

Pluralismo jurídico igualitario: il mandato costituzionale “inascoltato” nel modello boliviano di cooperazione inter-giurisdizionale

di Enrico Buono

Abstract: Pluralismo Jurídico Igualitario: the “Unheard” Constitutional Command in the Bolivian Model of Interjurisdictional Cooperation – The aim of this article is to reconstruct legal pluralism as a possible legal lingua franca for the Global South, by analysing a case study in its constitutional implementation. In recent years the attention of comparative legal scholarship has been increasingly drawn to the Latin American region, as a living laboratory for the development and enactment of legal pluralism. Even though on paper the recent Constitution of Bolivia is arguably the most progressive multicultural constitution ever written – expressly recognizing plurinationality, collective rights, legal personality of Mother Earth and varying degrees of administrative autonomy for indigenous communities – the euphoric discourse that some observers have adopted must be tempered by analyzing the contradictions that have afflicted the implementation of this text on a political level, through the adoption of a most restrictive Law of Jurisdictional Demarcation. Most of these contradictory elements have affected the mechanisms of egalitarian legal pluralism, undermining the plurinational articulation of the State engineered at a discursive level in the constitutional text and substantially betraying this “unheard” constitutional command. These paradoxes deserve to be explored with more detachment to fully understand how legal pluralism can effectively be enforced inside a constitutional framework within the Global South.

1079

Keywords: Global South; Comparative constitutional law; Legal pluralism; Plurinationality; Andean *nuevo constitucionalismo*.

1. Bridging the gap nel Global South: la lingua franca del pluralismo giuridico

«Il pluralismo giuridico è il *fatto*. Il centralismo giuridico è un mito, un ideale, un'affermazione, un'illusione»¹: come s'intende in questa sede dimostrare, il pluralismo giuridico può costituire una concreta *lingua franca* per il *Global South*, aprendo alla comparazione tra tradizioni giuridiche *beyond West*².

¹ J. Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 18 (1986), 1-55, 4.

² Si veda, in questa *Rivista*, D. Amirante, *Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione “verso Oriente”*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2015, 1-36.

Le *Southern voices*³ provenienti dall'«arcipelago degli Stati postcoloniali»⁴ non possono, infatti, rimanere “inascoltate”: non tanto e non soltanto per non «ripetere gli errori dell'eurocentrismo e della “universalizzazione” da un punto di vista eurocentrico “superiore”»⁵, quanto, piuttosto, perché le tradizioni giuridiche non-occidentali «appaiono intrinsecamente più adatte dei sistemi giuridici e dei giuristi occidentali ad affrontare le sfide intellettuali e pratiche del diritto comparato e del pluralismo giuridico», mostrandosi maggiormente «consapevoli del carattere misto di tutti i diritti»⁶ e postulando «una dottrina giuridica rivolta alla comprensione della dimensione globale del diritto»⁷.

Il *Global South* costituisce, in tal senso, un laboratorio vivente d'implementazione di politiche progressiste, «rimedi di carattere strutturale» che attengono alla «fisiologia generale dello Stato contemporaneo»⁸: basti per tutti l'esempio delle Costituzioni del *nuevo constitucionalismo andino*⁹ – la *Constitución de la República del Ecuador* del 2008 e la *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* del 2009, oggetto della presente indagine – tra le carte costituzionali più avanzate nel riconoscimento della plurinazionalità, dei diritti dei popoli indigeni, del *pluralismo jurídico igualitario* e della personalità giuridica della natura¹⁰.

I tempi sono maturi affinché i comparatisti superino la loro tradizionale «arroganza epistemica»¹¹, volgendo lo sguardo «al di là dell'Occidente»¹², nella «necessità di temperare e superare il parrocchialismo del pensiero costituzionale occidentale»¹³ e di «pluralizzare la comprensione del costituzionalismo»¹⁴. Occorre preliminarmente delimitare – con definizioni necessariamente stipulative – i “confini” del *Global South* e delle concorrenti concezioni del pluralismo giuridico.

L'adozione di un termine unificante che ricomprenda le esperienze costituzionali dell'Africa, del Sud-est asiatico e dell'America latina presta il fianco

³ Si veda la fondamentale collettanea curata da W. Twining (ed.), *Human Rights, Southern Voices*. Francis Deng, Abdullahi An-Na'im, Yash Ghai and Upendra Baxi, Cambridge, 2009.

⁴ D. Amirante, *Lo Stato multicultural*, Bologna, 2015, 128.

⁵ S. Tötösy de Zepetnek, *Comparative Literature and Comparative Cultural Studies*, West Lafayette, 2003, 259.

⁶ W. Menski, *Beyond Europe*, in E. Örüçü, D. Nelken, *Comparative Law: A Handbook*, Oxford-Portland, 2007, 193.

⁷ W. Menski, *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, 2006, 17.

⁸ *Ibi*, 124-125.

⁹ *Ex plurimis*, si vedano gli interessanti contributi raccolti da S. Baldin, M. Zago (eds.), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Bologna, 2014 e da S. Bagni, *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir*, Bologna, 2013.

¹⁰ Si richiama espressamente all'analogamente intitolato approfondimento monografico, in questa rivista a questo stesso numero, nonché all'ottimo contributo *ibi* presente di S. Bagni, *Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana*.

¹¹ D. Bonilla Maldonado, *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, 2014, 21.

¹² D. Amirante, *Al di là dell'Occidente*, cit.

¹³ P. Dann, *The Global South in Comparative Constitutional Law*, in *Völkerrechtsblog* [blog della rivista *Verfassung und Recht in Übersee VRÜ*], 14 luglio 2017, voelkerrechtsblog.org/the-global-south-in-comparative-constitutional-law/ (consultato il 7 maggio 2018), 5.

