IUS DICERE IN A GLOBALIZED WORLD

VOLUME ONE

Edited by
Chiara Antonia d'Alessandro
Claudia Marchese

Studies in Law and Social Sciences 3

Studies in Law & Social Sciences

3

IUS DICERE IN A GLOBALIZED WORLD

A COMPARATIVE OVERVIEW

VOLUME ONE

Edited by

CHIARA ANTONIA D'ALESSANDRO

CLAUDIA MARCHESE

RomaTrE-Press

2018

Questo volume è stato realizzato con il contributo finanziario del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre e della Associazione Italiana di Diritto Comparato

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: Mosquito mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: RomaTrE-Press ©
Roma, marzo 2018
ISBN: 978-88-94885-96-5

http://romatrepress.uniroma3.it

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.

Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza

Studies in Law & Social Sciences

La collana è diretta da

Guido Alpa • Carlo Angelici • Adolfo di Majo • Nicolò Lipari
Salvatore Mazzamuto • Pietro Rescigno

Coordinatore

Andrea Zoppini

Comitato Scientifico

Mads Andenas; William Burke-White; Emanuele Conte; Luca Enriques; Jorg Fedtke; Giuseppe Grisi; Andrea Guaccero; Martijn Hesselink; Francesco Macario; Giulio Napolitano; Antonio Nicita; Giorgio Resta; Giacomo Rojas Elgueta; Pietro Sirena; David A. Skeel; Noah Vardi; Anna Veneziano; Vincenzo Zeno-Zencovich.

La collana *Studies in Law and Social Sciences* intercetta nuove frontiere nello studio del diritto italiano, del diritto di matrice europea e poi del diritto comparato e transnazionale. In questa prospettiva, ospita lavori che propongono una nuova lettura delle fonti del diritto, dei fenomeni giuridici, dei rapporti fra diritto e società, osservati sia con i tradizionali strumenti ermeneutici e sistematici del giurista, sia attraverso il prisma conoscitivo delle scienze sociali. La collana, aperta a lavori redatti anche in lingue straniere, è pubblicata su una piattaforma editoriale digitale *open access*.

The Roma TrE-Press Studies in Law and Social Sciences Series *sets itself at the crossroads of research in Italian and European law, and of comparative and transnational legal studies. It publishes groundbreaking work on legal issues, on sources of law and on the interactions between law and society. This perspective is pursued not only by using traditional tools of legal scholarship, but also through the application of the "Law and…" methodology. The series publishes studies in Italian and foreign languages and is hosted on an open access digital platform.*

Indice

Volume I

INTRODUZIONE
Tommaso Edoardo Frosini 1
Vincenzo Zeno-Zencovich 7

PARTE I
IUS DICERE

GIUDICI E GIURISDIZIONE

Giorgia Pavani, *Il potere giudiziario. Un capitolo latente nella manualistica contemporanea* 15

Andrea Pin, Stare decisis *e argomentazione giuridica. La logica del* common law *e il diritto sovranazionale europeo* 41

DIRITTI FONDAMENTALI, VALORI COSTITUZIONALI E LEGGE

Francesco Clementi, *Non tutto lo* jus dicere *passa dalle sentenze: la tutela dei diritti fondamentali e la rete europea dei Consigli di Giustizia* 55

Andrea Fusaro, *Il notaio esercita attività giurisdizionale?* 69

Ferruccio Auletta, *L'introduzione del principio costituzionale di equilibrio nel bilancio dello Stato: per un ripensamento dei valori nell'ordinamento della giustizia pubblica* 91

Gustavo Tepedino, *Teoria dell'interpretazione e rapporti privati: la ragionevolezza e il ruolo del giudice nella promozione dei valori costituzionali* 97

Francesco Duranti, *Corti e Parlamenti. Dialoghi, confronti, comparazioni* 115

Francesca Benatti, *La legittimità delle Corti Supreme nell'età della globalizzazione* 143

GIURISDIZIONE E SOCIETÀ

Giuseppe Rossi, *The Search for the "Workable Legal Precept" In a Context of Incoherence and Uncertainty: Reflections on Roscoe Pound's Theory of Judicial Empiricism from a European Perspective.* 157

Paolo Passaglia, *La comunicazione istituzionale degli organi di giustizia costituzionale, tra ricerca di legittimazione e rivisitazione della tradizione. Appunti per una ricerca* 183

Michele Sapignoli, *Corti di giustizia e opinione pubblica: la fiducia nei sistemi giudiziari europei* 205

Mia Caielli, *The Role of Civil Society in Human Rights and Constitutional Adjudication. Some concerns about "Judicial lobbying"* 235

Hagen Henrÿ, *Who makes the law? Parliaments, Governments, Courts or Others? Social Justice throught Cooperatives at Stake* 251

Chiara Gallese – Daniela Besozzi, *Le sentenze antiscientifiche: un mito creato dai media* 261

Mauro Grondona, *Fiducia nel diritto, fiducia nel giudice, teoria democratica (con uno sguardo su Hayek:* 'The Political Order of a Free People'*)* 295

GIURISDIZIONE E SOCIETÀ: LA PROSPETTIVA LATINO-AMERICANA

Raffaele Volante, *La proprietà collettiva indigena e la sua dimensione di* ius dicere 321

Serena Baldin, *Giustizia indigena e giustizia costituzionale interculturale nell'ordinamento boliviano* 359

Pablo Moreno Cruz, *Plurisoggettività delle violazioni dei diritti fondamentali e l'azione di tutela: il caso colombiano* 393

Alberto Vespaziani, Jus dicere in Terrae Brasilis: *Politica, Ermeneutica, Letteratura* 415

Volume II

PARTE II
...IN A GLOBALIZED WORLD

GIUDICI E GLOBALIZZAZIONE

Gary Lawson – Guy Seidman, *Deference and National Courts in the Age of Globalization: Learning, Applying and Deferring to Foreign Law* 431

Anna Mastromarino, *Separazione linguistica o comunitarismo giurisdizionale? Ragionando di* Reflective judiciary *in Belgio* 459

Luigi Fumagalli, *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento sportivo internazionale tra strumenti privati e funzioni pubbliche* 485

Francesco Contini, Alina Ontanu, Marco Velicogna, *How many cases? Assessing the comparability of EU Judicial datasets* 497

PROCESSO CIVILE, CLASS ACTION, ADR

Fabio Santangeli, *Norme processuali nelle giurisdizioni statali tra prassi, regole e principi nel mondo occidentale* 539

Piervincenzo Pacileo, Online dispute resolution: *la "piattaforma UE" come nuovo modello di internet jurisdiction* 599

Alessandro Palmieri, *Consumatori, tutela collettiva, arbitrato: di miti (americani) infranti e timidi risvegli (europei)* 637

Giacomo Pailli – Cristina Poncibò, *The transformation of Consumer Law Enforcement: an Italian perspective* 653

Salvatore Casabona, *Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall'*Alternative Dispute Resolution *all'*Alien Dispute Resolution 691

Koesrianti Koesrianti, *Legalization and Adjudicative Legitimacy of the ASEAN Trade Dispute Settlement Mechanism* 725

Cesare Galli, *The Unified Patent Court and its Rules of Procedure, between EU and National Laws and Jurisdictions* 753

Ergun Özsunay, *Involvement of the laypersons in the Turkish adjudication system* 763

NOVA REMEDIA DEL POTERE GIURISDIZIONALE

Lucia Scaffardi, Iudex peritus peritorum? *L'utilizzo del DNA nel processo penale e il ruolo del giudice* 779

Nicola Brutti, *Funzione "espressiva" del rimedio: un dialogo tra giudice e comunità* 801

Enrico Maestri, *Giurisdizione e rete: effettività* versus *legalità?* 819

Indice degli Autori 851

Serena Baldin*

Giustizia indigena e giustizia costituzionale interculturale nell'ordinamento boliviano

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva - 2. L'etno-sviluppo - 3. La decolonizzazione nel sistema costituzionale boliviano - 3.1. Lo Stato plurinazionale - 3.2. Lo Stato interculturale - 4. Le fonti delle comunità autoctone e la giustizia indigena - 5. I criteri di coordinamento fra la giustizia indigena e le altre giurisdizioni - 5.1. I limiti e gli ambiti di esercizio della giustizia indigena - 5.2. La legge di delimitazione giurisdizionale - 6. Le funzioni del Tribunale costituzionale plurinazionale relative all'autoctonia - 6.1. La risoluzione dei conflitti di attribuzione fra giustizia indigena e altre giurisdizioni - 6.2. La *consulta* – 6.3. Il controllo costituzionale preventivo sui progetti di statuti delle comunità indigene - 7. L'America Latina fra *nuevo constitucionalismo* ed egemonia delle categorie giuridiche occidentali.

1. *Premessa introduttiva*

La costituzione boliviana del 2009 affonda le radici nella decolonizzazione assurta a ideologia del paese. Il nuovo ordinamento sorge dai progetti per un diverso modello statale provenienti dai gruppi indigeni emarginati dallo Stato monista precedente. Il presente contributo rivolge l'attenzione alla disciplina della giustizia indigena e alle funzioni del *Tribunal Constitucional Plurinacional* che incidono nella sfera dell'autoctonia per testare la solidità dell'impianto costituzionale. In via introduttiva giova specificare quali siano i caratteri distintivi dei popoli indigeni (§ 1) e delineare brevemente il significato dell'etno-sviluppo nel dibattito latino-americano (§ 2), onde poi comprendere l'imperativo decoloniale che ha forgiato il nuovo Stato boliviano, di tipo plurinazionale e interculturale (§ 3). Da ciò discendono tutta una serie di disposizioni relative ai diritti dei gruppi autoctoni nonché la pariordinazione della giustizia nativa a quella ordinaria, con riflessi anche

* Professore associato di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Trieste, Dipartimento di Scienze politiche e sociali.

sulle funzioni dell'organo di giustizia costituzionale (§§ 4, 5, 6), impegnato a forgiare metodi interpretativi interculturali per ridurre la distanza fra il diritto egemone di matrice occidentale e il diritto ctonio (§ 7).

