlamento ai fini dell'approvazione, così come in altri è valido solo se non espressamente respinto dall'organo legislativo¹⁵. Inoltre anche quando la maggioranza parlamentare ha il potere di abrogare un decreto, il Presidente gioca sempre un ruolo primario. In primis il decreto presidenziale, a differenza del progetto di legge approvato dal Congresso, entra subito in vigore. Non solo, il Presidente può di fatto eludere l'ordine del giorno delle sedute parlamentari, attraverso la presentazione di un numero elevato di decreti, costringendo il Parlamento ad esaminarli in via prioritaria. E non ultimo può presentare un folto numero di decreti in modo da renderne piuttosto complessa la valutazione da parte del Congresso, prima che tali misure diventino irreversibili¹⁶. D'altronde si tratta di esperienze che ovviamente attenuano la funzionalità degli elementi di controllo e di contrappeso tipici del modello di riferimento, per cui né il Parlamento né il potere giudiziario¹⁷ sono in grado di arginare le prerogative presidenziali¹⁸. Tant'è che,

¹³ Superabile comunemente con la maggioranza assoluta (Brasile e Colombia), ma in taluni casi solo con quella qualificata dei 2/3 (Argentina e Cile).

¹⁴ G. Sartori, *Ingegneria costituzionale comparata*, Mulino, 2013, 178.

¹⁵ Cfr. L. Mezzetti, *Transizioni costituzionali e consolidamento democratico in America Latina*, cit., 184.

¹⁶ Sul punto cfr. L. Mezzetti, *L'America Latina*, cit., 479.

¹⁷ E. Ceccherini, *Le democrazie incerte in America Latina. Le ragioni di un mancato consolidamento*, in *questa rivista online*, 3, 2020, 4057 ss.

¹⁸ M.D. Serrafiero, *Presidencialismo y Reforma Política en América Latina*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, 207.

in caso di tensione tra i due organi costituzionali, l'equilibrio si sposta ancora verso la componente presidenziale anche perché l'Esecutivo ricorre continuamente al proprio potere di decretazione.

Benché recenti riforme costituzionali siano intervenute in tema di rapporto esecutivo-legislativo, tramite l'introduzione di taluni "correttivi" tesi a rafforzare l'organo parlamentare, e di controllo nell'esercizio del potere pubblico, il Congresso risulta chiaramente subordinato alla logica iper-presidenziale con inevitabili conseguenze sul funzionamento degli istituti partecipativi e dunque sulla tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

2.1. Squilibrio istituzionale e fragilità politiche

Nelle esperienze latinoamericane la democrazia rappresentativa, intesa quale strumento di tutela delle istanze della società civile anche in sede normativa, si è mostrata dunque piuttosto inadeguata. In riferimento al potere legislativo presidenziale, specie per decreto, la più accreditata dottrina politologica ha parlato infatti di "*delegative democracy*"¹⁹, denotando una situazione di scarso equilibrio e responsabilità istituzionale. E simile circostanza è provata anche dall'inadeguato funzionamento delle stesse opposizioni politiche. Del resto è noto che il Presidente può avere consistenti poteri formali, sia quando il proprio partito detenga la minoranza dei seggi, sia quando, al contrario, possieda la maggioranza degli stessi seppur fortemente frazionata al suo interno²⁰.

La quasi costante assenza di disciplina dei partiti e la difficile tenuta delle coalizioni preelettorali, nel caso di sistemi multipartitici, vanificano di fatto il ruolo dell'opposizione. Mentre nei sistemi parlamentari le coalizioni di partito si formano generalmente dopo le elezioni e hanno carattere vincolante, nei sistemi presidenziali latinoamericani spesso le coalizioni di governo differiscono da quelle elettorali, vale a dire che queste ultime non assumono carattere obbligatorio all'indomani delle elezioni. E invero è stato constatato che il multipartitismo tende a creare situazioni di ingovernabilità²¹ nelle esperienze considerate proprio perché comporta la necessità di creare coalizioni che, in quanto fragili, svisiscono ulteriormente il ruolo delle opposizioni.

Debole è infatti la cultura e la formazione politica dei membri di partito e quindi dei gruppi di opposizione che si mostrano instabili e per niente coesi

¹⁹ G. O' Donnell, *Delegative Democracy*, in *Journal of Democracy*, 1, 1994, 55-69.

²⁰ S. Mainwaring, *Multipartism, Robust Federalism and Presidentialism in Brazil*, in S. Mainwaring, M. S. Shugart, *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge, 1997, 55 ss.; R.P. Archer, M. S. Shugart, *The Unrealized Potential of Presidential Dominance in Colombia*, in S. Mainwaring, M. S. Shugart, *Presidentialism and Democracy in Latin America*, cit., 110 ss.

²¹ È dimostrato infatti che la tenuta dei governi presidenziali è maggiore quanto più la frammentazione dei partiti si mostra moderata. Sul punto cfr. S. Mainwaring, M. S. Shugart, *Presidentialism and Democracy in Latin America*, cit., 398; O.P. Martínez, *Presidencialismo y oposición en América Latina*, in *Reflexión Política*, 4, 2000, 12-16.

anche nei sistemi presidenziali bipartitici. Gli esponenti politici non rinvergono nel partito alcuna forma di autorità e ritengono di poter rappresentare in piena libertà gli interessi degli elettori, appoggiando indistintamente maggioranza e minoranza a seconda delle circostanze. In un simile assetto risulta quindi assai difficile operare in modo coerente per le forze di opposizione. L'assenza di un confine netto tra esecutivo e minoranza fa sì che la maggioranza di governo possa essere costantemente ampliata e sostenuta anche dagli stessi esponenti dell'opposizione. E ciò implica che i Presidenti tendano ad agire senza l'intermediazione dei partiti, oltre che delle assemblee rappresentative.

L'opposizione politica in America Latina, nel mostrarsi poco efficace, si omologa per natura alle logiche dell'iper-presidenzialismo. Tale circostanza ha senza dubbio contribuito a rallentare il riconoscimento di una più forte tutela delle posizioni giuridiche soggettive e ad indebolire sempre più la democrazia rappresentativa. Tuttavia, benché i cittadini latinoamericani attribuiscono scarsa credibilità²² non solo alle istituzioni parlamentari, ma soprattutto ai partiti politici, questi ultimi hanno ricoperto un ruolo non trascurabile in tema di affermazione della partecipazione democratica alle decisioni pubbliche.

2.2. Disfunzioni della rappresentanza e tendenze innovative

Il fallimento della democrazia rappresentativa ha quindi fortemente avallato l'esigenza di partecipazione democratica²³ della società civile alle funzioni pubbliche così come la compressione dell'organo parlamentare ha reso ancor più improcrastinabile la ricerca di canali alternativi di tutela delle istanze dei cittadini in relazione ai procedimenti di *rulemaking*.

In America Latina i partiti politici non hanno mai funto realmente da strumenti di integrazione sociale, oltremodo schiacciati dal potere esecutivo. L'esecutivo, specie attraverso il suo leader carismatico, ha contribuito a che le masse avvertissero l'esigenza di definire strumenti di partecipazione democratica, deputati non ultimo alla comunicazione diretta con lo stesso Presidente della Repubblica²⁴. Tuttavia è innegabile che proprio il forte potere normativo presidenziale limiti l'intervento del pubblico in termini di efficacia, così com'è altrettanto innegabile che la parte politica abbia comunque dato il proprio apporto in un simile iter evolutivo, ridefinendo nel tempo le proprie strategie di programmazione e organizzative²⁵.

²² L. Córdoba Vianello, *Repensar la gobernabilidad de las democracias*, in D. Valadés (Ed.), *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, Ciudad de México, 2005, 116.

²³ A. C. Cameron, K. E. Sharpe, *Institutionalized Voice in Latin American Democracies*, in A. C. Cameron, E. Hershberg, K. E. Sharpe (eds), *New Institutions For Participatory Democracy in Latin America*, New York, 2012, 231-233; M. G. Villegas, *Notas preliminares para la caracterización del derecho en América Latina*, oas.org.

²⁴ E. Ceccherini, *Le democrazie incerte in America Latina. Le ragioni di un mancato consolidamento*, cit., 4064.

²⁵ M. Alcántara, *Partidos políticos en América Latina: precisiones conceptuales, estado actual y retos futuros*, Barcellona, 2004, 40-54.