¹⁴ *Ibi*, 4.

a critiche, ma come «designazione simbolica con implicazioni politiche»¹⁵, il *Global South* è una «categoria politetica» che non assume significato «in virtù del suo contenuto, ma del suo contesto»¹⁶, trascendendo la retorica postcoloniale¹⁷ per tracciare nuove cartografie controegemoniche. Ribellandosi alla logica schmittiana del *global linear thinking*¹⁸ e alla *flat earth* del costituzionalismo globale¹⁹, il *Global South* è «everywhere, but always somewhere»²⁰, disegnando – ovunque si lotti per la libertà decoloniale – «geografie umane a dispetto di geografie profondamente disumane di spossessamento»²¹.

Nell'ordine mondiale postglobale, il *Global South* è ad un tempo metafora di «re-esistenza»²² alla modernizzazione ed una «vasta comunità immaginata»²³ che unisce tutte le esperienze decoloniali: un *network* globale controegemonico composto da una molteplicità di comunità – «anch'esse immaginate»²⁴ – impegnate in un viaggio di riscoperta delle loro *cosmovisioni*²⁵ ancestrali.

V'è un potenziale «trasgressivo»²⁶, «scompigliante»²⁷, «profondamente sovversivo»²⁸ in questa epistemologia del Sud (globale)²⁹, che – nell'aspirazione condivisa ad un «universalismo di altro tipo»³⁰ – sfida apertamente il paradigma neoliberale dominante: un potenziale sovversivo che ricorda, sotto vari aspetti, l'episteme del diritto comparato³¹. L'idea di *Global South* – come acutamente

¹⁵ S. N. Grovogui, *A Revolution Nonetheless: The Global South in International Relations*, in *The Global South*, 5 (2011), 175-190, 176.

¹⁶ J. Comaroff, J. Comaroff, *Theory from the South: A Rejoinder*, *Fieldsights - Cultural Anthropology Online* [rivista on-line], 25 febbraio 2012, culanth.org/fieldsights/273-theory-from-the-south-a-rejoinder (consultato il 12 maggio 2018), 5.

¹⁷ *Ibi*, 4-5: «The closest thing to a common denominator among them is that many once were colonies, though not all in the same epochs. “Postcolonial”, therefore, is something of a synonym, but only an inexact one».

¹⁸ C. Schmitt, *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*, New York, 2003, 87.

¹⁹ Cfr. V. Kumar, *Towards a Constitutionalism of the Wretched*, in *Völkerrechtsblog* [blog della rivista *Verfassung und Recht in Übersee VRÜ*], 27 luglio 2017, voelkerrechtsblog.org/towards-a-constitutionalism-of-the-wretched/ (consultato il 7 maggio 2018), 5-6.

²⁰ M. Sparke, *Everywhere but Always Somewhere: Critical Geographies of the Global South*, in *The Global South*, 1/2007, 117-126.

²¹ *Ibi*, 124.

²² C. Levander, W. Mignolo, *Introduction: The Global South and World Dis/ Order*, in *The Global South*, 5 (2011), 1-11, 10.

²³ Si veda B. Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London, 2016.

²⁴ L. Cazzato, *Global South 'in Theory' and Southern Epistemology*, in *Le Simplegadi*, 12 (2014), 41-52, 44.

²⁵ Sul concetto di *cosmovisione* si veda S. Bagni, *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir*, cit.

²⁶ V. Kumar, *Towards a Constitutionalism of the Wretched*, cit., 5.

²⁷ C. Levander, W. Mignolo, *Introduction: The Global South and World Dis/ Order*, cit., 1.

²⁸ F. Hoffmann, *Knowledge Production in Comparative Constitutional Law: Alterity – Contingency – Hybridity*, in *Völkerrechtsblog* [blog della rivista *Verfassung und Recht in Übersee VRÜ*], 31 luglio 2017, voelkerrechtsblog.org/knowledge-production-in-comparative-constitutional-law/ (consultato il 7 maggio 2018), 2.

²⁹ B. de Sousa Santos, *Epistemologies of the South: Justice against Epistemicide*, London, 2016.

³⁰ S.N. Grovogui, *A Revolution Nonetheless: The Global South in International Relations*, cit., 188.

³¹ Si veda H. Muir Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, 3 (2000), 503-527, 503; cfr. L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*,

rilevato da Hoffmann³² – è «stata impiegata come testa d’ariete per scardinare i concetti fondamentali e fondanti del diritto comparato [...], la sua confortevole appartenenza alla modernità occidentale», spingendo la dottrina costituzional-comparatistica più critica ancora oltre al di là dell’Occidente. La nozione euristica di *Global South* può invertire effettivamente i paradigmi dottrinari eurocentrici – come le escludenti *Autres conceptions de l'ordre social et du droit* di David³³ – riaffermando che la «modernità giuridica vive pienamente soltanto nel *Global South*», dove il Nord e il Sud si congiungono in quell’«ibrido, complesso e contingente *mesclage*»³⁴ tradizionalmente associato alla (post)modernità.

Nel tentativo di trascendere le logiche periferiche del provincialismo costituzionale, l’idea – qui appena tratteggiata – di *Global South* può concretamente «prendere sul serio l’alterità», come luogo di confronto inter-identitario³⁵ e non come mero oggetto di analisi. Lungi da derive vittimistiche, apre al confronto con le «periferie» di una modernizzazione costituzionale – il più delle volte forzata e distorta – rivendicando la necessità di un *pensiero* (costituzionale) *meridiano*³⁶ da opporre alla funzionalizzazione globale: «contro l’universalismo dei Nord, i Sud possono opporre la pluralità dei pensieri», offrendo complessità «in luogo della sua riduzione»³⁷.