I popoli indigeni, oltre a essere in genere numericamente inferiori al resto della popolazione di uno Stato, si connotano per avere subìto un processo di sovrapposizione da parte di un altro gruppo, che si configura come dominante. Gli autoctoni si considerano distinti dal resto della società e sono determinati a conservare, sviluppare e trasmettere alle future generazioni la loro identità etnica. In tutti i continenti presentano alcune caratteristiche comuni: una dipendenza molto stretta con i propri territori ancestrali e le risorse naturali; l'uso di un idioma diverso da quello nazionale; la produzione prevalentemente basata sulla sussistenza; la posizione svantaggiata come gruppo sociale; il mantenimento delle proprie istituzioni sociali e politiche[1]. Inoltre, assieme all'elemento della continuità storica[2], il fattore che li contraddistingue è l'auto-identificazione. Indigeno è un individuo che appartiene a una di queste popolazioni mediante auto-identificazione (coscienza di gruppo) ed è riconosciuto e accettato dalla comunità quale suo componente (accettazione da parte del gruppo)[3].

In ambito internazionalistico si sono compiuti sostanziali passi in avanti in ordine al riconoscimento dei diritti di tali popoli. Gli atti più significativi di questo percorso sono la Convenzione n. 169 adottata dalla conferenza generale dell'Organizzazione internazionale del lavoro nel 1989, espressamente dedicata ai popoli indigeni e tribali[4], e la Dichiarazione delle Nazioni unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007 che, pur non essendo giuridicamente vincolante, rappresenta un fondamentale punto di arrivo nel processo

[1] Cfr. C. Echavarría, *Reflexión sobre el sentido de territorio para los pueblos indígenas en el contexto del ordenamiento territorial y el desarrollo minero*, in R.C. Villas-Bôas, R. Page (coord.), *La minería en el contexto de la ordenación del territorio*, III ed., Cnpq/Cyted, Rio de Janeiro, 2001, p. 225. Per una distinzione fra il concetto di popolo indigeno e quello di minoranza, v. R. Pisillo Mazzeschi, *La normativa internazionale a protezione dei popoli indigeni*, in A.L. Palmisano, P. Pustorino (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Iila, Roma, 2008, pp. 19 ss.

[2] La continuità storica può consistere nel mantenimento, per un lungo e ininterrotto periodo di tempo, di uno dei seguenti fattori: l'occupazione di terre ancestrali, o almeno di una parte di esse; l'ascendenza comune con i primi abitanti delle terre; la cultura in generale, o alcune sue manifestazioni; la lingua o la residenza in specifiche regioni del mondo.

[3] Cfr. il c.d. Rapporto Cobo del 1983 stilato per conto dell'Onu, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Population*, in http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/mcs_xxi_xxii_e.pdf.

[4] Tale atto fa seguito alla Convenzione Oil, n. 107/1957, connotata da un approccio di tipo paternalistico verso i popoli indigeni, incentrato sull'assimilazione. Cfr. M. Mazza, *La protezione dei popoli indigeni nei Paesi di common law*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 8 ss.

di riconoscimento dei diritti di questi gruppi[5].

A fornire una definizione di popolo indigeno è la Convenzione, ove si statuisce che i popoli tribali «*si distinguono dalle altre componenti della comunità nazionale per le condizioni sociali, culturali ed economiche, e che si reggano totalmente o parzialmente secondo le consuetudini o le tradizioni loro proprie, ovvero secondo una legislazione speciale*» (art. 1, c. 1, lett. a). Vi si aggiunge poi che sono considerati indigeni i popoli che discendono «*dalle popolazioni che abitavano il Paese, o una regione geografica cui il Paese appartiene, all'epoca della conquista, della colonizzazione o dello stabilimento delle attuali frontiere dello Stato, e che, qualunque ne sia lo status giuridico, conservano le proprie istituzioni sociali, economiche, culturali e politiche, ovvero alcune di esse*» (lett. b). Il criterio dell'auto-identificazione si rinviene al c. 2, nei termini di un «*sentimento di appartenenza indigena o tribale*».

Diversamente, la Dichiarazione del 2007 rinvia al solo criterio della auto-identificazione (art. 33), essendo emersa nel corso dei dibattiti sul progetto l'opposizione ad altre formule definitorie. Da una parte, si sostiene che se il concetto di popolo indigeno si basasse su criteri volti a preservare l'identità etno-culturale e l'organizzazione delle comunità native, si potrebbero riconoscere soltanto i gruppi che siano riusciti a conservare tali tratti. Dall'altra, si segnala che se la tutela internazionale si apprestasse solo alle comunità i cui antenati vissero in determinate aree in epoca anteriore alla colonizzazione o alla conquista, potrebbero rimanere esclusi quei popoli africani e asiatici che non subirono l'assoggettamento europeo[6].

Con particolare riguardo all'ordinamento boliviano, le nazioni e i popoli indigeni originari contadini sono le due categorie di gruppi riconosciute in costituzione, comprensive di «*tutta la collettività umana che condivide identità culturale, lingua, tradizione storica, istituzioni, territorio e cosmovisione, la cui esistenza è anteriore all'invasione coloniale spagnola*»[7]. L'art. 21, c. 1,

[5] Prima della Dichiarazione delle Nazioni unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007, un salto di qualità sotto il profilo delle rivendicazioni era intervenuto con la Dichiarazione di Mataatua del 1993, relativa al diritto alla proprietà culturale e intellettuale dei popoli indigeni.

[6] Si v. M. Mazza, *op. cit.*, pp. 18 ss.

[7] Art. 30, c. I, Cost. Durante i lavori dell'Assemblea costituente i vocaboli *campesinos* e indigeni, talvolta congiunti e talaltra distinti, furono oggetto di numerose discussioni, a causa della sovrapposizione non integrale fra appartenenza etnica e condizione lavorativa. Al contrario, il riferimento sia alla nazione sia al popolo non alimentò contrasti o dubbi di sorta. Secondo Martínez Dalmau, il concetto meta-complesso di "nazioni e popoli indigeni originari contadini" sta a indicare la ricerca di formule di auto-riconoscimento per esprimere a livello linguistico le molteplici identità che ambivano a trovare sede di rappresentanza nel testo costituzionale. Cfr. R. Martínez Dalmau, *Plurinacionalidad y*

Cost. sancisce il diritto all'auto-identificazione culturale, per cui la mera auto-proclamazione di appartenenza a un gruppo autoctono è requisito valido affinché una persona sia considerata tale. In aggiunta, l'identità culturale degli appartenenti a questi gruppi può essere indicata nei loro documenti di identità, su richiesta dei diretti interessati (art. 30, p.to II, c. 3, Cost.).

2. *L'etno-sviluppo*

La succitata Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007 sancisce, *ex* art. 3, il diritto all'auto-determinazione, che si invera nel diritto a determinare liberamente il proprio statuto politico e a perseguire il proprio sviluppo economico, sociale e culturale. Esso non equivale alla rivendicazione dell'indipendenza di un territorio, con la conseguente secessione dallo Stato in cui si trova incorporato, come l'espressione potrebbe far supporre. L'esercizio di tale diritto comprende invece il diritto all'autonomia e all'autogoverno nelle questioni relative ai loro affari interni e locali, e a disporre dei modi e dei mezzi per finanziare le loro funzioni autonome (art. 4)[8].

Un ambito di primaria importanza per mettere alla prova l'effettività dei diritti indigeni, in particolare le forme di autodeterminazione, è quello delle politiche di sviluppo. Per decenni le politiche di governi, istituzioni internazionali e organizzazioni non governative sono state improntate al miglioramento nelle condizioni di vita dei nativi nell'ottica del *desarrollo* (sviluppo). Le azioni prodotte sono state oggetto di aspre critiche e forme di resistenza non solo per la loro inefficacia nello sradicare la povertà, bensì anche per la forte connotazione etnocentrica, di stampo occidentale: i programmi non risultavano adeguati poiché non consideravano le *cosmo-visioni*, le immagini mentali e gli stili di vita indigeni[9].

pueblos indígenas en las nuevas constituciones latinoamericanas, in A. Pigrau Solé (ed.), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 275; S. Schavelzon, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, CEJIS Plural editores, La Paz, 2012, pp. 93 ss.

[8] Cfr. G. Arangio Ruiz, voce *Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)*, in *Enciclopedia Giuridica*, VI, 1988, pp. 1 ss.; R. Cammarata, *I diritti dei popoli indigeni. Lotte per il riconoscimento e principio di autodeterminazione*, in *Sociologia del Diritto*, 1, 2006, pp. 45 ss.

[9] In argomento, v. A. Colajanni, *Introduzione. Le popolazioni indigene e lo sviluppo: azioni, reazioni, interpretazioni*, in A. Colajanni, A. Mancuso, *Un futuro incerto. Processi di sviluppo e popoli indigeni in America Latina*, Cisu, Roma, 2008, p. XI.

L'etnologo Guillermo Bonfil Batalla definisce lo sviluppo in chiave etnica, ossia l'*etnodesarrollo*, come «*l'esercizio della capacità sociale di un popolo di costruire il proprio futuro, sfruttando gli insegnamenti derivati dall'esperienza storica e dalle risorse reali e potenziali della propria cultura, secondo un progetto che si definisca attorno ai rispettivi valori e ideali*». Esso si sostanzia nella facoltà di un gruppo culturalmente differenziato di determinare il proprio specifico tipo di sviluppo, rifuggendo in questo modo da un benessere economico gestito da attori esterni e che va a scapito dei popoli indigeni[10]. Nella *Declaración de San José sobre etnocidio y etnodesarrollo en América Latina* del 1981, l'etno-sviluppo è inteso come un diritto inalienabile dei gruppi indigeni[11].

Negli anni Novanta affiora quella che José Bengoa chiama *emergencia indígena*, ove il termine evoca sia qualcosa che emerge sia qualcosa che va affrontato con urgenza. Il periodo è connotato dalla presenza di nuove identità ed espressioni etniche, dalle domande e dalle rivendicazioni per l'autonomia. Il loro fine è di esaltare l'auto-determinazione politica, economica e culturale all'interno dei rispettivi territori, vale a dire attuare il diritto all'etno-sviluppo. Un'ulteriore svolta nelle lotte per l'*etnodesarrollo* si registra nell'attuale contesto. In Bolivia, Ecuador e Guatemala, ossia dove i nativi rappresentano buona parte della popolazione totale, l'obiettivo è divenuto quello di ottenere il controllo delle istituzioni statali[12]. Contestualmente, la crescita economica come fine incondizionato delle politiche di sviluppo e della riduzione della povertà è stata sostituita dalla nozione e dagli indici di sviluppo umano, che riguardano non solo aspetti legati al reddito pro capite bensì anche istruzione, salute, condizione femminile, e altri fattori.

---

[10] Cfr. G. Bonfil Batalla, *El etnodesarrollo: sus premisas jurídicas, políticas y de organización*, in G. Bonfil *et al.*, *América Latina: etnodesarrollo y etnocidio*, Flacso, San José, 1982, pp. 131 ss.