Del resto la transizione verso la democrazia ha in parte mitigato il caudillismo e l'autoritarismo militare che da sempre condizionano le dinamiche interne ai partiti, pur senza ovviare a talune criticità, quali: l'insufficiente finanziamento pubblico²⁶; la scarsa democrazia interna²⁷; i rischi legati alla professionalizzazione della politica²⁸; i complessi rapporti tra partito, gruppo parlamentare e compagine governativa²⁹. All'aumento delle competizioni elettorali non è corrisposta la crescita dei sovvenzionamenti pubblici mentre sono subentrati finanziamenti privati, generalmente illegali, causa di corruzione tanto istituzionale quanto individuale³⁰, data anche l'assenza di adeguati organismi di regolamentazione e di controllo nonché di un sistema sanzionatorio ad hoc. I congressi di partito, assieme al sistema delle primarie, rappresentano poi il tentativo di una gestione interna ispirata ai principi democratici, che non è però riuscita a scardinare del tutto la struttura oligarchica dei partiti³¹. Inoltre la professionalizzazione della politica assume in questi ordinamenti una connotazione particolarmente negativa poiché rischia di avallare forme di autoritarismo, cui può ovviare solo una rigida ed equilibrata disciplina di partito, non sempre esistente. Non ultimo i partiti politici latinoamericani operano in contesti alquanto complessi, riconducibili alla forma di governo, per cui si può verificare che il leader di un partito sia escluso dalla competizione per la presidenza. In tal caso la sua figura acquisisce un carattere para-istituzionale in costante conflitto con il candidato prescelto che, qualora venisse eletto, finirebbe per interagire in maniera conflittuale con il partito e il gruppo parlamentare di riferimento³².

Nonostante il permanere di simili peculiarità il panorama politico è stato oggetto di un profondo rinnovamento che ha portato, sul finire del

²⁶ D. Zovatto, *América Latina*, in M. Carrillo, A. Lujambio, C. Navarro, D. Zovatto (cur.) *Dinero y contienda político-electoral, Sección De Obras De Política y Derecho*, México, 2003, 33-96; M. Alcántara, *Partidos políticos en América Latina: precisiones conceptuales, estado actual y retos futuros*, cit., 52-54; M. Alcántara, E. M. Barahona, *Política, dinero e institucionalización partidista en América Latina*, México, 2003, 94-102.

²⁷ M. Alcántara, *Partidos políticos en América Latina: precisiones conceptuales, estado actual y retos futuros*, cit., 84-87; J.M. Colomer, *Las elecciones primarias presidenciales en América Latina y sus consecuencias políticas*, in M. Cavarozzi, J. Abal Medina (eds), *El asedio a la política*, Rosario, 2002, 117-134; F. Freidenberg, F. Sánchez, *¿Cómo se elige un candidato a presidente? Reglas y prácticas en los partidos políticos de América Latina*, in *Revista de Estudios Políticos*, 2, 2002, 321-361.

²⁸ J.J. Linz, *Parties in Contemporary Democracies: Problems and Paradoxes*, in R. Gunther, J. M. Montero, J.J. Linz (eds), *Political Parties. Old Concepts and New Challenges*, New York, 2002, 137.

²⁹ M. Alcántara, F. Freidenberg (eds), *Partidos políticos de América Latina*, Salamanca, 2001; J.J. Linz, *Parties in Contemporary Democracies: Problems and Paradoxes*, cit., 240-247.

³⁰ D. Zovatto, *América Latina*, cit., 41.

³¹ J. M. Colomer, *Las elecciones primarias presidenciales en América Latina y sus consecuencias políticas*, cit., 128; J.J. Linz, *Parties in Contemporary Democracies: Problems and Paradoxes*, cit., 310.

³² Tra molti va ricordato il caso dell'*Unión Cívica Radical* in Argentina. Perse le elezioni presidenziali del 1989, il suo candidato vide immediatamente indebolirsi la propria leadership.

secolo scorso, alla nascita di circa la metà degli attuali partiti³³. Questo riassetto ha fatto sì che taluni partiti politici di sinistra perseguissero l'idea di rifondare lo Stato attraverso la partecipazione attiva “dal basso”, ossia l'inclusione dei cittadini nella definizione delle politiche pubbliche. Sul finire degli anni Ottanta del secolo scorso, primo fra tutti, il *Partido de los Trabajadores* brasiliano ha delineato infatti il noto istituto del bilancio partecipativo³⁴, cui è seguita l'individuazione di altri istituti e organi deputati all'intervento del pubblico alla funzione normativa. Nella stessa direzione si sono mossi, seppure con diversa intensità, anche gli altri Paesi latinoamericani³⁵, quali Colombia, Perù, Cile, Argentina, Ecuador, Bolivia, e tra questi il Venezuela rappresenta il primo ordinamento ad aver individuato, sotto la spinta del *Movimiento V República*, appoggiato dai partiti di sinistra e dai movimenti sociali, nella partecipazione democratica uno dei principi cardine della Costituzione Bolivariana.

3. I limiti del modello partecipativo

È noto che uno degli obiettivi storici del chavismo, e in parte dello stesso bolivarianismo, sia stato quello di rafforzare il rapporto tra popolo e governanti per colmare il deficit di governabilità democratica e rinsaldare il legame tra Stato e società. Così com'è noto che, in linea con detta impostazione, alla fine del secolo scorso si è sviluppato in Venezuela un processo di riforme politiche e istituzionali che ha contribuito fortemente all'affermazione di forme di partecipazione democratica³⁶, inerenti anche alla produzione normativa. La necessità del coinvolgimento dei cittadini rappresenta infatti una costante della Carta costituzionale Bolivariana che, nel subordinare l'esercizio delle funzioni pubbliche alla legge, ha posto una serie di garanzie per il singolo rispetto all'esercizio dei pubblici poteri³⁷. Sono infatti ben 130 gli articoli che

³³ La decentralizzazione ha favorito la seppur timida comparsa di partiti regionali, mentre l'affinamento dei sistemi elettorali in senso democratico ed il ruolo crescente dei media hanno avuto conseguenze notevoli sul piano organizzativo. In un simile contesto si è assistito soprattutto al recupero del “fattore ideologico”, riverberatosi non solo nei programmi che hanno determinato una maggiore visibilità dei partiti nei confronti dell'elettorato, ma anche nella netta distinzione tra compagini di destra, di sinistra e di centro.

³⁴ L. A. Gurza, R. Wagner de Melo, G. Zaremberg, *Partidos políticos e innovación democrática: más allá de purezas y perversiones. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, Nueva Época*, 59, 2014, 220.

³⁵ P. Bandeira, *La participación ciudadana en América Latina*, in www.condistintosacentos.com/la-participacion-ciudadana-en-america-latina/; Y. Welp, C. Schneider, *Orígenes y contradicciones de la participación ciudadana institucional. Análisis de las experiencias de Buenos Aires*, in *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 56, 2011, 47-68.

³⁶ M. Pena Guerra, *Democracia representativa y participación ciudadana en Venezuela (1958-2015)*, in *Rev. de Estu. Interdisc. en Cien. Soc.*, 1, 2017, 3-26; G. Allegretti, *Politiche di partecipazione in Venezuela: l'inizio di un percorso di statuizione normativa*, in *Dem. e dir.*, 3, 2006, 27-30.

³⁷ A.R. Brewer-Carías, *Marco constitucional del Derecho Administrativo*, in V. R. Hernández-Mendible (Ed.) *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, tomo I, Caracas, 2007, 183-220;

prevedono la partecipazione della società civile alle decisioni pubbliche, quale strumento di “bilanciamento del potere a favore dei diritti del popolo”³⁸. E tra questi ricoprono particolare importanza il 62³⁹ ed il 70⁴⁰, contenuti nel Titolo III, e sanciti, quando si tratti di attività economiche e sociali, il diritto alla partecipazione dei cittadini ai processi decisionali delle amministrazioni pubbliche.

Accanto ad istituti partecipativi particolarmente interessanti, ma tipici della democrazia diretta, quali il referendum di revoca delle cariche pubbliche ex articolo 72 Cost.⁴¹, e della democrazia rappresentativa, come l’obbligo che hanno i deputati di render conto annualmente del proprio operato di fronte ai cittadini ex articolo 197 Cost.⁴², troviamo istituti e disposizioni che sanciscono la partecipazione democratica alla funzione normativa. In relazione alle norme di primo grado l’intervento del pubblico si attua dunque attraverso il *consejos legislativos de los Estados* nonché in base all’articolo 211 Cost.⁴³. Il *consejo legislativo de los Estados*, presente in ogni Stato, è tenuto a

J. Araujo-Juárez, *Introducción al Derecho Administrativo Constitucional*, Caracas, 2009.

³⁸ F. Parisi, *La democrazia partecipativa in Venezuela*, in G.C. Martin, D. Bolognino (cur.), *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, Padova, 2010, 252; J. Cilano Peláez, E. Córdova Jaimes, A. Chaguaceda, *Participación ciudadana y reforma del Estado in Venezuela*, in *Rev. del Observ. Soc. de América Latina*, 26, 2009, 57-71.