Il pluralismo giuridico è generalmente visto come «la coesistenza di un sistema giuridico dello Stato con differenti sistemi giuridici che stanno nella sua giurisdizione»³⁸. L’organica ricostruzione delle implicazioni – operative e teoriche – delle diverse concettualizzazioni del modello pluralistico esula dall’intento del presente lavoro, ma può senz’altro condividersi la critica di Chiba alla «maggior parte dei sostenitori del pluralismo giuridico», nell’aver ridotto la pluralità delle forme ad una «duplice struttura» non pienamente «sfuggita al tradizionale monismo del diritto statale e all’universalismo del diritto occidentale»³⁹. Più recentemente s’è sostenuto che il pluralismo giuridico costituisce «il concetto

Torino, 2017, 15, nota 39: «il diritto comparato “constitue une menace por toute la science juridique” e adempie a una “fonction subversive”».

³² F. Hoffmann, *Knowledge Production in Comparative Constitutional Law: Alterity – Contingency – Hybridity*, cit., 2.

³³ R. David, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, Paris, 2016.

³⁴ F. Hoffmann, *Knowledge Production in Comparative Constitutional Law: Alterity – Contingency – Hybridity*, cit., 5.

³⁵ B. de Sousa Santos, *Entre Próspero e Caliban. Colonialismo, Pós-colonialismo e interidentidade*, in *Novos Estudos CEBRAP*, 66 (2003), 24-29.

³⁶ F. Cassano, *Il pensiero meridiano*, Roma-Bari, 1996.

³⁷ M. Longo, *Il Sud e l’etnocentrismo della teoria sociale. Alcune considerazioni*, in *Sociologia Italiana*, 9 (2017), 12-25, 22.

³⁸ M.B. Hooker, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, 1975.

³⁹ M. Chiba, *Una definizione operativa di cultura giuridica nella prospettiva occidentale e non occidentale*, in A. Facchi, M. P. Mittica, *Concetti e norme. Teorie e ricerche di antropologia giuridica*, Milano, 2000.

chiave della concezione post-moderna del diritto»⁴⁰, rappresentando le società moderne come «costellazioni giuridiche»⁴¹.

Non a caso, la *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* traduce in espresse statuizioni costituzionali la teoria dell'interlegalità di Santos che – nel superare la criticata staticità della duplice struttura del pluralismo classico – considera l'interrelazione dinamica tra tutte le norme che orientano i comportamenti che hanno fonte molteplice ed eterogenea, di origine religiosa, tradizionale, consuetudinaria, statale, cui si sommano quelle di origine soprastatale e transnazionale.

Una sommaria ricognizione del modello di Menski – in perenne evoluzione – può illustrare graficamente queste interazioni tra diritti naturali (secolari o religiosi), consuetudini socio-culturali, diritto statale e diritto internazionale (incluso i diritti umani), coesistenti all'interno di logiche plurali creativamente «fuzzy»⁴².

In questa prima rappresentazione (Figura 1) – basata sui lavori di Chiba⁴³ – il pluralismo giuridico è illustrato nelle diverse combinazioni tra influenze sociali (numero 1), statali (numero 2) e religiose/etiche/morali (numero 3): «le combinazioni numeriche riflettono i differenti gradi di equilibrio tra elementi differenti [...] Il numero 23, ad esempio, rappresenta il diritto influenzato principalmente dallo Stato, ma anche da valori religiosi/etici/morali, [...] mentre il 21 denota il diritto di produzione statale influenzato dalle norme sociali»⁴⁴.

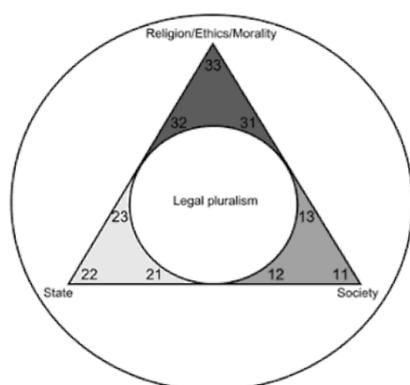


Figura 1: Triangolo di Menski (2006)

Il triangolo di Menski, con la recente aggiunta di un quarto angolo – l'influenza dell'ordinamento internazionale e dei diritti umani – s'è evoluto in un aquilone (Figura 2). Ogni angolo è di per sé plurale, indicando una «*plurality of pluralities*» (*Pop*): «in realtà, ognuno dei quattro angoli [...] rappresenta una varietà di forme ibride di questo particolare tipo di diritto. Chiaramente, non esiste alcun diritto naturale uniforme, né un'unica consuetudine o un solo tipo di diritto statale, né tantomeno il diritto

⁴⁰ Cfr. C. Faralli, *Vicende del pluralismo giuridico. Tra teoria del diritto, antropologia e sociologia*, in A. Facchi, M. P. Mittica, *Concetti e norme. Teorie e ricerche di antropologia giuridica*, Milano, 2000.

⁴¹ *Ibi*, nota 12.

⁴² Cfr. S. Baldin, *Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 10 (2012), 1-20.

⁴³ M. Chiba, *Asian Indigenous Law. In Interaction with Received Law*, London, 2013.

⁴⁴ L. Tas, *Legal Pluralism in Action: Dispute Resolution and the Kurdish Peace Committee*, London, 2016, 16-17.

internazionale può ridursi ad un'unica entità identificabile. Tutt'e quattro sono di per sé entità profondamente plurali, con le loro tensioni e i loro conflitti interni»⁴⁵.