[11] Il concetto indica «*la ampliación y consolidación de los ámbitos de cultura propia, mediante el fortalecimiento de la capacidad autónoma de decisión de una sociedad culturalmente diferenciada para guiar su propio desarrollo y el ejercicio de la autodeterminación, cualquiera que sea el nivel que considere, e implican una organización equitativa y propia del poder. Esto significa que el grupo étnico es unidad político-administrativa con autoridad sobre su propio territorio y capacidad de decisión en los ámbitos que constituyen su proyecto de desarrollo dentro de un proceso de creciente autonomía y autogestión*». Si vedano i punti 2 e 3 della *Declaración*, reperibile in http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_leginternacional/seminario%20internacional%20sobre%20el%20etnocidio%20y%20el%20etnodesarrollo%20en%20america%20latina.htm.

[12] J. Bengoa, *¿Una segunda etapa de la emergencia indígena en América Latina?*, in *Cuadernos de Antropología Social*, 29, 2009, pp. 8 ss.

Messa da parte la risalente *teoría de la dependencia*, che evidenziava l'inutilità delle politiche internazionali di aiuti ai Paesi sottosviluppati per risolvere le cause strutturali della povertà e metteva in risalto il disegno diseguale dell'economia mondiale con il progressivo aumento del debito e della dipendenza degli Stati e delle fasce di popolazione più povere nei confronti dei Paesi ricchi, attualmente gli esperti del settore segnalano che l'incremento esponenziale delle attività di sfruttamento delle risorse naturali è rivolto a ridurre il debito e la dipendenza dall'aiuto estero piuttosto che la povertà, senza curarsi del rispetto dei diritti territoriali indigeni. Nel rapporto stilato per conto delle Nazioni Unite "*Indigenous peoples and the millennium development goals*" nel 2005, si delinea il concetto di *development aggression*. Esso sottende l'imposizione di progetti e di politiche di sviluppo sotto l'etichetta di modernizzazione o di *nation-building* senza il preventivo e informato consenso dei destinatari. Per i popoli indigeni, tali programmi hanno una incidenza negativa notevole e sono divenuti una delle cause principali dei loro problemi, tanto esigere un cambio di impostazione. I risultati di questa aggressione sono visibili nella distruzione o nella perdita dei territori ancestrali, nella denigrazione delle cosmovisioni indigene, dei loro valori e dei loro sistemi politici, economici e socio-culturali, nonché nello sfollamento forzato, nella diffusione di violenza e nel degrado ambientale[13].

Per contrastare queste tendenze, le elaborazioni politico-giuridiche delle organizzazioni indigene si sono ispirate all'idea di etno-sviluppo. Dal dibattito inaugurato oramai da tempo è dunque emersa la consapevolezza dello stretto legame fra le diverse declinazioni del vivere bene, ossia del vivere con dignità, e il concetto di autonomia, che hanno condotto a ripensare in termini critici le visioni occidentali del benessere e dello sviluppo[14]. Lo "sviluppo con identità" è divenuta la parola d'ordine dei progetti di cooperazione, un approccio assunto anche dalla Banca interamericana per riferirsi a quei processi che comprendono il rafforzamento dei popoli indigeni, l'armonia e l'interazione con l'ambiente, l'uso dei

[13] Non sono solo gli interessi economici legati all'estrazione di minerali preziosi, alle colture intensive, alle deforestazioni, ad avere un impatto devastante sullo stile di vita di questi popoli. Anche il settore dei prestiti per l'educazione è uno strumento fondamentale che alimenta il modello di sviluppo dominante e l'agenda della modernizzazione; in definitiva, è un'ulteriore forma di *development aggression*. Si v. V. Tauli Corpuz, *Indigenous Peoples and the Millennium Development Goals*, 2005, E/C.19/2005/4/Add.13, in http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/Indigenous%20Peoples%20and%20the%20MDGs.pdf.

[14] Per un approfondimento si v. A. Mancuso, *Il diritto all'autodeterminazione dei popoli indigeni e le politiche di sviluppo in America Latina*, in *Archivio Antropologico Mediterraneo on line*, 1, 2013, pp. 103 ss.

territori e delle risorse naturali, l'esercizio dell'autorità e il rispetto dei valori e dei diritti indigeni, tenendo conto delle loro cosmovisioni e dei loro sistemi di governo[15]. Pure la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007 recepisce queste istanze, sancendo che tali gruppi hanno il diritto a determinare e a elaborare le priorità e le strategie al fine di esercitare il proprio diritto allo sviluppo (art. 23)[16]. Un principio ulteriormente ribadito all'art. 32, dove si afferma che gli Stati devono consultarsi e cooperare con i popoli indigeni in modo da ottenere il loro consenso informato prima dell'approvazione di qualsiasi progetto che riguardi le loro terre o altre risorse naturali.

Nell'ordinamento boliviano queste riflessioni si sono tradotte nel riconoscimento costituzionale del *vivir bien* (*suma qamaña* in lingua aymara), teso al pieno accoglimento del *modus vivendi* e dei sistemi di pensiero indigeni nel tessuto giuridico. Il termine indica la vita in armonia con la collettività e con la natura, dove la sfera privata e quella comunitaria, e la sfera materiale e quella spirituale, sono concepite come interdipendenti. Secondo la concezione indigena, tale concetto va inteso in riferimento a un territorio che comprende tre ambiti – la parte coltivata, il bosco e l'acqua – e che costituisce un mondo vitale in cui interagiscono elementi materiali e simbolico-spirituali. Per ottenere le risorse necessarie e per rapportarsi con i tre ambiti, agli individui sono richieste abilità che vengono apprese all'interno del gruppo di appartenenza e nelle quali si riflettono i valori di solidarietà, generosità, reciprocità, armonia[17]. Il diritto a perseguire i propri ideali nelle

[15] Così L. Giraudo, *La questione indigena in America Latina*, Carocci, Roma, 2012, p. 61.

[16] L'art. 23 prosegue affermando che «in particolare, i popoli indigeni hanno diritto a partecipare attivamente all'elaborazione e alla definizione dei programmi relativi a salute, alloggio e alle altre questioni economiche e sociali che li riguardano e, nella misura del possibile, hanno diritto ad amministrare tali programmi mediante le loro rispettive istituzioni».

[17] Il contrario del *vivir bien* è il *mal vivir*, che può verificarsi nella casa, nella comunità, nel territorio. Quest'ultima ipotesi può accadere introducendo valori estranei alla cultura indigena che inducono i soggetti a ricercare beni e risorse per soddisfare aspirazioni egoiste e a sfruttare eccessivamente il territorio, e in definitiva causano lo sfaldamento della comunità. Il *mal vivir* può anche essere generato da fenomeni di urbanizzazione e dal deterioramento ambientale, in particolare dalla distruzione della biodiversità, con l'effetto di privare la cultura autoctona dei suoi elementi simbolico-spirituali. Si v. F. Longato, *Filosofie del buen vivir tra passato e futuro*, in S. Baldin, M. Zago (a cura di), *Le sfide della sostenibilità. Il* buen vivir *andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014, pp. 56 ss.; K. Arkonada, *Mundo: crisis de civilización y vivir bien*, in http://servindi.org/actualidad/18323. Sul significato di *vivir bien* nella costituzione boliviana sia permesso rinviare a S. Baldin, *La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia*, in *Bol.*

sfere politica, sociale, economica e culturale consente a tali comunità di esprimere nella vita quotidiana le proprie modalità di etno-sviluppo, con l'ulteriore garanzia offerta dalla giustizia indigena per preservare tali valori e pratiche correlate.

3. *La decolonizzazione nel sistema costituzionale boliviano*

Lo Stato boliviano «*si fonda sulla pluralità e sul pluralismo politico, economico, giuridico, culturale e linguistico*», ai sensi dell'art. 1, c. 2, Cost. Da ciò consegue il riconoscimento della pluralità di centri di produzione delle fonti, ivi comprese le fonti prodotte dalle comunità indigene, e la pari ordinazione della giustizia ancestrale con la giustizia ordinaria. Il tutto, all'interno di un rinnovato ordinamento che si auto-qualifica plurinazionale e interculturale. L'imperativo decoloniale è alla base di queste trasformazioni, è parte del nucleo ideologico che informa la nuova architettura dello Stato, a partire dal preambolo dove si legge «*Lasciamo nel passato lo Stato coloniale», per aspirare a «costruire una società giusta e armoniosa, fondata sulla decolonizzazione, senza discriminazioni e sfruttamento, con piena giustizia sociale, per consolidare le identità plurinazionali*» (art. 9 Cost.). La decolonizzazione è intesa come «*il processo di ricostruzione territoriale delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini, di costruzione della soggettività e di destrutturazione coloniale*»[18].

Nel denunciare forme più o meno occulte di sapere dominante praticato in sede politico-istituzionale e nel rivendicare la pari dignità fra le diverse culture, si intende attivare un processo di *decolonialidad* rispetto alla "superiorità" della cultura europea[19]. La prospettiva critica offerta dalla c.d. opzione decoloniale, ben presente nel dibattito latino-americano, verte sulle continuità fra epoca coloniale e post-coloniale per dimostrare che le relazioni di potere di stampo colonialista tuttora permeano politica, diritto, economia e anche la dimensione epistemica e culturale, escludendo i saperi

Mex. Der. Comp., 143, 2015, pp. 504 ss.

[18] Cfr. M. Yucra Pérez, *Descolonización*, in *Tribunal Constitucional Plurinacional, Principios y valores para construir una sociedad justa y armoniosa*, Sucre, 2015, p. 131.

[19] Si v. S. Rivera Cusicanqui, *Ch'ixinakax utxiwa: una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*, Tinta Limón, Buenos Aires, 2010, pp. 53 ss.; B. Marañón Pimentel, *Crisis global y descolonialidad del poder: la emergencia de una racionalidad liberadora y solidaria*, in Id. (coord.), *Buen vivir y descolonialidad. Crítica al desarrollo y la racionalidad instrumentales*, UNAM, México, 2014, pp. 36 ss.

e le conoscenze considerate subalterne[20]. La società post-coloniale alimenta l'oppressione e la discriminazione razziale e si nutre di concetti come individuo, modernità, legge, giustizia occidentale, democrazia rappresentativa; ad essi i movimenti indigenisti oppongono ideali che si estrinsecano nella «*colectividad, la tradición y la costumbre, la justicia comunitaria y consuetudinaria y la democracia participativa*»[21].