³⁹ In base all’articolo 62 “*Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas. La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica*”.

⁴⁰ L’articolo 70 dispone poi che “*Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad. La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo*”.

⁴¹ Sul referendum revocatorio si veda D. Piccione, *Presidenzialismo e democrazia partecipativa nella Costituzione bolivariana del Venezuela*, in *questa rivista*, 1, 2005, 13-16. A questo istituto si affiancano poi l’iniziativa legislativa popolare e il referendum popolare, ambedue sottoposti a speciali prescrizioni. Sul punto cfr. C. Bassu, *La forma di governo venezuelana: tra presidenzialismo e caudillismo*, in A. Di Giovine, A. Mastromarino (cur.), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007, 248.

⁴² “*Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional están obligados u obligadas a cumplir sus labores a dedicación exclusiva, en beneficio de los intereses del pueblo y a mantener una vinculación permanente con sus electores y electoras, atendiendo sus opiniones y sugerencias y manteniéndolos informados e informadas acerca de su gestión y la de la Asamblea. Deben dar cuenta anualmente de su gestión a los electores y electoras de la circunscripción por la cual fueron elegidos o elegidas y estarán sometidos o sometidas al referendo revocatorio del mandato en los términos previstos en esta Constitución y en la ley sobre la materia*”.

⁴³ “*La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y*

consultare, ai fini dell’emanazione di leggi aventi ad oggetto le materie di interesse regionale, oltre agli organi istituzionali degli Stati federali, anche la società civile. Così come l’Assemblea Nazionale o le Commissioni Permanenti sono chiamate ex articolo 211 Cost., durante il procedimento di discussione ed approvazione dei progetti di legge, ad acquisire il parere dei cittadini. In entrambi i casi la partecipazione si configura quale diritto soggettivo, in linea con l’articolo 62, ma la sua efficacia attuativa è con tutta evidenza depotenziata, e dunque compromessa dalle prerogative del Presidente che, accanto a quello di veto⁴⁴, può esercitare il potere di decretazione. E invero anche in Venezuela il Capo dello Stato ricopre un ruolo primario nella delineazione dell’indirizzo politico legislativo proprio attraverso i decreti con forza di legge⁴⁵. Prerogativa questa rafforzata dalla particolare natura dell’istituto della *ley abilitante*, con cui il Congresso conferisce addirittura una sorta di delega omnibus in favore del Presidente. Tant’è che la delega, una volta approvata, non è sottoposta a limiti temporali, spettando all’organo delegante stabilirli di volta in volta⁴⁶.

A livello locale, invece, l’ingerenza dell’esecutivo assume una connotazione più blanda. Diversi sono gli istituti di democrazia partecipativa che si sono sviluppati, anche in virtù del riconoscimento ex articolo 16 Cost. del principio del decentramento e del conseguente rafforzamento delle funzioni municipali. Tra questi assumono particolare rilievo i *consejos comunales* che, disciplinati dalla *Ley de los Consejos municipales* del 2006⁴⁷, costituiscono organismi autogestiti dai cittadini, dotati di potere deliberativo in merito ai fondi che lo Stato riserva allo sviluppo locale⁴⁸. Tuttavia

aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos. Tendrán derecho de palabra en la discusión de las leyes los Ministros o Ministras en representación del Poder Ejecutivo; el magistrado o magistrada del Tribunal Supremo de Justicia a quien éste designe, en representación del Poder Judicial; el o la representante del Poder Ciudadano designado o designada por el Consejo Moral Republicano; los o las integrantes del Poder Electoral; los Estados a través de un o una representante designado o designada por el Consejo Legislativo y los y las representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el reglamento de la Asamblea Nacional’.

⁴⁴ Cfr. articolo 236.

⁴⁵ C. Bassu, *La forma di governo venezuelana: tra presidenzialismo e caudillismo*, cit., 249-251.

⁴⁶ Cfr. articolo 203, comma 4.

⁴⁷ Tale legge è il risultato del dialogo tra il Parlamento e la società civile. A tal proposito alcuni autori parlano di “parlamentarismo sociale” o “di strada”. Così D. Ortiz, *Los estados y los municipios. Regimen Constitucional y legal*, Caracas, 2006.

⁴⁸ Si tratta di assemblee di cittadini, formalmente riconosciute, che gestiscono fondi stanziati dallo Stato, su loro richiesta, per la gestione del territorio e lo sviluppo locale. Accanto a queste si collocano poi i bilanci partecipativi e le missioni bolivariane. I primi hanno assunto una connotazione del tutto peculiare, essendo collegati al territorio secondo una concezione *man-centred*; essi rappresentano lo strumento attraverso cui si può realizzare la gestione sociale del territorio, che riunisce varie comunità topograficamente vicine ed accomunate dalle medesime necessità. Le missioni rappresentano, invece, programmi di lungo termine che affrontano le questioni atte a favorire lo sviluppo sociale ed economico della popolazione; esse si basano sulla partecipazione diretta dei cittadini all’attuazione delle politiche pubbliche. Sul punto cfr.

l'intervento del pubblico acquista ancor più valenza in tema di formazione della volontà amministrativa, dove la partecipazione costituisce un diritto soggettivo non sottoposto alle limitazioni che caratterizzano invece i procedimenti normativi di primo grado. E invero la *Ley Organica de la Administración Pública* del 2001⁴⁹ annovera la partecipazione tra i principi del procedimento amministrativo⁵⁰. In tale ambito l'intervento del pubblico si realizza attraverso l'istituto della *consulta pública*, cui viene riconosciuto infatti carattere obbligatorio ai fini della produzione delle fonti secondarie e degli atti amministrativi generali, a differenza della maggior parte delle altre esperienze latinoamericane. Quella dedicata alla *consulta pública* rappresenta quindi una fase necessaria del procedimento, la cui apertura è avulsa dalla scelta discrezionale della pubblica amministrazione, con evidenti garanzie per il cittadino che sia interessato a presentare osservazioni o proposte sul progetto preliminare del testo oggetto della consultazione. Garanzie che riguardano non solo i tempi della partecipazione, che si colloca solo formalmente nella fase decisionale in senso stretto potendo il pubblico intervenire nella definizione dello stesso progetto preliminare, ma soprattutto l'ambito derogatorio. La deroga della fase consultiva infatti è ammessa solo in casi circoscritti, e qualora in sua costanza venisse emanato il provvedimento, quest'ultimo sarebbe dichiarato nullo e sarebbe disposta una consultazione ex post⁵¹.

Anche in Colombia la partecipazione riguarda i procedimenti di *rulemaking* in senso ampio, relativi cioè sia alle fonti primarie che agli atti amministrativi e normativi a carattere generale, ma non assume la portata dell'esperienza venezuelana. L'intervento del pubblico è espressamente riconosciuto dall'articolo 40 Cost., quale diritto fondamentale, e dall'articolo 2 Cost., che ne indica l'ambito di applicazione includendo ogni tipo di decisione pubblica. Ma trova una più puntuale disciplina nella *Ley Estatutaria n.134 de 1994* che dispone circa taluni istituti ad hoc, quali la *consulta popular* ed il *cabildo abierto*, che si pongono, al pari del Venezuela, accanto ad istituti di democrazia diretta⁵². Se il *cabildo abierto* riguarda esclusivamente i provvedimenti amministrativi, attraverso la *consulta popular* i cittadini vengono chiamati ad esprimere il proprio parere non solo in relazione alla definizione di provvedimenti locali. La *consulta popular* rappresenta infatti in

G. Allegretti, *Politiche di partecipazione in Venezuela: tra discorso costituzionale e pratiche sperimentali*, cit., 42-69; F. Parisi, *La democrazia partecipativa in Venezuela*, in G.C. Martin, D. Bolognino (cur.), *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, cit., 2010, 247 ss.

⁴⁹ V. De Falco, *Azione amministrativa e procedimenti nel diritto comparato*, Milano, 2018, 379.

⁵⁰ Disciplinata dal Titolo VI "De la Participación Social de la Gestión Pública".