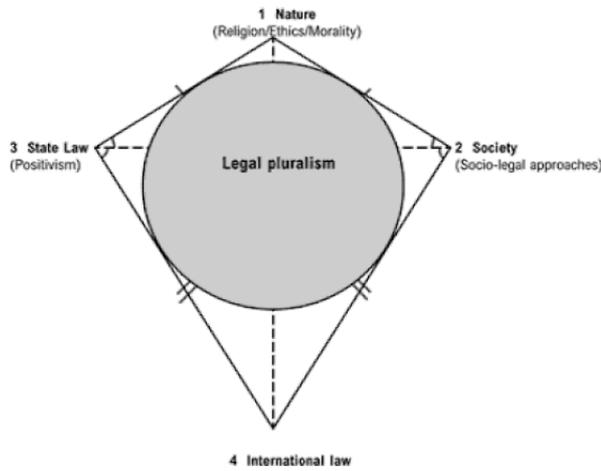


Figura 2: Aquilone di Menski (2011)

Combinando il triangolo e l'aquilone di Menski, può meglio delinarsi la proposta di una *chakana*⁴⁶ (Figura 3) per descrivere l'originale architettura costituzionale tracciata dall'articolo 1 della *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* del 2009 e la sua peculiare pluralità di pluralismi. Il pluralismo giuridico non ne rappresenta che un aspetto: il pluralismo culturale,

economico e politico sono, infatti, tutti sacramentati nel primo articolo della nuova costituzione boliviana, con rilevanti conseguenze giuridiche.

Analogamente al triangolo di Menski, differenti “gradazioni” sono collocate sui “gradini” della croce quadrata (in minuscolo): esemplificano soltanto alcune delle possibili interazioni tra i diversi livelli di pluralismo. La trattazione può procedere lungo i punti cardinali della *chakana*, dedicando il prossimo paragrafo al congruo approfondimento del *pluralismo jurídico igualitario*.

1084



Figura 3: Chakana plurinazionale

⁴⁵ W. Menski, *Flying kites in a global sky: New models of jurisprudence*, in *Socio-legal Review*, 7 (2011), 1-22, 14.

⁴⁶ Letteralmente «croce quadrata», simbolo della cosmovisione andina: tutt'altro che casualmente, la parola *chakana* deriva dal Quechua *chakay*, ovvero “ponte”.

2. *Pluralismo jurídico igualitario*: il modello boliviano di cooperazione intergiurisdizionale

2.1. *Aspetti definitivi e premesse teoriche*

Il pluralismo giuridico è un principio costituzionale sancito dalla *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* del 2009 (*CPE*) che – al già citato articolo 1 – definisce la Bolivia come uno «Stato [...] Plurinazionale [...] interculturale» che «si fonda sulla pluralità e sul pluralismo [...] giuridico».

La dottrina e, soprattutto, la giurisprudenza del *Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP)* richiamano la distinzione teorica – operata da Hoekema⁴⁷ – tra due forme di pluralismo giuridico: il pluralismo giuridico sociale e il pluralismo giuridico formale, a sua volta concepibile come “unitario” ovvero “egualitario”. Il pluralismo giuridico formale di tipo “unitario” prevede la coesistenza di due o più sistemi giuridici riconosciuti dallo Stato, ma la determinazione della legittimità e degli ambiti applicativi degli ordinamenti concorrenti è riservata al (solo) diritto di produzione statale, generando un pluralismo giuridico “debole”. Il pluralismo giuridico formale di tipo “egualitario” si propone, al contrario, di non riservare allo Stato l’(etero)determinazione dei sistemi giuridici riconosciuti: sono gli stessi popoli indigeni che – nell’esercizio del diritto all’autodeterminazione⁴⁸ – stabiliscono le norme, procedure e istituzioni loro applicabili, senza interferenze statali, in un quadro costituzionale che promuove la complementarietà di funzioni e l’eguaglianza gerarchica tra giurisdizioni a parità di condizioni.

Il modello delineato dalla *CPE*, pur sancendo espressamente il principio del *pluralismo jurídico igualitario*, riserva alla legge ordinaria l’individuazione delle competenze territoriali, materiali e personali della giurisdizione indigena, introducendo in via di fatto elementi assimilabili al tipo “unitario”: dalla *contradictio in adiecto* di un “pluralismo egualitario unitario” emergono profili di criticità condivisi – come ci si accinge a dimostrare – tanto dalla comunità internazionale quanto dalle principali organizzazioni indigene.

⁴⁷ *Ex multis*, A. Hoekema, *Legal Pluralism: Conflicting Legal Commitments Without a Neutral Arbiter*, in *Jura Gentium*, XI 2014, 61-103. Cfr. *DCP* 0009/2013 e 0013/2013 con estensore Tata Gualberto Cusi.

⁴⁸ Si veda *SCP* 37/2013: «En el marco de todo lo precedentemente señalado, bajo la libre determinación de los pueblos indígena originario campesinos surge el derecho al ejercicio de la jurisdicción indígena, como ejercicio del derecho propio preexistente a la configuración estatal y el deber de respeto y garantía a su ejercicio por parte de los órganos e instituciones estatales. Derecho que tiene un doble dimensionamiento: colectivo e individual. En su dimensión de derecho colectivo importa la facultad de los pueblos indígena originario campesinos para aplicar sus propias normas a través de sus autoridades y procedimientos propios en la solución de sus conflictos y regulación de su vida social, conforme a sus principios y valores culturales. En su dimensión individual significa el derecho de los y las indígenas de acceder a los sistemas e instituciones establecidos en su pueblo indígena originario campesino y en igualdad de condiciones y oportunidades acceder a sus autoridades para la resolución de sus conflictos».

2.2. Quadro normativo internazionale ed interno

La costruzione ed attuazione della giustizia plurale – la «*verdadera descolonización de la justicia*» cui allude la giurisprudenza del *TCP*⁴⁹ – è una delle principali innovazioni apportate dalla *CPE* e postula il recupero, la rivalutazione e l'incorporazione di principi, valori e pratiche della giustizia indigena.