L'accettazione della «*diversità culturale quale base essenziale dello Stato plurinazionale*» (art. 98 Cost.) si irradia in molteplici versanti. In primo luogo è riconducibile all'impegno di cui all'art. 8, c. 1, Cost., di assumere e promuovere come principi etico-morali della società plurale *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (non essere pigro, non mentire, non rubare), *suma qamaña* (vita degna), *ñandereko* (promuovere la vita armoniosa), *teko kavi* (vivere la vita buona), *ivi maraei* (preservare una terra senza il male) e *qhapaj ñan* (procedere per un cammino di vita degna e nobile), ossia valori comunemente diffusi fra gli indigeni dell'area andina[22]. Si tratta di un modo per includere gli autoctoni nella sfera pubblica in modo più pregnante rispetto all'oramai classico riconoscimento di un nucleo di diritti culturali e dell'autonomia territoriale e giurisdizionale. Ciò in quanto tali principi sottendono la costruzione di un diverso tipo di ordinamento, che finalmente incorpora la cultura nativa e le sue visioni del mondo a pieno titolo e a pari livello della cultura di matrice occidentale[23].

3.1. *Lo Stato plurinazionale*

Il valore giuridico assegnato alla composita società boliviana si riflette nell'affermazione di uno Stato «*unitario sociale di diritto plurinazionale comunitario, libero, indipendente, sovrano, democratico, interculturale, decentralizzato e con autonomie*» (art. 1, c. 1). La mancanza di segni di punteggiatura nella locuzione «*unitario sociale di diritto plurinazionale comunitario*»

[20] Cfr. A. Médici, *El nuevo constitucionalismo latino americano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador*, in *Derecho y Ciencias Sociales*, 3, 2010, pp. 4 s.

[21] In questo senso, R. Barragán, *Comunidades poco imaginadas: Poblaciones envejecidas y escindidas*, in M. Urioste, R. Barragán, G. Colque, *Los nietos de la Reforma Agraria. Tierra y comunidad en el altiplano de Bolivia*, Fundación TIERRA, La Paz, 2007, p. 1.

[22] Cfr. S. Lanni, *Diritti indigeni e tassonomie del sistema in America Latina*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2013, pp. 163 ss.

[23] In argomento si rinvia all'analisi di A.E. Vargas Lima, *Los principios ético-morales de la sociedad plural y el Bloque de Constitucionalidad. Configuración y desarrollo en la Jurisprudencia Constitucional boliviana*, in *Estudios Constitucionales*, 2, 2016, pp. 15 ss.

intende esprimere un principio meta-complesso[24], dove questi elementi sono complementari fra loro e di pari importanza[25]. Questa configurazione fa perno sul principio pluralista e sul riconoscimento della pari dignità di tutte le componenti etniche del paese, esaltata con la consacrazione costituzionale dei diritti delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini e degli afrodiscendenti nel Capitolo IV (artt. 30-32 Cost.), a partire dal diritto alla libera determinazione delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini (art. 30, p.to II, n. 4, Cost.) che si invera nell'autonomia quale esercizio di autogoverno (artt. 2 e 289 Cost.).

Già nella precedente costituzione, come riformata nel 1994, si riconosceva l'esistenza della società pluriculturale. Ora è lo Stato a essere plurinazionale. Si tratta del modo prescelto per sradicare il colonialismo e porre sullo stesso piano di eguaglianza le collettività che coesistono sul territorio, nessuna essendo superiore alle altre[26]. Il proposito racchiuso nella nuova denominazione è il superamento dei precedenti modelli statali. Quello assimilazionista teso a una omogeneità meticcia a base culturale castigliana e, dopo le riforme degli anni Novanta, quello multiculturale, che non interviene nella subordinazione dei popoli autoctoni, sempre privi del controllo sul territorio e della libera determinazione[27].

Il riferimento alla nazione risale alle teorie emerse negli anni Settanta, quando il concetto filtra nei dibattiti delle organizzazioni indigene dell'America Latina. Esso è preferito a etnia, popolo e cultura in quanto rappresenta tali genti nel modo migliore, dotandoli di una dignità e di una proiezione verso il riconoscimento sociale che gli altri vocaboli non riescono a rendere[28]. In Bolivia, le coeve tesi politiche delle associazioni *campesinas* enfatizzano l'identità nazionale dei quechua, degli aymara e dei tupiguaraní, sottolineando che la loro lotta non è solo economica, contro lo sfruttamento delle risorse naturali, bensì anche di liberazione e per lo sviluppo delle nazionalità oppresse. Nel 1983, nel documento finale a margine del II Congresso della

[24] La complessità è una delle caratteristiche delle più recenti costituzioni andine. Cfr. R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmau, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, in *Rev. Gen. Der. Públ. Comp.*, 9, 2011, pp. 17 ss.

[25] Così R. Martínez Dalmau, *op. cit.*, pp. 274 ss.

[26] Cfr. B. Clavero, *Apunte para la ubicación de la Constitución de Bolivia*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 89, 2010, p. 200.

[27] Si v. S. Schavelzon, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, CEJIS Plural editores, La Paz, 2012, pp. 11, 92.

[28] F. García Serrano, *La situazione giuridica dei popoli indigeni nella nuova costituzione ecuadoriana*, in S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Esi, Napoli, 2011, pp. 287 ss.

confederazione sindacale dei lavoratori contadini, viene accolto il termine plurinazionale (e non multinazionale, essendo associato alle imprese multinazionali). L'obiettivo è costruire una società che promuova le differenze di tutte le sue componenti, in seno a uno Stato unitario[29]. Secondo la *Comisión Visión País* dell'Assemblea costituente, lo Stato plurinazionale comporta un modello di organizzazione politica volto alla decolonizzazione delle nazioni e dei popoli indigeni, che riafferma e fortifica le loro autonomie territoriali al fine di perseguire una vita piena[30]. In questa prospettiva, la plurinazionalità esprime il riconoscimento di un concetto di nazione distinto da quello di stampo liberale fondato su presupposti di omogeneità culturale[31].

La plurinazionalità indica l'esistenza di nazioni e popoli indigeni originari contadini, comunità interculturali e afroboliviane e boliviane e boliviani che nel loro insieme costituiscono il popolo boliviano. Questa definizione non si rinviene nel testo fondamentale, bensì all'art. 3, p.to 1, della *Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional* n. 27 del 2010 (LTCP)[32], quale principio (il primo di tredici) che guida la giustizia costituzionale. In costituzione, analogo significato si rinviene all'art. 3, ove però non ci si riferisce alla plurinazionalità bensì alla nazione boliviana, la quale costituisce nel suo complesso il popolo boliviano[33]. Alle origini sorto su una identità nazionale monoculturale, escludente gli indigeni, ora lo Stato riconosce appieno la sua natura composita a partire dai vertici istituzionali: l'Assemblea legislativa plurinazionale, il Tribunale costituzionale plurinazionale, l'Organo elettorale plurinazionale sono gli organi supremi obbligatoriamente rappresentativi delle varie componenti del paese. Anche a livello territoriale si esalta l'elemento etnico, parificando i territori indigeni originari contadini agli altri enti periferici.

3.2. *Lo Stato interculturale*

[29] Cfr. X. Albó, *Movimientos y poder indígena en Bolivia, Ecuador y Perú*, CIPCA, La Paz, 2008, p. 253.
[30] Cfr. la *declaración* del *Tribunal Constitucional Plurinacional* nr. 0006/2013 del 5 giugno 2013.
[31] Si v. B. de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima, 2010, p. 81; C. González, *Democrazia e pluralità, da diritti etnici a costituzioni plurinazionali (1991-2012)*, in *Confluenze. Rivista di Studi iberoamericani*, 2, 2014, p. 30.
[32] E, analogamente, nella *Ley del Órgano Judicial*, n. 25 del 2010.
[33] Art. 3 Cost.: «*La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano*».

Il richiamo allo Stato interculturale sottende la volontà di decostruire le strategie politiche, culturali ed epistemologiche dominanti, che continuano a emarginare i popoli indigeni. Come osserva Clavero, lo Stato interculturale è quello che «*reconoce y garantiza el pie de igualdad entre culturas a fin de que puedan pacíficamente autogestionarse, desenvolverse y mutuamente enriquecerse*»[34]. L'interculturalità pone l'accento sulla relazione, comunicazione e apprendimento permanente fra le persone e le comunità di saperi, valori, tradizioni e logiche distinte, per favorire il pieno sviluppo delle capacità dei singoli e dei gruppi, rompendo con lo schema egemonico di una cultura dominante e altre subordinate e sviluppando politiche di decolonizzazione e desubalternizzazione[35].

La complementarietà e l'interculturalità fra gruppi fondano una nuova istituzionalità plurinazionale lontana dalla logica coloniale, dove si attiva un processo di ricostruzione e di valorizzazione dei saperi e delle conoscenze ancestrali[36]. Il dialogo interculturale assicura che i valori plurali supremi si complementino nella società e irradino del loro contenuto tutti gli atti[37]. Usando le parole di de Sousa Santos, l'interculturalità è un cammino che si compie strada facendo. È un processo storico complesso per due motivi: perché sottende la trasformazione delle relazioni verticali fra culture in relazioni orizzontali; e perché non può condurre al relativismo una volta che la trasformazione sia avvenuta in un dato quadro costituzionale, ove il riconoscimento della plurinazionalità è un mandato politico per la promozione dell'interculturalità[38]. All'ordinamento è dunque affidato il compito di creare «*un percorso che consenta alle culture di essere "viste" non lasciando la*

[34] Cfr. B. Clavero, *Sociedad multicultural y Estado intercultural por América Latina entre historia y Constitución*, in S. Bagni (a cura di), *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia?*, AlmaActa, Bologna, 2017, p. 20.

[35] Si v. C. Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad: Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Abya-Yala, Quito, 2009, pp. 41 ss.

[36] Cfr. la *declaración* del TCP nr. 0006/2013 del 5 giugno 2013.

[37] A tal riguardo, il Tribunale costituzionale plurinazionale afferma che: «*El reconocimiento y adopción del pluralismo jurídico hace posible un diálogo intercultural entre derechos, pues ya no existe una sola fuente de Derecho y de los derechos; de donde éstos pueden ser interpretados interculturalmente, lo cual habilita el carácter dúctil y poroso de los derechos, permitiendo un giro en la comprensión de los mismos, generando su transformación para concebirlos como práctica de diálogo entre culturas, entre mundos civilizatorios, en búsqueda de resignificar constantemente el contenido de los derechos para cada caso concreto*»; v. sent. cost. n. 0790/2012, del 20 agosto 2012. V. altresì la sent. cost. nr. 1422/2012 del 24 settembre 2012.