⁵¹ Sul punto sia consentito il richiamo a M. Zinzì, *Partecipazione e procedimenti di rulemaking in Sud America*, in *questa Rivista*, 3, 2020, 775.

⁵² Si tratta del referendum di revoca delle cariche pubbliche ex articolo 6 della citata legge, dell'iniziativa legislativa popolare prevista sia ex articolo 154 Cost. sia ex articolo 2 della citata legge, nonché del referendum abrogativo ex articolo 170 Cost.

primis un interessante meccanismo di partecipazione democratica alla funzione normativa primaria, che può addirittura avere ad oggetto la convocazione dell'Assemblea Costituente. Tuttavia sul piano applicativo l'efficacia della partecipazione è fortemente limitata. E invero la pronuncia popolare circa l'opportunità o meno del provvedimento risulterà vincolante solo al ricorrere di talune condizioni, per cui il parere dovrà essere approvato dalla maggioranza assoluta degli aventi diritto al voto così come dovrà aver partecipato almeno un terzo degli elettori. Inoltre l'indizione della stessa dipende dalla volontà esclusiva del Presidente o dei governi locali, a meno che non concerna modifiche dell'assetto territoriale. La partecipazione del pubblico rappresenta, a differenza dell'esperienza venezuelana, solo in linea teorica un diritto soggettivo essendo vincolata all'intervento del Capo dello Stato titolare, accanto al potere di veto, anche di un potere normativo da esercitarsi addirittura in assenza di delega. Del resto più forti limitazioni si rilevano anche in relazione al *cabildo abierto* che consente la partecipazione dei cittadini ai consigli comunali e municipali, purché questi rappresentino una quota minima degli aventi diritto al voto, e previa comunicazione anticipata da parte di ciascuno di una sintesi scritta del proprio intervento, privo di potere vincolante.

Si tratta di un'impostazione in linea con il forte potere discrezionale della pubblica amministrazione che, sempre a differenza dell'esperienza venezuelana, conferisce la possibilità piuttosto che l'obbligo, in capo alla pubblica amministrazione di indire *audiencias públicas* anche di fronte ad espresse richieste di partecipazione⁵³. Vale a dire che spetta esclusivamente ai pubblici poteri predisporre tutte le azioni necessarie al fine di coinvolgere cittadini e organizzazioni sociali nell'esercizio delle funzioni pubbliche. L'espansione dell'istruttoria per i provvedimenti a carattere generale è, quindi, in Colombia generalmente connessa al potere discrezionale della pubblica amministrazione, che non è tenuta ai fini della decisione finale ad alcun obbligo di motivazione⁵⁴.

Tuttavia l'intervento del pubblico acquisisce maggiore intensità in materia ambientale, attraverso la *consulta previa*. Legato ai progetti attinenti alle attività estrattive, tale istituto non solo instaura la partecipazione in una fase antecedente all'apertura del procedimento amministrativo, ma la protrae ben oltre la fase istruttoria, estendendola all'esecuzione del progetto nonché al monitoraggio delle attività derivanti dall'esecuzione dello stesso. La fase consultiva assume in tal caso carattere obbligatorio e garantisce una tutela

⁵³ Come disposto dall'articolo 5, comma 8, della Ley 1437 de 2011, *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*.

⁵⁴ M. Pochard, *La Administración Pública y la protección de los derechos fundamentales*, in *Memorias. Seminario Franco-Colombiano sobre la Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés*, Bogotá, 2008, 81-90.

di tipo soggettivo in capo al pubblico⁵⁵. Pubblico che coincide però con le sole popolazioni indigene⁵⁶ denotando un approccio restrittivo alla partecipazione che caratterizza, più in particolare, l'esperienza boliviana ed ecuadoriana.

4. Gli istituti a garanzia delle minoranze

Se nelle esperienze di Venezuela e Colombia si rinviene un approccio inclusivo in tema di partecipazione democratica e procedimenti di *rulemaking*, al contrario in Perù l'intervento dei cittadini non attiene, fatta eccezione per le popolazioni indigene, alla formazione delle norme di primo grado. La Costituzione si limita a riconoscere all'articolo 31⁵⁷ la partecipazione della società civile alle decisioni pubbliche quale diritto fondamentale, mentre la *Ley De Los Derechos de Participación y Control Ciudadano* n. 26300 dispone una serie di istituti sia di democrazia diretta e rappresentativa, sia relativi alla *participación ciudadana*. E tra questi ultimi rileva la *consulta previa* deputata, non solo in Perù⁵⁸, a che i soli popoli indigeni possano essere preventivamente sentiti anche circa l'adozione di provvedimenti legislativi, tali da poter incidere sul territorio di appartenenza e quindi sulla preservazione della propria identità culturale.

In linea di principio l'ambito d'elezione dell'intervento del pubblico in Perù, che si realizza attraverso l'*audiencia pública*, è rappresentato dagli atti normativi generali. In tale esperienza sono più tenui però, rispetto al Venezuela, i limiti posti al potere discrezionale della pubblica amministrazione dalla *Ley del Procedimiento Administrativo General* n.27444 del 2002⁵⁹. L'apertura della fase consultiva esula infatti dalla valutazione

⁵⁵ Tale istituto è previsto dall'articolo 76 della *Ley General Ambiental* n.99 del 1993 e dai decreti nn.1320 del 1998 e 1220 del 2005. Cfr. G. Amparo Rodríguez, L.M. Muñoz Ávila, *La participación en la gestión ambiental. Un reto para el nuevo milenio*, Bogotá, 2009, 95-126.

⁵⁶ Come previsto dall'articolo 6 del *Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, che obbliga il governo a consultare i popoli autoctoni, tramite istituti partecipativi ad hoc, nel caso di decisioni che possano gravare sui medesimi. Primo trattato internazionale sui diritti delle popolazioni autoctone, è stato ratificato dall'ordinamento colombiano con la legge n.21 del 1991.

⁵⁷ Artículo 31 “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación. Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Para el ejercicio de este derecho se requiere estar inscrito en el registro correspondiente. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad. La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana. Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos”.

⁵⁸ M. V. Del Carpio, *La Participación Ciudadana en el Perú y los Principales Mecanismos para Ejercerla*, in *Gestión Pública e Desarrollo*, 2013, 9-12.

⁵⁹ Così come di recente modificata dal decreto legislativo n.1272 del 2016. In realtà il legame

discrezionale dell'autorità, solo qualora la decisione pubblica, oggetto del procedimento stesso, sia tale da recare pregiudizio al cittadino⁶⁰. Vale a dire che il forte potere discrezionale della pubblica amministrazione limita l'effettivo diritto di presentare osservazioni, che trova invece maggiore tutela proprio attraverso la *consulta previa*. Quest'ultima rappresenta un istituto molto interessante poiché, riconoscendo all'intervento del pubblico in tema di funzione normativa carattere obbligatorio e dimensione di diritto soggettivo, seppur limitatamente ai popoli indigeni, ne amplia l'ambito di applicazione nell'esperienza peruviana, mentre assume una dimensione più incisiva in Bolivia e Ecuador. E invero in questi ordinamenti, dove l'intervento dei cittadini viene garantito esclusivamente sul piano della democrazia diretta e soprattutto rappresentativa, è la tutela delle strutture ancestrali delle organizzazioni indigene ad ottenere maggiore spazio in tema di partecipazione democratica alla funzione normativa, in controtendenza rispetto alla consolidata inerzia del legislatore circa la protezione dei diritti degli aborigeni⁶¹. Tant'è che in entrambe gli ordinamenti si parla di "democrazia interculturale"⁶². L'istituto della *consulta previa* rappresenta quindi in queste esperienze l'unico canale di partecipazione ai procedimenti di *rulemaking*, riservato ai popoli indigeni.

Del resto la Bolivia⁶³ presenta un alto tasso di popolazione autoctona, mentre l'Ecuador⁶⁴ si definisce già dal secolo scorso uno Stato plurinazionale. Così come entrambe le Costituzioni, riprendendo la cosmovisione dei popoli andini⁶⁵ riassumibile nella nozione del *buen vivir*, promuovono un modello di sviluppo sostenibile e solidale che, alternativo a quello di matrice occidentale, si fonda sull'esistenza armonica tra collettività e natura per cui sfera privata,

tra partecipazione democratica e funzioni pubbliche è sancita anche dall'articolo IV del preambolo della legge stessa secondo cui l'autorità amministrativa deve consentire la partecipazione degli amministrati e dei loro rappresentanti alle decisioni pubbliche che possono riguardarli. La partecipazione democratica al procedimento viene inoltre ribadita agli articoli 4,8,9 della *Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado* n.27658 del 2002.