Il diritto delle comunità indigene all'esercizio dei loro sistemi di giustizia è stato sviluppato dal sistema interamericano (e internazionale) di promozione e protezione dei diritti umani. L'articolo 27 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* riconosce la diversità culturale come un diritto umano fondamentale. Gli articoli 8-12 della *Convenzione n. 169 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO) sui diritti dei popoli indigeni e tribali* garantiscono la diversità culturale nell'amministrazione della giustizia, sancendo il diritto per i popoli indigeni di «conservare le proprie consuetudini ed istituzioni, in quanto esse non siano incompatibili con i diritti fondamentali definiti dal sistema giuridico nazionale e con i diritti dell'uomo riconosciuti a livello internazionale» (articolo 8). La *Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene* stabilisce garanzie rafforzate per il rispetto della diversità culturale (articolo 13) e del pluralismo giuridico (articolo 35). Le *regole di Brasilia sull'accesso alla giustizia per le persone in condizioni di vulnerabilità* – adottate al XIV vertice giudiziario Ibero-americano – impongono agli Stati il dovere di stabilire misure positive per neutralizzare le barriere di accesso alla giustizia che i popoli indigeni incontrano (regola 9); la possibilità di esercitare il proprio diritto e l'amministrazione della propria giustizia in armonia con la giustizia dello Stato (regola 48); il ricorso a perizie culturali per l'interpretazione dei loro diritti, all'assistenza degli interpreti e la possibilità di rivolgersi ai tribunali nella loro lingua (regola 49); l'osservanza delle loro pratiche culturali nel quadro del rispetto della loro cosmovisione (regola 79).

La nuova Costituzione boliviana amplia i diritti dei popoli indigeni sacramentati negli strumenti internazionali citati, contemplando espressamente i principi della plurinazionalità, della libera determinazione delle popolazioni indigene e dell'interculturalità (articoli 1, 30 e 98), in base ai quali: riconosce il pluralismo giuridico egualitario (articolo 179) e tutela i sistemi giuridici delle nazioni indigene come parte delle loro istituzioni ancestrali (articoli 1, 2, 30.II, 190); indica le linee guida per la definizione della competenza personale e territoriale della giurisdizione indigena (definita *jurisdicción indígena originario campesina* o *JIOC*, articolo 191), stabilendo i limiti costituzionali di quest'ultima nel rispetto del «diritto alla vita, il diritto alla difesa e altri diritti e garanzie stabiliti nella Costituzione» (articolo 190.II); modifica la formazione del *TCP*, promuovendo l'elezione⁵⁰ di magistrati in rappresentanza del sistema indigeno originario contadino (articoli 197-199), attribuendo alla competenza del *TCP* stesso le violazioni dei diritti perpetrate nell'esercizio della giurisdizione indigena

⁴⁹ Si vedano nuovamente le *DCP* 0009/2013 e 0013/2013.

⁵⁰ A mente dell'articolo 197.I il *TCP* è elettivo: «Il Tribunale Costituzionale Plurinazionale è formato da magistrati eletti con criteri di plurinazionalità, con rappresentanza del sistema ordinario e di quello indigeno originario contadino».

(articoli 196 e 202); sancisce, infine, il dovere dello Stato di rafforzare l'esercizio della *JIOC*, riservando l'indicazione dei meccanismi di coordinamento e cooperazione tra la giurisdizione indigena, quella agroambientale e quella ordinaria ad una Legge di Determinazione Giurisdizionale (articolo 192).

La funzione giudiziaria unica (articolo 179.I) e il pluralismo giuridico egualitario (articolo 179.II) rappresentano alcune delle questioni più dibattute in sede d'Assemblea costituente (2006-2007). Il dibattito ha riguardato soprattutto l'effettiva portata della giurisdizione indigena: le controversie (competenza materiale), i soggetti (competenza personale) e i territori (competenza territoriale) ad essa concretamente sottoposti, nonché i meccanismi di coordinamento e cooperazione tra le diverse giurisdizioni riconosciute.

La formulazione finale dell'articolo 179 *CPE* riflette queste contrapposizioni, rinviando la demarcazione dei confini competenziali intergiurisdizionali ad una legge ordinaria: la *Ley N.º 73 de Deslinde Jurisdiccional* – promulgata nel 2010 ed entrata in vigore nel 2011 – ben lungi dall'aver dato risposta ai problemi e alle sfide poste dalla pariordinazione di giurisdizioni nello Stato plurinazionale, ha tradito sostanzialmente il mandato costituente, comprimendo la portata operativa del principio del *pluralismo jurídico igualitario*.

Il progetto originario (*anteproyecto*) della *Ley de Deslinde* fu elaborato dal *Viceministerio de Justicia Indígena Originario Campesina (VMJIOC)*, in cooperazione con le cinque principali organizzazioni indigene boliviane, riunite in un *Comité Impulsor de la Justicia Indígena Originario Campesina*: tra maggio e ottobre 2010, il *VMJIOC* ha dato impulso ad un processo di consultazione senza precedenti sul contenuto del disegno di legge.

L'accordo, raggiunto il 6 ottobre 2010, portò alla presentazione del disegno di legge all'Assemblea Legislativa Plurinazionale: tuttavia, le modifiche apportate in sede di discussione parlamentare non furono sottoposte nuovamente al processo di consultazione con le organizzazioni indigene. Il testo finale della *Ley de Deslinde* non corrisponde, per questo motivo, agli accordi stipulati tra il *VMJIOC* e le principali organizzazioni indigene del paese, ed in particolare le competenze della *JIOC* hanno subito notevoli stravolgimenti.