[38] Cfr. B. de Sousa Santos, *op. cit.*, pp. 102 ss.

dimensione interculturale alla sola (buona) volontà politica, ma "istituzionalizzandola"»[39].

Secondo l'art. 98 Cost., l'interculturalità è uno strumento teso alla coesione e alla convivenza armonica ed equilibrata fra tutti i popoli e le nazioni, con estesi riflessi nella sfera educativa (artt. 9; 17; 30, p.to 12; 78; 79; 80, c. II; 91; 93; 95; 96 Cost.), nonché nell'ambito sanitario (art. 18, c. III, Cost.) e in quello della sicurezza sociale (art. 45 Cost.). In particolare, la *Ley de la Educación "Avelino Siñani - Elizardo Pérez"* n. 70 del 2010, all'art. 6, c. II, definisce l'interculturalità come lo sviluppo della interrelazione e interazione di conoscenze, saperi, scienza e tecnologia proprio di ogni cultura con le altre, che rafforza la rispettiva identità e l'interazione a parità di condizioni fra tutte le culture. Ai sensi dell'art. 3, p.to 3, LTCP, l'interculturalità declinata nell'ambito giudiziario implica il riconoscere l'espressione e la convivenza della diversità culturale, istituzionale, normativa e linguistica, e l'esercizio dei diritti individuali e collettivi. Il progetto interculturale deve assicurare che i valori plurali supremi si complementino nella società e irradino del loro contenuto tutti gli atti[40].

4. *Le fonti delle comunità autoctone e la giustizia indigena*

Nell'attuale ordinamento boliviano, il pluralismo giuridico implica il riconoscimento della coesistenza di vari sistemi normativi. Mentre il monismo alimenta la supremazia del diritto di produzione statale nei confronti di qualsiasi altro sistema giuridico esistente al suo interno, il pluralismo si propone come sua alternativa, criticando l'uniformità veicolata dalla visione che sostiene una sola comunità e la cultura di una sola nazione e che nega la presenza di altre collettività culturali e politiche. La costituzione legittima gli atti e le decisioni giudiziali emesse dalle autorità indigene, che vincolano gli appartenenti alla comunità di riferimento. Ai sensi dell'art. 410, c. II, p.to 3, Cost., la legislazione posta in essere dalle autonomie indigene è pariordinata alle leggi nazionali, agli statuti autonomici, alle carte organiche, e alla legislazione dei dipartimenti e municipi. Inoltre, essendo la funzione giudiziaria uno strumento strategico per agevolare il processo di cambiamento e per «*descolonizar el derecho*»[41], la giurisdizione ordinaria e quella indigena sono

[39] Così C. Piciocchi, *L'interculturalità come condizione di sostenibilità del multiculturalismo*, in S. Baldin, M. Zago (a cura di), *op. cit.*, p. 129.
[40] Cfr. la sent. cost. nr. 1422/2012 del 24 settembre 2012.
[41] Si v. J.C. Pinto Quintanilla (coord.), *Enciclopedia Histórica Documental del Proceso*

gerarchicamente parificate (art. 179, c. 2, Cost.)[42].

L'ordinamento in questo modo si apre alle norme e ai procedimenti delle nazioni e dei popoli indigeni quali dirette manifestazioni giuridiche dello Stato plurinazionale. Il decentramento ha ricadute sul sistema delle fonti positive, che comprende anche quelle di origine autoctona provenienti dai territori indigeni, a partire dai loro statuti, soggetti a un controllo preventivo di costituzionalità (su cui *infra*, § 6.3). Territori dove vige pure la *costumbre*, a carattere orale, partecipativo, flessibile e orientato alla conciliazione, riconosciuta *ex* art. 30, c. II, p.to 2, Cost.[43]. Ulteriore richiamo al diritto ctonio si ravvisa nei disposti che contemplano le «*normas propias*» delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini. Così gli artt. 210, c. III, Cost. (sul modo di eleggere i rappresentanti autoctoni nelle loro organizzazioni) e 403, c. I, Cost. (sulla facoltà di applicare le regole indigene nei rispettivi territori); e ancora, l'art. 397, c. II, Cost., relativo alla proprietà agricola e all'uso sostenibile delle terre. Dalle *costumbres* discendono norme che si conformano alle circostanze, secondo un modo di comprendere la realtà riconducibile alle cosmovisioni dei gruppi indigeni, ossia alle loro rappresentazioni del mondo[44]. Lo Stato ha il compito promuovere «*usos y costumbres*» mediante il riconoscimento dei diritti collettivi delle nazioni e dei popoli indigeni anche nelle comunità di natura composita a seguito del processo di meticciato. Nonostante l'influenza di elementi che riflettono l'ibridazione, qualsiasi fattore di coesione collettiva, es. lingua, territorio ancestrale, riti, cosmovisioni, è inteso come indice di sottoposizione della comunità ai diritti collettivi, a cui si estendono gli effetti dell'art. 30 Cost. e del principio di libera determinazione delle nazioni e dei popoli indigeni[45].

Il sistema giuridico boliviano si compone dunque, oltre alle fonti statali, anche di norme positive e consuetudinarie di produzione indigena, delineando un sistema di interlegalità, ossia di fonti plurali autonome ma assiologicamente interdipendenti. L'interlegalità rappresenta la visione post-moderna del pluralismo giuridico. Mentre la concezione classica concepisce i vari centri normativi come entità separate, l'interlegalità li intende come

Constituyente Boliviano, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, La Paz, 2009, tomo III, vol. 1, p. 200.

[42] C.A. Goitia Caballero, *La supremacía constitucional en Bolivia*, in *Foro Revista de Derecho*, 12, 2009, p. 209.

[43] E anche menzionata agli artt. 374, c. II, e 375, c. II, Cost., nell'ambito della gestione delle acque e delle risorse idriche, dei bacini per l'irrigazione, della sicurezza alimentare e dei servizi di base.

[44] Così la sent. cost. nr. 1016/2014, del 6 giugno 2014.

[45] Sent. cost. nr. 1422/2012 del 24 settembre 2012.

spazi che operano simultaneamente, interagiscono e si intersecano senza che vi sia un effettivo coordinamento[46]. Non essendoci una sola fonte di produzione del diritto e dei diritti, la loro interpretazione sollecita un dialogo interculturale con l'intento di riempire di significato i diritti in occasione di ogni singolo caso concreto[47].

Nell'elenco delle materie di competenza esclusiva delle autonomie indigene originarie contadine figura l'esercizio della giurisdizione (art. 304, c. 1, p.to 8, Cost.). Nelle comunità indigene, il concetto di giustizia e di controllo sociale a essa sotteso è ben diverso da quello che informa l'apparato statale delle società modellate secondo i canoni della tradizione giuridica occidentale. Il sistema giuridico comunitario antepone gli interessi collettivi a quelli individuali. Il fine primario della giustizia all'interno di un gruppo indigeno è ristabilire la pace e l'equilibrio spezzato a causa delle azioni di un soggetto; non è quello di punire comportamenti pericolosi o devianti[48]. La *costumbre* è applicata dalle autorità giurisdizionali indigene per risolvere e per prevenire conflitti a partire dai valori etnici locali, anche mediante sanzioni morali e simboliche che hanno il fine di ripristinare l'armonia all'interno del gruppo[49].

Il potere giudiziario, nell'alveo di una funzione unitaria, si compone di tre giurisdizioni: ordinaria, agro-ambientale e indigena (art. 179 Cost.), a cui si devono assommare altre eventuali giurisdizioni riconosciute per

[46] Cfr. B. de Sousa Santos, *Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico*, in *Sociologia del diritto*, 3, 1990, p. 28 ss.; C. Ochoa García, *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*, Cholsamaj, Guatemala, 2002, p. 112.

[47] V. la sent. cost. nr. 0572/20147 del 10 marzo 2014.

[48] In chiave l'antropologica, gli elementi che consentono di definire la normatività giuridica indigena come un sistema autonomo sono dati da: società semplici; i rapporti di proprietà; le autorità come organi di applicazione del diritto; il linguaggio; la parentela. Il primo aspetto si identifica nello spazio territoriale dove le norme sono vigenti. La proprietà si distingue in comunale e familiare, entrambe basate sull'identità culturale del gruppo e sui rapporti di parentela. L'applicazione del diritto ctonio presuppone l'accettazione dell'autorità, che sorge dal consenso reciproco fra i membri della comunità, per cui essi acconsentono che uno di loro farà parte della struttura che applicherà il diritto (assemblee, consigli degli anziani, governatori tradizionali, ecc.). Il codice linguistico, inteso come struttura discorsiva, muove dal principio di oralità e dà concretezza alle regole indigene. Infine, le famiglie sono i nuclei delle comunità indigene e hanno il compito di normare i processi di eredità e di trasmissione della ricchezza. Si v. C.H. Durand Alcántara, *The indigenous legal tradition*, in *Seqüência (Florianópolis)*, 68, 2014, pp. 24 ss.

[49] Á. García Linera, *El Estado Plurinacional*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, La Paz, 2009, pp. 7 ss., in http://www.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/discursos_ponencias_7.pdf.

legge. L'uso della parola giurisdizione rafforza il riconoscimento della pari gerarchia del sistema indigeno con le altre diramazioni del potere giudiziario, eguaglianza da cui discende il divieto per la magistratura ordinaria di rivedere le decisioni assunte dalle autorità autoctone[50]. La giustizia indigena non è più concepita quale metodo alternativo di risoluzione delle controversie, come era in precedenza; si tratta invece del sistema che garantisce l'osservanza delle regole di convivenza all'interno delle autonomie originarie, ancorato agli stili di vita di questi gruppi. L'esercizio della giustizia indigena è demandato alle autorità preposte, che applicano i rispettivi principi, valori culturali, norme e procedure (art. 190, c. I, Cost.). Le autorità sono riconducibili ai componenti delle assemblee degli enti territoriali indigeni e delle organizzazioni locali; pure quanti hanno terminato il loro mandato di autorità designate possono mantenere un ruolo importante nel sostenere le decisioni prese in seno alla comunità[51].