⁶⁰ J. D. Ordóñez, *La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú*, cit., 136-142; J. C. Morón Urbina, *Breves comentarios sobre la participación ciudadana en la LPAG*, in Id. (cur.), *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, Lima, 2004, 80.

⁶¹ E. Ceccherini, *Le democrazie incerte in America Latina. Le ragioni di un mancato consolidamento*, cit., 4075.

⁶² J. L. Exeni Rodriguez, *Elusive Demodiversity in Bolivia: Between Representation, Participation, and Self-Government*, in A. C. Cameron, E. Hershberg, K. E. Sharpe (eds), *New Institutions For Participatory Democracy in Latin America*, cit., 201-230.

⁶³ La Bolivia è infatti il secondo Stato delle Americhe per tasso di popolazione indigena. Le etnie maggioritarie sono la Quechua e la Aymara.

⁶⁴ Benché su 14.483 milioni di abitanti solo il 7% sia costituito da popolazione indigena.

⁶⁵ Cfr. M. Carducci, *La Costituzione come "ecosistema" nel nuovo costituzionalismo delle Ande*, in S. Bagni (cur.), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013, 11; A. M. Russo, *Democrazie illiberali ed ecotodasrrollo in America Latina: i Pueblos indígenas e le sfide ambientali in tempi di emergenza*, in *questa rivista online*, 3, 2020, 4089-4108.

comunitaria, materiale e spirituale sono ritenute interdipendenti tra loro⁶⁶. L'articolo 30, comma 2 punto 15⁶⁷, della Costituzione boliviana e l'articolo 57 Cost., punti 6 e 7⁶⁸, di quella ecuadoriana sanciscono così in capo ai popoli indigeni il diritto ad essere consultati in via preventiva, libera e informata, circa l'adozione di provvedimenti amministrativi e legislativi tali da incidere in via diretta su di essi⁶⁹. Tuttavia si tratta di impostazioni non del tutto coincidenti, mostrandosi più restrittiva quella boliviana e maggiormente garantista quella ecuadoriana⁷⁰, anche se entrambe particolarmente concentrate sugli atti normativi a carattere generali. In Bolivia la partecipazione si esplica esclusivamente in relazione allo sfruttamento delle risorse non rinnovabili ed implica il solo godimento dei benefici che derivano dai progetti approvati. In Ecuador, invece, si rinviene una disciplina più dettagliata, dovendo la *consulta previa* svolgersi in un lasso di tempo ragionevole e riguardare ogni progetto di esplorazione, sfruttamento e commercializ-

⁶⁶ Le due Costituzioni contengono numerosi riferimenti al *buen vivir* a partire dai preamboli, tuttavia la cosmovisione andina si estrinseca con modalità e intensità giuridiche diverse. In particolare, in Ecuador il comma 3 dell'articolo 275 Cost. dispone che le persone, le comunità, i popoli e le nazionalità debbano godere effettivamente dei diritti ed esercitare le loro responsabilità nel quadro della interculturalità, del rispetto delle diversità e della convivenza armonica con la natura. Mentre in Bolivia l'ambiente costituisce un diritto collettivo ai sensi dell'articolo 30, comma 2 punto 10, Cost. Cfr. Zaffaroni E.R., *Pachamama, Sumak Kawsay y constituciones*, in *questa rivista*, 2, 2012, 422-434; C. Silva Portero, *¿Qué es el buen vivir?*, in R. Ávila Santamaría (Ed.), *La constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, 2008, 116-119.

⁶⁷ Per cui "A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan". Si tratta di un concetto ripreso dall'articolo 403 Cost., comma 1, secondo cui "Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza. Los territorios indígena originario campesinos podrán estar compuestos por comunidades".

⁶⁸ L'articolo 57 riconosce ai popoli indigeni al punto 6 di "Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras", mentre al punto 7 dispone "La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales, y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley".

⁶⁹ Sempre in linea con l'articolo 6 del *Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*.

⁷⁰ O. Colpari, *La nueva participación ciudadana en Ecuador y Bolivia ¿Resultados de la lucha del movimiento indígena-campesino?*, in *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. Especial: América Latina, 2011, 1-13.

zazione delle risorse non rinnovabili, che potrebbe incidere sulle popolazioni autoctone, sia sotto il profilo ambientale, che culturale. Così com'è inoltre previsto che le comunità indigene non solo parteciperanno ai benefici che deriveranno dall'attuazione dei progetti, ma verranno inoltre indennizzate per gli eventuali danni subiti.

Sia in Ecuador che in Bolivia diversi sono i principi, cui specie l'autorità pubblica deve attenersi in corso di *consulta previa*, quali buona fede, legittimo affidamento, collaborazione, accesso alle informazioni, flessibilità. La finalità è quella di garantire che vengano utilizzate le modalità più appropriate al caso di specie, tenuto conto anche delle peculiarità delle stesse popolazioni aborigene affinché queste possano prendere parte alla fase partecipativa in modo razionale e consapevole. Tuttavia, benché gli accordi raggiunti in seguito alla consultazione siano ritenuti vincolanti, anche in questi ordinamenti fallace si mostra la partecipazione "indigena" sul piano applicativo. Le parti non si trovano infatti su di un piano di reale parità. E invero l'autorità pubblica è il promotore del processo consultivo ed in quanto tale seleziona i provvedimenti oggetto della consultazione nonché i popoli coinvolti. Pur essendo quello alla *consulta previa* un diritto soggettivo l'autorità pubblica può quindi valutare la richiesta di apertura della fase consultiva proveniente dal pubblico indigeno, contro il cui diniego è sempre possibile presentare ricorso all'autorità giudiziaria.

Tale assetto sminuisce chiaramente la portata della partecipazione ed il suo carattere vincolante, tant'è che nel caso di mancato accordo tra le parti sarà la pubblica autorità ad adottare le misure necessarie a tutela delle popolazioni autoctone, snaturando completamente l'istituto della *consulta previa*. Del resto si tratta di un'impostazione che ben si concilia con il ruolo assorbente del governo centrale e dello stesso Presidente cui spetta, accanto alle prerogative in tema di funzione normativa, anche la definizione del *Plan Nacional de Desarrollo* che, nel fissare le linee guida per le politiche pubbliche, rappresenta un vero e proprio piano d'azione del governo in tema di programmi, progetti ed investimenti di settore, e specie sul piano territoriale. È proprio questa competenza, generalmente presidenziale, a limitare in questi ordinamenti, in via ulteriore, la resa della *participación ciudadana* già attenuata, poiché riconosciuta alle sole popolazioni indigene, in via assoluta in Bolivia e Ecuador, e limitatamente alla normazione primaria in Perù.

5. La partecipazione affievolita e il carattere funzionale dell'*evaluación de impacto ambiental*

Anche in Cile e Argentina la partecipazione dei cittadini alla funzione normativa si mostra piuttosto tenue non essendo pienamente garantita sul piano generale, così come avviene in Centroamerica⁷¹, dove l'iter di

⁷¹ W. Rivas Platero, *Participación social, Democracia e Integración centroamericana en el Siglo XXI*,

democratizzazione ha preso forma, con notevole ritardo, solo dopo gli Accordi di Pace di Guatemala del 1996.

In entrambe le esperienze l'intervento del pubblico trova la sua massima espressione, al pari di Ecuador e Bolivia, in materia ambientale e in particolare in relazione al procedimento di *evaluación de impacto ambiental*, trascurando così le fonti di primo grado e concentrandosi maggiormente sugli atti normativi a carattere generale. Del resto l'ambiente rientra tra quei settori in cui forte si è mostrato, da subito, l'interesse verso gli strumenti partecipativi specie in America Latina ed in linea con la Convenzione di Aarhus, dove si afferma una visione della partecipazione funzionale all'adozione delle migliori decisioni, da applicarsi il più efficacemente possibile⁷².

La Costituzione cilena non riconosce alla partecipazione dei cittadini natura di diritto fondamentale, dedicandovi solo l'articolo 118, comma 2⁷³, con esclusivo riferimento alle amministrazioni locali, al pari di quella argentina che, pur contemplandola, la garantisce esclusivamente attraverso istituti tipici di democrazia semidiretta⁷⁴. Tuttavia in Cile, a differenza dell'Argentina, l'idea di un *gobierno ciudadano*, ha ottenuto sul piano formale un più ampio e generalizzato sostegno a partire dal 2006⁷⁵ grazie alla creazione, da parte del governo Bachelet, dei *consejos asesores presidenciales*.