L'articolo 10 della *Ley de Deslinde* ha, infatti, drasticamente ridotto la competenza materiale della giurisdizione indigena, che non si estende ai seguenti argomenti: in materia penale, reati contro il diritto internazionale, reati per crimini contro l'umanità, crimini contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato, reati di terrorismo, reati fiscali e doganali, reati di corruzione o qualsiasi altro crimine la cui vittima sia lo Stato, la tratta e il traffico di persone, il traffico di armi e il traffico di droga. Crimini commessi contro l'integrità fisica di bambini e adolescenti, i crimini di stupro o omicidio; in materia civile, qualsiasi processo in cui lo Stato sia una parte o un terzo interessato, attraverso la sua amministrazione centrale, decentralizzata, autonoma e quelli relativi al diritto di proprietà; ogni controversia di diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritto tributario, diritto amministrativo, diritto minerario, diritto degli idrocarburi, diritto forestale, diritto informatico, diritto internazionale pubblico e privato e diritto agrario, ad eccezione della distribuzione interna di terreni in comunità che godono di

proprietà collettiva sugli stessi; una norma di chiusura, infine, esclude dall'ambito di vigenza materiale della *JIOC* le materie riservate dalla *CPE* e dalla legge alle giurisdizioni ordinaria, agroambientale e alle altre legalmente riconosciute. L'eshaustività dell'elencazione non lascia adito a dubbi sull'incostituzionalità della *Ley de Deslinde*. Altro profilo di rilevante criticità emerge dai meccanismi di coordinamento e cooperazione intergiurisdizionale individuati dagli articoli 13 e 14 del provvedimento in esame. La natura generica ed enunciativa di queste disposizioni non consente, date le diverse matrici culturali delle giurisdizioni indigene, agro-ambientali e speciali, la risoluzione delle difficoltà operative che il regime pluralistico egualitario comporta.

L'articolo 13 sancisce che il coordinamento tra tutte le giurisdizioni potrà essere eseguito in forma orale o scritta, nel rispetto delle loro particolarità; l'articolo 14 elenca alcuni possibili meccanismi di coordinamento: «sistemi di accesso trasparenti alle informazioni sui fatti e sui precedenti delle persone; spazi per il dialogo sull'applicazione dei diritti umani; spazi per lo scambio di esperienze sui metodi di risoluzione dei conflitti; altri meccanismi di coordinamento che potrebbero emergere in applicazione di questa legge».

L'articolo 15 stabilisce il dovere di cooperazione reciproca tra giurisdizioni, mentre l'articolo 16 stabilisce le condizioni in cui devono essere sviluppati i meccanismi di cooperazione, determinando: il dovere delle autorità verso le richieste delle autorità indigene e il dovere delle autorità indigene di fornire cooperazione alla giurisdizione ordinaria e agroambientale. Ancora una volta, si tratta di contenuti generici privi di corollari operativi.

L'articolo 17 sanziona l'obbligo di coordinamento e cooperazione, sancendo la sua omissione come grave infrazione disciplinare nella giurisdizione ordinaria, agroambientale e speciale.

Poiché non sono stati sviluppati strumenti operativi in grado di garantire l'effettiva applicazione dei meccanismi proposti nella norma, si è suggerito, sull'esempio di altre esperienze dell'area iberoamericana⁵¹, l'incorporazione di protocolli di coordinamento intergiurisdizionale.

Le autorità statali, nonostante i numerosi inviti della comunità internazionale e delle organizzazioni indigene, non hanno promosso né presentato un ricorso di incostituzionalità contro la *Ley de Deslinde*: né l'Assemblea Legislativa Plurinazionale né l'esecutivo hanno preso alcuna iniziativa per il suo adeguamento costituzionale.

In circa dieci anni di vigenza della *CPE*, il pluralismo giuridico egualitario ed il coordinamento intergiurisdizionale promessi dal costituente non hanno trovato effettiva implementazione.

2.3. Criticità, difficoltà implementative e rassegna giurisprudenziale

Autori boliviani come Molina sottolineano criticamente come la *Ley de Deslinde* non stabilisca «meccanismi appropriati per la cooperazione e il coordinamento tra le due giurisdizioni nel quadro del pluralismo giuridico egualitario sancito a livello

⁵¹ Si rinvia al successivo 2.4. per la disamina del protocollo di cooperazione intergiurisdizionale implementato in Perù.

costituzionale»⁵², proponendo l'istituzione di tribunali misti composti da giudici ordinari e autorità indigene per istituzionalizzare il dialogo interculturale tra operatori provenienti da diverse matrici e garantire l'accesso alla giustizia.

Prosegue affermando la fondamentale importanza della sistematizzazione della giurisprudenza ordinaria, agroambientale ed indigena nel processo di coordinamento e cooperazione intergiurisdizionale. L'implementazione di un regime effettivamente interlegale richiede che tutti gli operatori, ai vari livelli delle diverse giurisdizioni, acquistino familiarità con i sistemi di giustizia indigeni, implementando meccanismi di coordinamento e cooperazione che possano concretamente condurre alla mutua fecondazione delle pronunce delle diverse giurisdizioni.

In dottrina italiana, Baldin ha acutamente criticato la matrice coloniale del provvedimento in esame: «mentre la costituzione fissa un minimo giuridico da interpretarsi interculturalmente, nella *Ley* si predilige un linguaggio spiccatamente coloniale. Il legislatore non è incline a un dialogo trasformativo di messa a confronto dei diversi punti di vista per ricercare formule più sensibili e rispettose della cultura tradizionale, qui presentata come veicolo di possibili atti discriminatori e di brutalità»⁵³.