5. *I criteri di coordinamento fra la giustizia indigena e le altre giurisdizioni*

Laddove la giurisdizione indigena sia riconosciuta, fa sorgere la necessità di individuare dei criteri di coordinamento con il sistema giuridico statale. Secondo l'elaborazione offerta da Sagüés, le soluzioni prescelte ruotano attorno a regole di preferenza, di delimitazione e di articolazione. Il primo modello di coordinamento, basato su regole di preferenza, fa leva sulla superiorità che la costituzione assegna a uno o più elementi su altri. Da ciò discendono limiti all'applicazione della giustizia indigena individuabili nella costituzione stessa e/o nel rispetto dei diritti fondamentali e/o nella legge e/o nell'ordine pubblico. Il modello basato su regole di delimitazione inquadra le competenze della giustizia indigena secondo criteri personali (es. i non indigeni non sono sottoponibili a tale giurisdizione) e/o geografici e/o ambiti di materie. Il modello delle regole di articolazione tra la giurisdizione indigena, quella ordinaria e quella costituzionale si ravvisa laddove la costi-

[50] V. M. Bazurco Osori, J.L. Exeni Rodríguez, *Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad,* in B. de Sousa Santos, J.L. Exeni Rodríguez (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Abya Yala, Quito, 2012, p. 51.
[51] H. Guarayo Llacsa, *Alcances e implementación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional: visión de las autoridades indígenas originarias de la Nación Yampara (Chuquisaca, Bolivia)*, in A. Gálvez Rivas, C. Serpa Arana (eds.), *Justicia intercultural en los países andinos. Contribuciones para su estudio*, Red Andina de Justicia de Paz y Comunitaria, Lima, 2013, p. 111.

tuzione stabilisca che le autorità pubbliche debbano rispettare le decisioni rese dalle autorità autoctone, ed eventualmente che tali decisioni siano passibili di controllo di costituzionalità e/o che siano gli stessi indigeni a poter richiedere un parere al tribunale costituzionale in merito all'applicazione di norme[52]. Tali soluzioni sono tutte presenti nell'ordinamento boliviano.

5.1. *I limiti e gli ambiti di esercizio della giustizia indigena*

La Costituzione boliviana provvede a definire i limiti all'esercizio delle attività riconosciute agli enti esponenziali autoctoni e fissa gli ambiti soggettivo, materiale e territoriale della giurisdizione indigena, poi specificati nella *Ley de Deslinde Jurisdiccional* nr. 073 del 29 dicembre 2010 di disciplina dei rapporti fra autorità giudiziarie indigene e le altre giurisdizioni, dove si palesano alcune criticità (*infra*, § 5.2).

Limiti generali a cui soggiace la libera determinazione delle nazioni e dei popoli indigeni sono individuati nel rispetto dell'unità dello Stato e nella conformità alla costituzione e alle leggi (art. 2 Cost.). Il riferimento alla legge, se applicato alla giurisdizione indigena, stante la sua pariordinazione con le altre giurisdizioni statali, dovrebbe escludere qualsiasi atto ad eccezione della *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, nonché delle leggi di recepimento delle convenzioni internazionali sui diritti umani che rientrano nel blocco di costituzionalità. Siffatta interpretazione parrebbe avallata dal precetto che investe direttamente i sistemi giuridici autoctoni: ai sensi dell'art. 30, c. 2, p.to 14, Cost., il loro esercizio incontra solo il limite del rispetto della cosmovisione. Un richiamo che difficilmente, si reputa, potrebbe opporre ostacoli all'esercizio delle attività dei nativi.

Ancora, con specifico riguardo alla giustizia indigena, l'art. 190, c. II, Cost. afferma che essa è tenuta al rispetto del diritto alla vita, del diritto alla difesa e degli altri diritti e garanzie stabiliti in costituzione. Uno dei nodi più difficili da sciogliere nel momento in cui il sistema giuridico statale si coordini con altri sotto-sistemi vigenti al suo interno riguarda l'equilibrio fra diverse concezioni dei diritti e correlate garanzie nei confronti di singoli e gruppi. Il fatto che i diritti fondamentali siano enunciati nel linguaggio giuridico di impronta occidentale non ne avalla una concezione universalistica. Essi entrano nelle narrazioni dei gruppi ancestrali in base a cosmovisioni e logiche distinte. L'interlegalità richiede solo che si stabilisca un "minimo

[52] N.P. Sagües, *Derechos de los pueblos originarios: ¿El derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción?*, in *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, XIX, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2013, pp. 386 ss.

giuridico", ossia un insieme di parametri, obiettivi e ideali che devono essere osservati sia dalla giurisdizione ordinaria che da quella indigena quali limiti alla loro attività e che si rispecchiano nei diritti fondamentali[53]. La forte rappresentanza dei nativi nel momento costituente è indice del consenso preventivo a tali limitazioni.

Con riguardo agli ambiti della giurisdizione indigena, l'art. 191, c. II, Cost. afferma che sono sottoposti a tale giurisdizione i membri delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini in veste di attori o convenuti, denunciati o imputati, ricorrenti o riceventi ricorso; rinvia a una apposita legge la definizione dell'ambito materiale; sancisce che tale giurisdizione si applichi alle relazioni e ai fatti giuridici che si realizzano o i cui effetti si producono all'interno della giurisdizione di un popolo indigeno originario contadino. Nei lavori preparatori alla costituzione l'articolo in esame aveva un contenuto più ampio, privo delle restrizioni suindicate, riconducibili a categorie processuali occidentali, e dunque senza la necessità di un rinvio a una legge di delimitazione giurisdizionale. Nei progetti in discussione la giustizia autoctona avrebbe potuto conoscere tutti i casi relativi alla lesione di beni giuridici indigeni a opera di nativi e non nativi, con una competenza estesa anche al di fuori dei territori ancestrali[54].

In dottrina si sostiene che l'attuale disposto comporti una estensione graduale e progressiva della giustizia indigena, a partire dal vincolo personale, riconducibile all'identità culturale degli individui, comprendente narrative, saperi, cosmovisioni, logiche collettive, valori e modi di concepire la giustizia e il diritto. Obiettivo del pluralismo giuridico nel sistema boliviano non è quello di creare *enclaves* fra le comunità, bensì di consolidare le fondamenta giuridiche all'interno di ogni gruppo e di agevolare il dialogo fra gruppi e fra questi e lo Stato. Il pluralismo sottende l'incontro e l'interazione di linguaggi giuridici distinti e presuppone un cambiamento epistemologico al fine di comprendere concezioni ora equiparate a quelle dominanti. La terminologia impiegata nell'articolo non va dunque intesa in senso impositivo o coloniale. Il disposto va letto seguendo un linguaggio più duttile, tenendo presente, ad esempio, che i riferimenti alle posizioni giuridiche dei singoli, attive e passive, sono tipiche del diritto occidentale e sconosciute nei sistemi

[53] V. Centro de Estudios Constitucionales, *Constitución Política del Estado anotada, concordada y comentada, Artículo 190*, 2013, in http://econstitucional.com/menuanalisis.aspx?ID=190.

[54] Cfr. R. Z. Yrigoyen Fajardo, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, in C. Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011, p. 153.

indigeni, ove non esiste nemmeno la logica dei codici processuali, bensì esistono vari modi per risolvere i conflitti che non sono fissati una volta per tutte; che la sfera materiale va ricondotta a ciò che siffatta giurisdizione può conoscere, ossia molte delle questioni che ricadono negli ambiti penale e civile; e che la giurisdizione stessa, generalmente riferita a un territorio, non si concilia, nella concezione dei nativi, con limiti geografici o con i confini delle autonomie indigene. Gli ambiti di vigenza della giurisdizione autoctona devono pertanto riflettere una costruzione collettiva e aperta a ulteriori sviluppi[55]. L'interpretazione dottrinale dell'articolato segna l'emersione di un approccio esegetico pluralista. Esso è caratterizzato dalla flessibilità per accogliere altri modi di intendere il diritto e la giustizia. Un orizzonte interpretativo disatteso dal legislatore nella fase attuativa.

5.2. *La legge di delimitazione giurisdizionale*

Già negli anni Novanta il legislatore boliviano tentò di approvare una legge di coordinamento della giustizia indigena e ordinaria, sulla scia degli impulsi provenienti dalle organizzazioni internazionali. La *ratio* dell'atto avrebbe dovuto riguardare la disciplina delle situazioni di confine, i rapporti ricadenti nelle intersezioni fra le due giurisdizioni, per chiarire quale sistema applicare al caso concreto[56]. L'approccio seguito tramite la *Ley de Deslinde Jurisdiccional* è diverso. Essa delinea il quadro normativo volto a evitare sovrapposizioni fra giustizia locale e le altre giurisdizioni indicando le materie sottratte alle autorità autoctone. Un primo profilo critico riguarda proprio la stessa *Ley*, indirizzata principalmente agli organi giudiziari indigeni e, per questo, potenzialmente lesiva dei canoni del pluralismo e della pari gerarchia fra giurisdizioni[57].

Nel dettaglio, il Capitolo I: Disposizioni generali della *Ley* si apre affermando che oggetto della legge è la regolazione degli ambiti di vigenza fra la giurisdizione indigena e le altre giurisdizioni riconosciute in costituzione. Essa ha inoltre l'obiettivo di stabilire i meccanismi di coordinamento e di cooperazione fra giurisdizioni, nel quadro del pluralismo giuridico (art. 1

[55] Cfr. Centro de Estudios Constitucionales, *Constitución Política del Estado anotada, concordada y comentada, Artículo 191*, 2013, in http://econstitucional.com/menuanalisis.aspx?ID=191.

[56] Cfr. S. Ramírez, *Reconocimiento pleno de la administración de justicia indígena en la nueva Constitución de Bolivia. La Ley de Deslinde Jurisdiccional: sus contenidos mínimos y alcances*, p. 4, in https://docs.google.com/document/d/1x2xDx4NyfBzvdOAKfOtpbzQ9FmVjzrglA9B-Wf6d64A/edit?pli=1.

[57] H. Guarayo Llacsa, *op. cit.*, p. 111.

Ley). Il fondamento che giustifica queste previsioni è l'esistenza pre-coloniale delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini e il loro dominio ancestrale sui rispettivi territori, che si sostanzia nella libera determinazione nel quadro dell'unità statale. La legittimazione di quest'atto discende dalla costituzione, dalla legge nr. 1257 del 1991 di ratifica della Convenzione ILO 169 sui diritti dei popoli indigeni e tribali, dalla legge nr. 3897 del 2008 che recepisce la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei popoli indigeni, e dagli ulteriori strumenti internazionali sui diritti umani applicabili nell'ordinamento (art. 2 *Ley*).