Si tratta di commissioni consultive che, istituite in via di prassi con apposito decreto presidenziale e deputate a coadiuvare l'esecutivo nella

in *Revista Conjeturas Sociológicas*, 2017, 31-97; J.P. Vargas, M. Zamora, *La sfida centramerica: tra rappresentazione e partecipazione*, in A. Valastro (cur.), *Le regole della democrazia partecipativa*, Napoli, 2010, 189-206; J.P. Vargas Céspedes, D.A. Zamuner, *Dalla retorica partecipativa alla realtà quotidiana: lo stato attuale della democrazia partecipativa in America centrale*, in *Dem. e dir.*, 3, 2006, 25.

⁷² S. Stec, S. Casey-Lefkowitz, J. Jendroska (eds), *The Aarhus Convention: An Implementation Guide*, New York-Geneve, 2000.

⁷³ Secondo cui "La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las modalidades y formas que deberá asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales". La nozione di participación ciudadana si rinviene inoltre nella *Ley n.20.500 Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública* che obbliga l'amministrazione statale a definire le modalità di partecipazione sia in forma individuale che associata.

⁷⁴ Si tratta dell'iniziativa popolare ex articolo 49 Cost. e della consultazione popolare ex articolo 50 Cost.

⁷⁵ Durante la campagna elettorale per le politiche del 2006 Michelle Bachelet propose la creazione dei consejos al fine di definire riforme di politica pubblica in settori considerati nevralgici, quali previdenza e politiche per l'infanzia. Questi istituti rientravano nell'"Agenda pro la participación ciudadana" del governo tesa a: incorporare la partecipazione dei cittadini nella gestione pubblica; rafforzare le organizzazioni della società civile; definire politiche di accesso alle informazioni, di non discriminazione ed interculturali. Cfr. C. Aguilera, *Participación ciudadana en el gobierno de Bachelet: Consejos Asesores Presidenciales*, in *América Latina Hoy*, 46, 2007, 119-122; Michael X. Delli Carpini, L. Cook, F. y J. Laurence, *Public Deliberation, Discursive Participation, and Citizen Engagement: A Review of the Empirical Literature*, in *Annual Review of Political Science*, 7, 2004, 315-344; I. Gentes, *Modernización del Estado y gestión pública participativa en Chile: alcances, obstáculos y perspectivas*, in *América Latina Hoy*, 42, 2006, 61-91.

definizione di progetti di legge e regolamenti da sottoporre poi al Parlamento, sono composte non solo da rappresentanti dello Stato e tecnici, ma anche da attori sociali. Il programma della Presidente Bachelet mirava infatti, tra l'altro, ad includere la società civile nel processo decisionale pubblico. L'efficacia dei *consejos*, unici istituti partecipativi a riguardare le fonti di primo grado, si mostra però alquanto flebile. L'intervento del pubblico, oltre a non avere carattere vincolante, è totalmente pleonastico poiché una volta espletata la fase consultiva, non solo l'esecutivo accetterà o rigetterà le istanze della società civile senza alcun obbligo di motivazione, ma deciderà confrontandosi solo, in via successiva ed eventuale, con i tecnici di settore⁷⁶. Accanto ai classici poteri normativi presidenziali l'ordinamento cileno riconosce quindi in capo all'esecutivo il potere di "vanificare", in via di prassi, sul piano attuativo l'intervento del pubblico in seno alle commissioni. Queste si mostrano infatti di assoluta pertinenza presidenziale, potendone decidere il Capo dello Stato l'istituzione in via del tutto discrezionale, a differenza dell'esperienza venezuelana dove, sempre in tema di commissioni, è invece la lettura incrociata del dato costituzionale a limitare l'efficacia della partecipazione alla definizione delle norme di primo grado.

Se in Cile l'assetto iper-presidenziale si esplica con tutta evidenza attraverso i *consejos asesores presidenciales*, e specie in relazione alle fonti di primo grado, è invece in tema di *evaluación de impacto ambiental*⁷⁷, disciplinata ex articolo 37 del regolamento n.30/1997, che il rapporto tra partecipazione e *rulemaking* trova più evidenti garanzie. In relazione al suddetto procedimento la pubblica amministrazione cilena è infatti obbligata ad indicare nella motivazione del provvedimento adottato le osservazioni dei cittadini prese in considerazione, mentre relativamente a quelle rigettate si può presentare ricorso all'autorità amministrativa. Inoltre, qualora il reclamo venisse respinto, è possibile adire il *Tribunal Ambiental*, riconoscendo così maggior tutela alla partecipazione del pubblico sul piano applicativo. E un'impostazione simile si rileva anche in Argentina⁷⁸, dove parte della dottrina riconosce carattere semi-vincolante alle osservazioni del pubblico⁷⁹,

⁷⁶ C. Aguilera, *Participación ciudadana en el gobierno de Bachelet: Consejos Asesores Presidenciales*, cit., 140-142; M. A. Garretón, M. A. Cruz, F. Aguirre, *La experiencia de los consejos asesores presidenciales en Chile y la construcción de los problemas públicos*, in *Rev. Mex. Sociol.*, 2, 2012, 12.

⁷⁷ Modificato da ultimo nel 2012. Sul punto cfr. M. Lara, *Mecanismos de participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental chileno*, in *Rev. de Gest. Públ.*, 2, 2017, 283-299. Tale nozione si rinviene inoltre nella *Ley n.20.500 Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública* che obbliga l'amministrazione statale a definire le modalità di partecipazione sia in forma individuale che associata.

⁷⁸ In tale esperienza sono le 24 Carte costituzionali provinciali a riconoscere maggiormente la *participación ciudadana*. Fatta eccezione per quelle di *Entre Ríos* e *Santa Fe*, dove non si rinvencono riferimenti espresi, queste ampliano in maniera più o meno evidente il novero degli istituti partecipativi. L.J. Fidyka, *Participación ciudadana: Despliegue temático en el marco constitucional comparado de la República Argentina*, in www.academia.edu.

⁷⁹ D.A. Sabsay, M.E. Di Paola, *La Participación Pública y la nueva Ley General del Ambiente*, in *Anales de Legisl. Amb. Boletín Inf.*, 14, 2003, 29-36.

a scapito del potere discrezionale della pubblica autorità. La *Ley General del Ambiente* n.25675 del 2002 riconosce infatti alla fase consultiva, che si esplica attraverso la consulta o l'udienza pubblica, dimensione di diritto soggettivo ex articolo 19⁸⁰, benché l'obbligatorietà della medesima incontri un preciso limite nell'articolo 20. E invero in base a tale articolo la partecipazione è una fase necessaria dei soli procedimenti autorizzatori aventi ad oggetto attività tali da incidere negativamente, ed in maniera significativa, sull'ambiente, pena la nullità della decisione finale⁸¹.

6. Le tendenze deliberative nell'esperienza brasiliana

È noto che la partecipazione democratica si ponga in rapporto dialettico e di contiguità, non solo con la democrazia rappresentativa, ma anche con la coeva nozione di democrazia deliberativa⁸². E tale condizione si mostra, con tutta evidenza, nell'esperienza brasiliana dove la *participación ciudadana* alla funzione normativa assume una chiara tendenza deliberativa e quindi un'efficacia attuativa di maggior vigore rispetto alle altre esperienze latinoamericane.

Sebbene la Costituzione non annoveri tra i principi fondamentali la partecipazione dei cittadini e la richiami solo negli articoli 198, 204 e 225⁸³, l'ordinamento brasiliano vanta una consolidata tradizione circa il coinvolgimento della società civile nella definizione delle decisioni pubbliche grazie al successo e alla diffusione, a partite dagli anni novanta del secolo scorso, del noto istituto del bilancio partecipativo⁸⁴.

Anche in Brasile il Presidente della Repubblica è dotato di ampi poteri normativi ed è proprio tale figura a svolgere un ruolo determinante circa il coinvolgimento dei cittadini nella definizione delle norme di primo grado attraverso le *conferências nacionais de políticas públicas*⁸⁵. Si tratta di istituti partecipativi, come in Cile di natura consuetudinaria, composti da rappresentanti del governo e della società civile e deputati a definire le linee guida per la formulazione delle politiche pubbliche federali. Distinte per aree tematiche, ciascuna conferenza nazionale viene istituita con decreto presidenziale e si articola in sotto-conferenze corrispondenti ai diversi livelli

⁸⁰ Con particolare riferimento ai procedimenti di *evaluación de impacto ambiental* e pianificazione.