La comunità internazionale ha denunciato l'incostituzionalità della *Ley de Deslinde* in più di un'occasione. Nel 2011 il *Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani (OHCHR)* – pur accogliendo «con favore la nuova Costituzione del 2009, risultato di un processo che ha abbracciato i settori della popolazione storicamente esclusi»⁵⁴ – ha sollevato preoccupazioni circa «la mancanza di chiarezza nella *Ley de Deslinde* per quanto riguarda i livelli e i meccanismi di coordinamento e cooperazione tra il sistema di giustizia indigeno e gli altri sistemi giudiziari nello Stato», rilevando che «in quanto le controversie territoriali non sono incluse nel campo di applicazione della giurisdizione indigena, tale sistema non è in linea con la Costituzione [...] e non corrisponde alla reale situazione di coesistenza tra le persone indigene e non indigene», raccomandando infine che «lo Stato preveda la modifica della *Ley de Deslinde*».

L'inerzia dell'*Asamblea Legislativa Plurinacional* ha comportato il forte attivismo del *Tribunal Constitucional Plurinacional* che ha, nel 2013, pronunciato una storica sentenza per l'adeguamento costituzionale della *Ley de Deslinde* (*SCP 26/2013*⁵⁵): muovendo dall'interpretazione dell'articolo 2 *CPE* giunge ad affermare la “antecedenza” della giurisdizione indigena alla giurisdizione ordinaria, escludendo ogni logica di “paternalismo” nella cooperazione e coordinazione prevista dall'articolo 192.

⁵² R. Molina Rivero, *La articulación de dos sistemas jurídicos: propuesta para una Ley de Deslinde Jurisdiccional*, La Paz, 2009, 104.

⁵³ S. Baldin, *Giustizia indigena e giustizia costituzionale interculturale nell'ordinamento boliviano*, in C.A. d'Alessandro, C. Marchese (eds.), *Ius Dicere in a Globalized World: Volume I*, Roma, 2018, 379.

⁵⁴ (OHCHR), CERD/C/BOL/CO/17-20, par. 22.

⁵⁵ Si rinvia all'articolo di Baldin da ultimo citato, per l'accurata analisi del ruolo del TCP e della sua giurisprudenza.

L'interpretazione della *Ley de Deslinde* – prosegue la pronuncia – «deve effettuarsi in maniera tale che quanto sottratto alla giurisdizione indigena risulti da un'interpretazione sistematica del testo costituzionale [...] da cui traspaia in modo evidente e chiaro la protezione di un bene giuridico di entità nazionale o internazionale nel caso concreto».

L'*Alto commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani* ha nel 2014 lodato la sentenza citata perché rispetta le raccomandazioni del *Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale* e perché avvia il processo di adeguamento costituzionale della *Ley de Deslinde* per il tramite della giurisprudenza del *TCP*.

La successiva pronuncia *SCP 37/2013* ha individuato nel *Tribunal Constitucional Plurinacional*, l'«istituzione incaricata di esercitare il controllo su tutte le giurisdizioni e, in generale, su tutti gli organi del potere pubblico, muovendo dal dialogo interculturale che si intavola in quest'organo, che vede la rappresentazione dei due sistemi di giustizia, ordinario e indigeno». Nella *SCP 363/2014*, il *TCP* rinforza ulteriormente la sua centralità nella risoluzione dei conflitti intergiurisdizionali, chiarendo che «i diritti dei popoli indigeni sono preesistenti allo Stato e non dipendono da alcuna volontà statale, ragione per cui l'esercizio delle loro funzioni di autocomposizione [...] si esprimono con la stessa intensità anche senza aver formalizzato la costituzione dell'ente locale come *autonomía indígena originaria campesina*, non necessaria ai fini dell'esercizio della funzione giudiziaria propria. Fermo restando il riconoscimento della giurisdizione indigena tra le forme di esercizio della funzione giudiziaria unica, si rende necessario garantirla per mezzo di meccanismi che ne impediscano il disconoscimento o il superamento dei suoi limiti. [...] il costituente ha previsto i conflitti di competenza tra la giurisdizione indigena e la giurisdizione ordinaria e agroambientale [...] come strumento [...] di protezione dell'esercizio materiale del diritto [...] all'autodeterminazione [...] con un'evidente trascendenza costituzionale». Lo stesso principio del giusto processo – a mente della *SCP 486/2014* – «non va inteso in termini occidentali quando si analizza lo svolgimento di un processo della giurisdizione indigena. [...] Quando vengono presentate denunce di lesioni in relazione alle sanzioni comminate dalla giurisdizione indigena, l'analisi deve concentrarsi sull'effettiva possibilità per l'imputato di esercitare il suo diritto alla difesa e sull'effettivo pregiudizio recato dalla sanzione imposta al suo diritto alla vita, alla dignità e all'integrità fisica».

Il *Centro de Investigaciones Sociales (CIS)* ha di recente formulato raccomandazioni e linee guida per assicurare «l'avanzamento dell'implementazione del principio del pluralismo giuridico nel paese»⁵⁶: l'approvazione di una politica nazionale di potenziamento della giurisdizione indigena; l'adeguamento costituzionale della *Ley de Deslinde Jurisdiccional*; l'approvazione di politiche istituzionali di coordinazione e cooperazione tra la

⁵⁶ Oficina en Bolivia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Sistema judicial boliviano: Estado de situación, buenas prácticas y recomendaciones para el trabajo en el sector, desde el enfoque de derechos humanos, Centro de Investigaciones Sociales (CIS) de la Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia*, La Paz, 2017, 215.

giurisdizione indigena e ordinaria; il monitoraggio del lavoro del *Tribunal Constitucional Plurinacional* in materia di giurisdizione indigena.

A tali condivisibili proposte – cui si è dedicata la disamina dianzi svolta – va affiancato l’apporto fornito dall’analisi comparata di alcune *best practices* emergenti nelle esperienze dell’area iberoamericana.