I principi su cui si fonda la legge, di cui all'art. 4, riproducono quanto già fissato nella costituzione. Anzitutto si afferma che l'esercizio delle giurisdizioni riconosciute ha il fine di preservare l'unità e l'integrità territoriale dello Stato plurinazionale. Viene poi affermato il diritto dei nativi a mantenere e a rafforzare la relazione spirituale con le loro terre e le responsabilità nei riguardi delle generazioni a venire, e si constata il rapporto armonioso, di complementarietà e di rispetto verso Madre Terra. La diversità culturale, l'interpretazione interculturale e il pluralismo giuridico paritario sono i pilastri più importanti su cui si fonda il nuovo ordinamento, non a caso riproposti nella *Ley*, essendo i principi che devono informare l'azione dei giudici e delle istituzioni giudiziarie. Del pari, si fissano i principi dell'indipendenza (relativa al divieto di ingerenza di una giurisdizione su un'altra) e della complementarietà (ossia la concorrenza di sforzi e di iniziative di tutte le giurisdizioni riconosciute), i quali richiedono una rinnovata cultura giuridica e la traduzione interculturale del pluralismo giuridico[58] per non comprimere la giustizia locale, a rischio di sopravvivenza qualora non si radichi nel contesto di un dialogo democratico e partecipativo e di rispetto dei diritti collettivi[59]. Nell'ottica del coordinamento fra giurisdizioni e della costruzione di un effettivo Stato interculturale, in dottrina si suggerisce di istituzionalizzare periodi di *stage* (*pasantías interculturales*) che consentano ai magistrati ordinari di soggiornare presso le comunità indigene per apprendere quei sistemi di regole e, viceversa, ai giudici indigeni di fare pratica dei procedimenti giudiziari statali e comprendere i principi che reggono la giustizia ordinaria[60]. All'ultimo comma dell'art. 4 della *Ley* si afferma infine

[58] Si v. A. Grijlava Jiménez, J.L. Exeni Rodríguez, *Coordinación entre justicias, ese desafío*, in B. de Sousa Santos, J.L. Exeni Rodríguez (eds.), *op. cit.*, p. 702.
[59] Cfr. Q. Conde Choque, *Hacia la construcción del pluralismo jurídico entendido como el derecho de acceso a la justicia: una pregunta sobre el «tribunal competente»*, in A. Tomaselli, S. Ordóñez, C. Wright (eds.), *Justicia y Formas de participación indígena*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nr. 74, Universidad de Deusto, Bilbao, 2014, p. 20.
[60] Cfr. M.E. Negrón Pino, *Diálogo intercultural para una efectiva coordinación y coope-*

che tutte le giurisdizioni sono tenute al rispetto e alla promozione dell'eguaglianza di genere, e alla garanzia delle pari opportunità di accesso all'esercizio dei diritti da parte di bambini, giovani, anziani, disabili. La tutela dei soggetti deboli si riverbera dunque in un limite all'applicazione della *costumbre* che non si adegui al disegno costituzionale, che ampia attenzione rivolge a queste categorie di individui[61].

Il Capitolo II: Diritti fondamentali e garanzie costituzionali della *Ley* è composto da due articoli che riprendono e ulteriormente dettagliano i limiti a cui è sottoposta la giurisdizione locale. L'art. 5 ricorda che tutte le giurisdizioni riconosciute devono rispettare, promuovere e garantire il diritto alla vita e gli altri diritti costituzionali; che devono garantire l'esercizio dei diritti delle donne, la loro partecipazione, decisione, presenza e permanenza sia nell'accesso egualitario e giusto alle cariche sia nel controllo, decisione e partecipazione nell'amministrazione della giustizia. Con espresso riferimento alla giurisdizione indigena, si precisa che le autorità preposte non possono sanzionare anziani e disabili, per inadempienze nei doveri verso la comunità, con la perdita delle terre o con l'espulsione[62]. Il penultimo comma prescrive che le giurisdizioni riconosciute debbano proibire e sanzionare qualsiasi forma di violenza contro bambini, adolescenti e donne, vietando forme di conciliazione in tale ambito; e infine si proibisce il linciaggio. L'art. 6 vieta la pena di morte.

Affiora anche qui il possibile contrasto fra il diritto ctonio e il quadro delle garanzie individuali riconosciute a categorie di soggetti deboli, trattandosi di un aspetto particolarmente delicato che investe la concezione della *costumbre*. Tuttavia, 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 che potrebbero spingere la giustizia

ración entre sistema jurídicos: Pasantías interculturales in situ de autoridades provenientes de sistemas jurídicos plurales, in *Rev. boliv. de derecho*, 13, 2012, pp. 107 ss.

[61] Cfr. Sezione V: *Derechos de la Niñez, Adolescencia y Juventud* (artt. 58-61); Sezione VII: *Derechos de las Personas Adultas Mayores* (artt. 67-69); Sezione VIII: *Derechos de las Personas con Discapacidad* (artt. 70-72).

[62] L'espulsione, dall'organizzazione di appartenenza o dalla comunità stessa, è la massima sanzione che le autorità indigene possano comminare. Il provvedimento può riguardare sia persone fisiche che giuridiche, qualora esse non rispettino le norme, i principi e i valori desumibili dagli statuti autonomici, dai regolamenti comunitari e dagli *usos y costumbres*. L'espulsione in molti casi non è definitiva; essa assume il significato di un allontanamento dal cammino collettivo, che comprende la circostanza di un possibile ritorno.

autoctona a tollerare il linciaggio e la pena di morte.

Ancora meno giustificabili appaiono alcune restrizioni poste dalla legge di delimitazione giurisdizionale in merito ai criteri per l'esercizio della giustizia indigena. Il Capitolo III: Ambiti di vigenza della giurisdizione indigena originaria contadina della *Ley* (artt. 7-12) disciplina i requisiti soggettivo, materiale e territoriale per l'esercizio della giustizia locale, secondo il mandato di cui all'art. 191, c. II, p.to 2, Cost. L'art. 7 della *Ley*, a differenza della costituzione, statuisce che i tre requisiti debbano essere parimenti presenti per investire di un giudizio un'autorità comunitaria. La sfera personale individua i soggetti sottoponibili al giudizio, vale a dire i membri di una nazione o di un popolo indigeno originario contadino, in veste attiva o passiva. L'identificazione deve essere conforme alle regole delle rispettive comunità che, di norma, tengono un apposito registro in ossequio alla *Ley de Participación Popular*[63]. Nella prassi, avallata dal Tribunale costituzionale plurinazionale, anche i non nativi, qualora residenti in una comunità indigena, sono sottoposti alla giurisdizione del luogo, al pari di quanto accade agli stranieri nell'ambito dello Stato (v. *infra*, § 6.1).

La sfera territoriale è definita dall'applicazione delle relazioni e dei fatti giuridici prodotti o i cui effetti si producano all'interno della giurisdizione locale. Riguardo all'articolazione della competenza, attualmente molti autoctoni risiedono nelle città; i territori indigeni ricoprono invece le zone rurali, le uniche a disporre della giustizia comunitaria[64]. La scelta attuale, dunque, non si coniuga con aperture nei riguardi di coloro che, pur riconoscendo la validità della giustizia originaria, non possono rivolgersi ad essa vivendo al di fuori del relativo ambito di vigenza. La mancata previsione di una giurisdizione concorrente, subordinata al consenso delle parti, rende evidente la preferenza per il requisito territoriale rispetto a quello personale. Per i nativi residenti altrove, l'unica garanzia rinvenibile nella *Ley* riguarda l'interpretazione interculturale di cui all'art. 4, lett. d, secondo cui, nel somministrare la giustizia, le autorità sono tenute a prendere in considerazione le differenti culture dello Stato plurinazionale. In merito all'ausilio della perizia antropologica o sociologica, si osserva che questa soluzione è un palliativo di modesto effetto nell'ottica dello Stato plurinazionale, in quanto i consulenti altro non fanno che illustrare ai giudici ordinari la cultura e le pratiche

[63] Cfr. L.A. Arratia Jiménez, *Bases constitucionales de la Ley de Deslinde Jurisdiccional*, in A.A.V.V., *Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, CONCED-GTZ, La Paz, 2010, p. 232.

[64] Si v. Z. Quispe Colque, *Bolivia: La justicia indígena y la ley de deslinde jurisdiccional*, 2011, in http://www.justiciaenlosandes.org/contenido/la-justicia-ind%C3%ADgena-y-la-ley-de-deslinde-jurisdiccional-bolivia.

giuridiche indigene. Sono questi ultimi che, alla fine, decidono secondo i canoni del diritto occidentale e non del diritto ctonio.

Il requisito materiale individua la competenza negli ambiti che tradizionalmente sono stati affidati alle autorità comunitarie al comma I dell'art. 10, facendo un elenco delle materie escluse al comma II. Nella sfera penale, ad esempio, non ricadono i reati che rilevano nel diritto internazionale, i crimini contro l'umanità, quelli contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato, i reati di terrorismo, quelli tributari e doganali, i reati di corruzione e qualsiasi altro crimine ove lo Stato sia parte lesa, la tratta e il traffico di persone, di armi e il narcotraffico, i reati contro l'integrità fisica di bambini e adolescenti, i reati che comportino lesioni od omicidio. Nella sfera civile è escluso qualsiasi processo ove l'apparato amministrativo statale sia parte o terzo interessato, e le cause connesse al diritto proprietario. Sono inoltre lasciati fuori gli ambiti riconducibili al diritto del lavoro, della sicurezza sociale, tributario, amministrativo, minerario, di idrocarburi, forestale, informatico, internazionale pubblico e privato, e agrario, eccetto la distribuzione interna delle terre in quelle comunità che abbiano titoli legali o diritti proprietari collettivi sulle stesse. Infine, la *Ley* introduce ulteriori limiti all'attività giudiziaria nativa, laddove la clausola di chiusura prevede che saranno esclusi ulteriori ambiti che la costituzione e la legge riservino ad altre giurisdizioni.