⁸¹ M.V. Berros, *Ordenamiento ambiental del territorio y participación ciudadana en Argentina: aportes posibles desde el derecho*, in *Rev. Bras. de Pol. Públ.*, 1, 2015, 2-16.

⁸² R. Bifulco, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*, in www.astrid.ue, 2009, 3; U. Allegretti, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 4, 2007, 4, 779; L. Bobbio, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Dem. e dir.*, 4, 2006, 11.

⁸³ Riguardanti rispettivamente i servizi sanitari, sociali e i procedimenti d'*evaluación de impacto ambiental*.

⁸⁴ L. Avritzer, *Participatory Institutions in Democratic Brazil*, Baltimore, 2010.

⁸⁵ T. Pogrebinschi, *Participation as Representation: Democratizing Policymaking in Brazil*, in A. C. Cameron, E. Hershberg, K. E. Sharpe (eds), *New Institutions For Participatory Democracy in Latin America*, cit., 54-63.

di governo, le cui decisioni diventano oggetto di dibattito e delibera al suo interno, dove sono presenti i delegati dei singoli incontri⁸⁶. Scopo delle *conferências* è dunque emanare il documento programmatico finale, risultato di un lungo processo di dialogo e mediazione tra le parti. Presenti nell'esperienza brasiliana a partire dal 1941, è solo dal 2003, con il *Partido dos Trabalhadores* al governo, che queste hanno acquisito una certa visibilità in quanto fortemente inclusive nei confronti della popolazione⁸⁷. Del resto i dati ufficiali provenienti dal governo federale mostrano che nel tempo tali istituti hanno progressivamente coinvolto un numero crescente di cittadini, tant'è che risultano generalmente composte per il sessanta per cento dalla società civile e solo per la restante parte da rappresentanti del governo.

Tale circostanza, unita al dato che non viene utilizzato un metodo univoco per la valutazione delle scelte prioritarie, così come l'eventuale votazione delle delibere, su cui è particolarmente ostico raggiungere una sintesi, non è sempre retta dalla regola della maggioranza, conferisce carattere deliberativo alla *participación ciudadana* che si riverbera così sul piano normativo⁸⁸.

Rifacendosi allo schema tipico delle procedure bottom-up di definizione delle politiche pubbliche le *conferências nacionais de políticas públicas* hanno acquisito una crescente credibilità e ottenuto un forte impatto sulla legislazione⁸⁹. Tant'è che le linee guida contenute nelle relazioni finali emanate dai suddetti istituti sono state trasfuse in una percentuale non trascurabile di progetti di legge ed hanno persino influenzato le proposte di riforma costituzionale. Non vi è dubbio quindi che le *conferências* condizionino sul piano attuativo la produzione legislativa, denotando una certa "reattività"

⁸⁶ L'attività delle *conferências* inizia a livello locale o regionale, prosegue in tutti i 27 Stati e si conclude con la conferenza nazionale che viene tenuta di solito a Brasilia. Alcune conferenze nazionali riesaminano anche le discussioni che hanno avuto luogo durante le "conferenze libere", organizzate da gruppi di cittadini, o le "conferenze virtuali", che raccolgono i contributi inviati tramite internet. I risultati di entrambe le conferenze vengono poi distribuiti ai partecipanti durante la conferenza nazionale. Sebbene la fase nazionale delle conferenze si concluda in tre o quattro giorni, l'intero processo di solito dura più di un anno.

⁸⁷ Inizialmente le *conferências* si tenevano di rado e riguardavano esclusivamente questioni relative alla tutela della salute. Solo dopo l'emanazione della nuova costituzione nel 1988 ed l'avvento di Lula al governo, l'oggetto delle stesse si è ampliato ad una vasta gamma di politiche pubbliche (istruzione, cultura, pesca, agricoltura, diritti delle minoranze) così come le medesime si sono aperte a diversi gruppi sociali (rappresentanti della società civile provenienti da organizzazioni non governative (NGOs), movimenti sociali, sindacati e associazioni di lavoratori).

⁸⁸ T. Pogrebinski, D. Samuels, *The Impact of Participatory Democracy: Evidence from Brazil's National Public Policy Conferences*, in *Comparative Politics*, 3, 2014, 313-332.

⁸⁹ T. Pogrebinski, *Participation as Representation: Democratizing Policymaking in Brazil*, in A. C. Cameron, E. Hershberg, K. E. Sharpe (eds), *New Institutions For Participatory Democracy in Latin America*, cit., 63-70. Attualmente più del venti per cento dei progetti di legge presentati dal Congresso e circa il cinquanta per cento dei progetti di legge costituzionali si rifanno alle relazioni finali delle *conferências*.

del Parlamento⁹⁰ rispetto alle richieste della società civile, così come appare evidente in questa esperienza la forza espansiva della *participación ciudadana*, che travalica il dato formale anche in relazione alle norme di primo grado. E simile tendenza caratterizza, in Brasile, ancor più incisivamente i procedimenti di *rulemaking* relativi agli atti normativi generali⁹¹, sottolineando come l'intervento del pubblico alla funzione normativa sia, in via di principio, connaturata al patrimonio giuridico del Paese. Se il *Federal Administrative Procedure Act n.9.784/99* e le diverse leggi statali in tema di procedimento amministrativo dispongono l'apertura della fase consultiva solo in via eventuale⁹², sono invece una serie di discipline settoriali a riconoscere carattere obbligatorio e dimensione di diritto soggettivo all'intervento del pubblico rispetto alla funzione normativa, da realizzarsi tramite gli istituti delle udienze pubbliche e delle *notice-and-comment*⁹³. Intervento che, in taluni ambiti⁹⁴, avviene addirittura in sede di definizione delle bozze di contratto, oppure si realizza in più fasi del procedimento attraverso una struttura ad hoc, come rispettivamente statuito dal *National Standards for Basic Sanitation Service Act* e dal *National Policy for Urban Mobility*.

7. Anomalie e distorsioni istituzionali nei Paesi latinoamericani

Il generalizzato trend a favore di rilevanti innovazioni circa gli istituti deputati alla partecipazione democratica in tema di *rulemaking* fa rientrare formalmente le esperienze latinoamericane nel modello di partecipazione ad istruttoria aperta. Tuttavia sul piano attuativo l'intervento del pubblico perde di efficacia e mostra evidenti falle, rinvenibili soprattutto nelle forti prerogative normative di cui è titolare il Capo dello Stato, quale tipica distorsione della forma di governo iper-presidenziale⁹⁵ ancora vigente.

⁹⁰ T. Pogrebinski, F. Santos, *Participation as representation: the impact of national public policy conferences on the Brazilian National Congress*, in *Dados (online)*, 3, 2011, 259-305.

⁹¹ Ossia solo qualora il procedimento riguardi una questione di interesse generale. Sul punto cfr. R. Pagani De Souza, *Participação Pública nos Processos Decisórios das Agências Reguladoras: Reflexões sobre o Direito Brasileiro a partir da Experiência Norte-americana*, in *Fórum Adm.*, 2, 2002, 752-760.

⁹² R. Perlingeiro, *Los Principios de procedimiento administrativo en Brasil y los desafíos de igualdad y de seguridad jurídica*, in P. Aberastury, H.J. Blank (eds) *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, cit., 313-351.

⁹³ R. Pagani De Souza, N. Schmitt Caccias Salinas, T. Reis, *Participation in Rulemaking Processes in Brasil*, in B. Auby, T. Perroud, *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruxelles, 2016, 279.

⁹⁴ Sia consentito il richiamo a M. Zinzi, *Partecipazione e procedimenti di rulemaking in Sud America*, cit., 783-785.

⁹⁵ In realtà diverse sono le definizioni attribuite alla forma di governo degli ordinamenti latinoamericani: dittatura democratica, regime presidenzialista, dittatura costituzionale, monarchia elettiva, cesarismo rappresentativo, preponderanza presidenziale. C.M. Villabella Armengol, A. Rivera Pineda, *División de poderes y formas de gobierno*, in D. Valadés, M. Carbonell (eds), *El estado constitucional contemporáneo*, tomo II, Ciudad de México, 2006, 785.