2.4. Il protocollo intergiurisdizionale peruviano

La *Constitución Política del Perú* riconosce a ogni persona il diritto fondamentale all’identità etnica e culturale, attribuendo allo Stato il dovere di proteggerlo (articolo 2, paragrafo 19). Nel caso specifico dei membri delle comunità contadine, delle comunità indigene e delle *rondas* contadine, il precedente postulato è integrato dall’attribuzione di funzioni giurisdizionali alle loro organizzazioni nel rispettivo ambito territoriale, in conformità con le consuetudini e a condizione che i diritti fondamentali siano rispettati. Si affida, infine, ad una legge la responsabilità di specificare la forma in cui questa *giurisdizione speciale* si coordina con il potere giudiziario (articolo 149).

In ossequio a tale mandato costituzionale è in discussione una *Ley de Coordinación intercultural de la justicia*, mentre è in vigore dal 2013 – come norma regolamentare approvata dal *Consejo Ejecutivo del Poder Judicial* – il *Protocolo de coordinación entre sistemas de justicia*.

Il Protocollo include principi come il coordinamento e la cooperazione, che stabiliscono la ricerca di interazione tra le autorità sia della giurisdizione speciale che della giurisdizione ordinaria, per cercare di ridurre i conflitti e assicurare una protezione giurisdizionale efficace per la popolazione; stabilisce, inoltre, le responsabilità e i doveri delle autorità di entrambe le giurisdizioni, garantendo l’esercizio delle loro funzioni nel quadro dei principi di reciprocità e flessibilità. Oltre a determinare le competenze, territoriali, personali e materiali, il funzionamento del coordinamento per la risoluzione dei conflitti, il riconoscimento reciproco delle azioni e delle decisioni, i meccanismi di sostegno istituzionale, le azioni di cooperazione e il coordinamento intergiurisdizionale, il Protocollo fissa i seguenti principi generali: complementarietà e riconoscimento delle risoluzioni (ciò che viene deciso da un organo di una giurisdizione è riconosciuto ed eseguito dagli organi delle altre, acquisendo il valore di giudicato); consultazione permanente tra le autorità delle diverse giurisdizioni; scambio reciproco di esperienze e conoscenze tra i sistemi giudiziari che coesistono in un’area geografica specifica.

Con gli opportuni adattamenti, un simile protocollo ben si presterebbe al contesto boliviano, in particolar modo per dirimere i conflitti competenziali che – soprattutto in materia agraria – affliggono l’interazione tra la giurisdizione agroambientale ed indigena.

3. La voce “inascoltata” del *nuevo constitucionalismo* boliviano: un’implementazione *de paso corto y mirada larga*. Notazioni conclusive

A soli dieci anni dalla sua promulgazione, ogni giudizio sull’effettiva implementazione della nuova Costituzione boliviana risulterebbe affrettato e necessariamente provvisorio. Parafrasando Pegoraro, l’economia (globale) è veloce, il diritto (costituzionale) lento e la cultura (costituzionale) lentissima⁵⁷: stemperati ormai i primi entusiasmi – manifestati a ridosso della promulgazione delle carte del *nuevo constitucionalismo* – la dottrina costituzional-comparatistica può adottare uno sguardo più presbite nel seguire la parabola implementativa della *CPE* boliviana, con particolare riguardo al paradigma plurinazionale da essa sacramentata.

Di quest’ultimo è ineliminabile corollario il pluralismo giuridico egualitario, allo stato attuale un mandato costituzionale “inascoltato” – come sommariamente dimostrato nel presente lavoro – ben lungi dal conseguire un’effettiva e soddisfacente implementazione, se non in quelle regioni che hanno condotto con successo la transizione verso l’*autonomía indígena originario campesina*, mediante l’elaborazione degli *estatutos autonómicos* consentiti dalla Costituzione⁵⁸.

Negli spazi interstiziali aperti dall’inerzia della politica, si registra l’attivismo, non solo giurisprudenziale, del *Tribunal Constitucional Plurinacional* – organizzatore di più edizioni dell’*Encuentro de autoridades de justicia indígena originario campesina y el Tribunal Constitucional Plurinacional* – nonché di attori privati e internazionali.

L’agenda politica è, allo stato, dominata dall’assorbente questione della quarta rielezione del Presidente Morales⁵⁹, evento cui potrebbe subordinarsi la tenuta dell’intero progetto plurinazionale e democratico tracciato dalla *CPE*.

Non può che concludersi “rinviando” ogni ulteriore considerazione all’esito della prossima tornata di *elecciones generales*, prevista per il mese d’ottobre del 2019, invitando intanto la dottrina a considerare con maggior attenzione – in un momento storico di ridiscussione della plurinazionalità nel dibattito spagnolo⁶⁰ – il laboratorio boliviano, nella graduale costruzione della sua plurinazionalità. Dall’architettura costituente all’ingegneria costituzionale interculturale: *de paso corto y mirada larga*.

⁵⁷ L. Pegoraro, *Introduzione metodologica*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2016, 26.

⁵⁸ Si veda F. Scionti, *Pluralismo giuridico e pratica giuridica indigena. Il caso dei Guarani del Chaco Boliviano*, in *EtnoAntropologia*, 4 (2016).

⁵⁹ Consentita proprio da un’operazione ermeneutica *contra constitutionem* del TCP: si veda SCP 0084/2017 e i precedenti citati mediante il ricorso alla comparazione: Res. 2003-02771, *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia* (Costa Rica 2003); *Sentencia No. 06, Jueves, 30 de Septiembre de 2010, Corte Suprema de Justicia* (Nicaragua 2010); *F-165, 23 de Abril de 2015, Corte Suprema de Justicia – Sala de lo Constitucional* (Honduras 2015).

⁶⁰ P. Iglesias et al., *Repensar la España plurinacional*, Barcelona, 2017.