Le disfunzioni del sistema partitico e il debole ruolo delle opposizioni, insieme alla radicata centralizzazione dei poteri nella figura del Capo dello Stato, hanno svilito, in questi ordinamenti, le funzioni parlamentari e compromesso totalmente l'efficacia della rappresentanza democratica, data anche l'assenza di una reale cultura politica⁹⁶. Le principali critiche che nel dibattito dottrinario sono state rilevate nei confronti dei meccanismi di democrazia rappresentativa si sono infatti fondate sull'incapacità di colmare il profondo divario tra rappresentanti e rappresentati⁹⁷. Limite questo inoltre rinvenibile nell'inefficienza a operare una selezione e composizione democratica delle élite rappresentative e nell'assenza di criteri di responsabilità.

L'iper-presidenzialismo se, per un verso, ha favorito il radicarsi della partecipazione democratica, anche in relazione alla funzione normativa, quale soluzione al mal funzionamento della democrazia rappresentativa, dall'altro, ne svilisce la portata sul piano attuativo. In America Latina dunque non si rileva un ordinamento che garantisca pienamente la *participación ciudadana* in tema di *rulemaking*, nonostante l'intervento del pubblico assuma generalmente la dimensione di diritto soggettivo, sia in relazione alla norme di primo grado, sia rispetto alle fonti secondarie. Del resto gli istituti di partecipazione democratica sono ancora oggi in parte funzionali a collegare la volontà popolare con il disegno politico del Presidente⁹⁸.

Benché questi Paesi siano stati protagonisti di una fase di transizione particolarmente incentrata verso il consolidamento dei diritti umani e l'affermazione dei principali elementi del costituzionalismo contemporaneo, il funzionamento della forma di governo penalizza notevolmente la tutela accordata alle posizioni giuridiche soggettive⁹⁹. Il tentativo di attenuare la componente autoritaria del presidenzialismo latinoamericano a favore dell'organo legislativo, per effetto delle recenti riforme costituzionali che hanno interessato specie i Paesi andini, non ha ovviato alla compressione dei diritti fondamentali. Le esperienze latinoamericane non rispondono infatti alle stesse logiche che in altri ordinamenti influiscono sul funzionamento delle forme di governo e ne definiscono la reale natura, anche se parte della

⁹⁶ L.D.C. Gonzales, L.V. Mballa, *Mecanismos de participación ciudadana en las políticas públicas en América Latina*, in *Revista Políticas Públicas*, 1, 2017, 57.

⁹⁷ J. Subirats, *Nuevos mecanismos participativos y democracia: promesas y amenazas*, in J. Font (Ed.), *Ciudadanos y decisiones públicas*, Barcelona, 2001, 33-42.

⁹⁸ E. Ceccherini, *Le democrazie incerte in America Latina. Le ragioni di un mancato consolidamento*, cit., 4074.

⁹⁹ C.M. Villabella Armengol, *El Derecho Constitucional en Latinoamérica: un cambio de paradigma*, in R. Viciano Pastor (Ed.) *Estudios sobre un nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Madrid, 2014, 51-77; C.M. Villabella Armengol, *El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. Breve estudio comparado*, in *Bol. Mex. de Der. Comp.*, 149, 2017, 943-979; R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmau, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, in *Rev. Gen. de Der. Púb. Comp.*, 9, 2011, 1-24; Id., *Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional*, in *Nueva Época*, 25, 2010, 7-29.

dottrina rileva una sorta di ibridazione con i tratti tipici del sistema di governo parlamentare ed ancor più semipresidenziale, tale da favorire la potenziale alterazione della forma di governo¹⁰⁰. E invero, sul piano attuativo, la duttilità tipica del governo presidenziale, derivante dal suo carattere dualistico, non si riscontra in questi Paesi, dove il ruolo predominante del Presidente è determinata dalle condizioni politiche, economiche, sociali nonché dalla logica del cd. caudillismo che, non solo hanno accompagnato la nascita degli ordinamenti in questione, ma si mostrano ancora determinanti nella ricerca della separazione tra i poteri costituzionali¹⁰¹. D'altronde la reale natura del presidenzialismo in America Latina attenua anche il pluralismo istituzionale tipico della forma di stato liberal-democratica¹⁰².

In tale contesto è quindi la preponderante ingerenza dei poteri normativi presidenziali a sminuire notevolmente la partecipazione, specie in relazione alle norme primarie, ed anche in esperienze più forti come quella venezuelana e brasiliana, dove la *participación ciudadana*, nel primo caso, si presenta quale elemento identificativo dell'assetto costituzionale mentre, nel secondo, assume carattere deliberativo. In Venezuela infatti il Presidente può vanificare la partecipazione attraverso, tra l'altro, una *ley abilitante* di ampia portata, così come in Brasile la stessa può essere distorta dal Presidente stesso cui spetta l'indizione, in via del tutto discrezionale, delle *conferências nacionais de políticas públicas*. Condizione quest'ultima che caratterizza anche l'esperienza colombiana specie rispetto alla *consulta popular*, la cui apertura dipende generalmente dalla volontà esclusiva presidenziale o dei governi locali. E lo stesso dicasi per l'ordinamento cileno dove i *consejos asesores presidenciales* sono di totale pertinenza dell'esecutivo, che non è inoltre tenuto a motivare il rigetto o meno delle istanze civili.

Del resto, taluni ordinamenti o non contemplano la partecipazione del pubblico alla normazione primaria, oppure la comprimono. È il caso rispettivamente dell'Argentina, che insieme al Cile guadagna un certo spazio sul tema in relazione agli atti normativi generali attraverso l'*evaluación de impacto ambiental*, e di Bolivia ed Ecuador che, invece, circoscrivono il diritto di partecipare alle sole popolazioni indigene e per lo più ai progetti di gestione del territorio. E invero anche in relazione a queste due esperienze, forte è l'ingerenza del potere esecutivo tenuto conto inoltre che l'autorità pubblica decide circa l'apertura della consultazione e ne seleziona l'oggetto,

¹⁰⁰ E.R. Acuña, *Il costituzionalismo in vigore nei Paesi dell'America Latina*, Torino, 2012, 399 ss.; M. Cameron, *El Estado de la Democracia en los Andes*, in *Revista de Ciencia Política*, 1, 2010, 5-20.

¹⁰¹ Ampia è la letteratura sul tema. Tra gli altri cfr. D. Nohlen, M. Fernandez, *Presidencialismo versus Parlamentarismo*, Caracas, 1991, 37 ss.; D. Close (Ed.), *Undoing Democracy: The Politics of Electoral Caudillismo*, Lanham, 2004; R.M. Schneider, *Latin American Political History: Patterns and Personalities*, Boulder, 2006.

¹⁰² R. Tarchi, *Le "democrazie illiberali" nella prospettiva comparata: verso una nuova forma di stato? Alcune riflessioni di sintesi*, cit., 4184.

così come spetta al Presidente la stesura del *Plan Nacional de Desarrollo*, definente gli interventi sul territorio. A simile assetto si affiancano poi le criticità attinenti alle fonti secondarie e agli atti normativi a carattere generale. E che riguardano in primis i tempi della partecipazione, che si instaura prima dell'apertura del procedimento solo in Perù e Colombia ed esclusivamente in relazione all'*evaluación de impacto ambiental*. Mentre in altri contesti, come nel caso argentino, l'indizione della fase consultiva è limitata al ricorrere di talune caratteristiche delle decisioni pubbliche¹⁰³. Inoltre in queste esperienze non persiste generalmente, in capo alla pubblica amministrazione, l'obbligo di indicare nelle motivazioni le osservazioni tenute in debito conto, tranne che in Perù ed Argentina. Così com'è possibile presentare eventuale reclamo all'autorità amministrativa superiore solo in Cile e limitatamente al settore ambientale, e a quella giudiziaria, nel caso di diniego circa l'apertura della consultazione, in Ecuador e Bolivia.

La centralizzazione dei poteri, anche in relazione alla funzione normativa, nelle mani del Capo dello Stato è profondamente radicata. Evidente è dunque la discrasia tra il modello democratico perseguito e la realtà istituzionale latinoamericana in cui le prerogative presidenziali, limitando fortemente gli altri poteri costituzionali, pregiudicano l'efficacia attuativa della *participación ciudadana* in tema di funzione normativa.

Maddalena Zinzi

Dip.to di Scienze Politiche

Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

maddalena.zinzi@unicampania.it

¹⁰³ In base all'articolo 20 della *Ley General del Ambiente* n.25675/2002 la fase consultiva è obbligatoria esclusivamente in relazione ai procedimenti autorizzatori aventi ad oggetti attività tali da incidere negativamente e in maniera significativa sull'ambiente.