L'elenco evidenzia chiaramente la marginalità delle attribuzioni indigene, che storicamente hanno sempre trattato anche reati di assassinio, corruzione, furto, e altri ancora, ora demandati alla giustizia ordinaria, come pure l'ambito relativo al diritto forestale, intrinsecamente connesso alla gestione delle terre comunitarie, e affidato alla giustizia agro-ambientale, con il rischio di svilire il precetto superprimario laddove si afferma che la funzione sociale rivestita dall'uso sostenibile della terra da parte dei nativi è basata sulle norme proprie delle comunità (art. 397, c. II, Cost.). Il fatto poi di prevedere ulteriori casi che potranno essere sottratti alla magistratura indigena per essere affidati ad altre giurisdizioni contravviene al principio costituzionale di pari gerarchia[65]. Inoltre, disporre che l'intervento dello Stato in un giudizio determini automaticamente la competenza giurisdizionale non locale implica una ulteriore restrizione della sfera autoctona[66].

[65] In argomento si rinvia a E. Rodríguez Veltzé, *Ley de Deslinde Jurisdiccional - Derechos individuales y colectivos*, in E. Cóndor (coord.), *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*, KAS, Bolivia, 2011, pp. 141 ss.

[66] Così M. Carducci, *Intervento*, nell'ambito del seminario "*El desarollo de las autonomías jurisdiccionales de los pueblos indígenas en las Constituciones ibero-americanas: el metodo negocial*", 4 aprile 2014, Università degli Studi di Trento.

Il Capitolo IV: Coordinamento e cooperazione (artt. 13-17 *Ley*) enuclea i meccanismi per la mutua la collaborazione fra giurisdizioni. Il coordinamento implica la concertazione dei mezzi e degli sforzi per perseguire la convivenza sociale, il rispetto dei diritti individuali e collettivi, e la garanzia effettiva dell'accesso alla giustizia ai singoli e alle comunità (art. 13). I meccanismi mediante cui le giurisdizioni operano la concertazione sono individuati nell'accesso trasparente alle informazioni su fatti e sui precedenti delle persone; in uno spazio di dialogo inerente all'applicazione dei diritti umani nelle loro decisioni e allo scambio di esperienze sui metodi di risoluzione delle controversie (art. 14). Quanto al dovere di cooperazione *ex* art. 15 *Ley*, atto a eseguire ed attuare gli accordi derivanti dal coordinamento, i relativi meccanismi esplicitati all'art. 16 si articolano in condizioni di equità, trasparenza, solidarietà, partecipazione e controllo sociale, celerità, opportunità e gratuità. Essi si individuano nelle autorità giudiziarie e nelle autorità del pubblico ministero, polizia, sistema penitenziario e altre istituzioni, chiamate a prestare immediata cooperazione e a fornire informazioni su richiesta della giurisdizione indigena, e viceversa; la rimessione delle informazioni e dei precedenti su questioni o controversie fra la giustizia comunitaria e le altre giurisdizioni. Il coordinamento e la cooperazione, ai sensi dell'art. 17, si configurano come obblighi, il cui mancato rispetto è sanzionato come grave mancanza disciplinare nelle giurisdizioni ordinaria, agro-ambientale e nelle giurisdizioni speciali, e nella giurisdizione indigena secondo i propri procedimenti.

6. *Le funzioni del Tribunale costituzionale plurinazionale relative all'autoctonia*

La plurinazionalità dell'ordinamento boliviano si riverbera nella composizione del Tribunale costituzionale plurinazionale e l'interculturalità assurge a metodo interpretativo nelle funzioni affidate a tale organo. Quanto al profilo strutturale, la costituzione si limita a sancire che il TCP è integrato da magistrate e magistrati eletti a suffragio universale secondo criteri di plurinazionalità, provenienti dalla magistratura ordinaria e da quella indigena originaria contadina (artt. 197, c. I, e 198 Cost.)[67]. È la legge di attuazione

[67] In argomento si rinvia a F. Rey, *Institutional Designs for Judicial Independence in comparative law. The Bolivian Plurinational Constitutional Court and the Colombian Constitutional Court*, in *JPs Working Papers*, 2, 2014, pp. 4 ss.; B. Clavero, *Tribunal*

a stabilire che il collegio sia composto da sette giudici titolari e da sette supplenti, e che almeno due giudici debbano provenire dal sistema indigeno originario contadino, per auto-identificazione personale (art. 13 LTCP).

Quanto al profilo funzionale, il TCP dà vita, secondo l'opinione di questo stesso organo, a un modello di giustizia costituzionale accentrato e plurale[68]. Dall'inclusione dei sistemi giuridici autoctoni nella configurazione dello Stato discende un sindacato di costituzionalità atipico, di tipo plurale, esercitabile sia sulle fonti-atto sia sulle regole ancestrali dei nativi. Data poi la diversa natura dei due sistemi, indigeno e statale, i loro rispettivi principi non possono trovare applicazione al di fuori dell'alveo di riferimento; di conseguenza, spetta al TCP alimentare il pluralismo ed evitare l'uniformità del diritto avviando un dialogo con tali soggetti istituzionali per adempiere al mandato espresso nella rifondazione dello Stato. In merito alle competenze sottese alla sfera dell'autoctonia, il giudice delle leggi è incaricato di risolvere i conflitti di attribuzione fra giustizia indigena, ordinaria e agro-ambientale (art. 202, p.to 11, Cost.); può essere consultato, su istanza delle autorità autoctone, sull'applicazione delle loro regole in casi concreti (art. 202, p.to 8, Cost.); è tenuto a sindacare in via preventiva la costituzionalità dei progetti di statuti delle autonomie, ivi compresi quelli delle autonomie indigene originarie contadine (art. 275 Cost.); ed è chiamato a decidere sulle controversie fra governo plurinazionale, entità territoriali autonome e decentrate, e fra queste ultime (art. 202, p.to 3, Cost.). Inoltre, in quanto garante del rispetto e dell'effettività dei diritti e delle garanzie costituzionali, il TCP può revisionare le decisioni prese dalle giurisdizioni riconosciute dall'ordinamento, ivi comprese le autorità indigene, in via di *acción de libertad*, di *acción de amparo constitucional*, di *acción de protección de privacidad*, di *acción popular* e di *acción de cumplimento* (art. 202, p.to 6, Cost.). Per il rilievo assunto dalle prime tre funzioni suindicate, e su queste che si appunta approfonditamente l'analisi.

Constitucional en Estado Plurinacional: El Reto Constituyente de Bolivia, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 1, 2012, pp. 29 ss.; A.E. Vargas Lima, *Reflexiones críticas sobre la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia*, in *Estudios Constitucionales*, 2, 2011, pp. 639 ss.

[68] Cfr. la sent. cost. 2143/2012 dell'8 novembre 2012.

6.1. *La risoluzione dei conflitti di attribuzione fra giustizia indigena e altre giurisdizioni*

Con riferimento ai conflitti di attribuzione fra giustizia indigena e altre giurisdizioni, è tramite siffatta tipologia di controversie che emergono le problematiche insite nelle sfere personale, territoriale e competenziale che concorrono a stabilire la giurisdizione nei casi concreti. Recenti decisioni del TCP estendono il profilo soggettivo anche ai non nativi e ampliano le garanzie di accesso alla giustizia indigena sotto il profilo materiale.

Quanto al primo aspetto, la sentenza nr. 0026/2013 statuisce che in casi eccezionali le persone estranee alla comunità indigena possano essere giudicate dall'autorità locale. Il fondamento della decisione si rinviene nel diritto collettivo ad amministrare la giustizia originaria, strettamente legato alla costruzione dell'identità autoctona. Per questo, si ammette che i non nativi si assoggettino alle regole ancestrali in via espressa o tacita, allorquando decidano di risiedere in un territorio indigeno. Il trattamento di favore nei riguardi del gruppo appare legittimo essendo in linea con il disegno costituzionale di valorizzazione dell'elemento autoctono. L'interesse alla sopravvivenza delle comunità e del loro portato giuridico, nonché al loro sviluppo, soverchia così i diritti dei singoli, che non possono pretendere automaticamente l'applicazione delle regole del sistema normativo ordinario qualora non si identifichino nella cultura nativa. Si tratta di una scelta che avrebbe potuto compiere il legislatore, specificando i casi di deroga alla regola generale. La *Ley de Deslinde*, al contrario, non si occupa delle situazioni di confine e impone invece la contestualità dei tre ambiti, in tal modo restringendo le fattispecie applicative del diritto ctonio. A sua volta, il TCP smentisce la necessaria concomitanza dei tre criteri, del resto non prevista in costituzione. Il collegio, peraltro, non dichiara l'illegittimità della norma contenuta nella *Ley*, né indica le ipotesi di eccezionalità che determinano l'avocazione della causa alla giustizia locale. Il richiamo alla subordinazione tacita dei non nativi alle regole ancestrali, così come alla residenza nel territorio indigeno, sembrano lasciare aperta la porta a molte fattispecie in cui la situazione giuridica graviti nell'orbita delle comunità. A ciò vanno aggiunte le considerazioni relative all'ambito materiale.

Secondo il TCP la distinzione per materie non è concepita dai popoli autoctoni e dunque il riconoscimento e la risoluzione dei casi che li riguardano deve partire da una comprensione integrale, ove il conflitto è un momento in cui rilevano pure l'elemento spirituale, religioso, e non

vi è differenza fra materia penale, civile, sociale, famigliare. Inoltre, ogni gruppo ha un proprio sistema giuridico conforme alla rispettiva cosmovisione, alla cultura, a valori e regole, sulle cui basi risolve le controversie, e ha competenza a decidere in quali situazioni intervenire e quando demandare la causa ad altre autorità. Secondo questa linea giurisprudenziale, la giurisdizione indigena è abilitata a conoscere e risolvere i casi reputati di sua attinenza indipendentemente se siano considerati gravi o lievi, penali o civili, secondo il diritto statale. Inoltre, in virtù del principio di libera determinazione dei popoli indigeni, il contenuto di cui all'art. 10, p.to II, della *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, relativo alle materie residuali, attribuite alle altre giurisdizioni, a detta del tribunale deve essere reso compatibile con la costituzione e con i principi di plurinazionalità, pluralismo, interculturalità e decolonizzazione[69]. Per questa via il TCP scavalca i disposti contemplati nella legge di delimitazione delle giurisdizioni, svuotando di significato il contenuto della *Ley* a suon di eccezioni.

In definitiva, l'unico requisito che sembra rimanere certo è il criterio territoriale, mentre le sfere personale e materiale sono interpretate in modo da ampliare il raggio di azione delle autorità locali. Il *Tribunal* sembra aderire a una impostazione "caso per caso", senza dichiarare invalide parti della normativa statale. Tale scelta lascia supporre che esso provvederà anche in futuro a definire gli ambiti della giustizia indigena, allontanandosi dai rigidi schematismi del legislatore e divenendo il punto di snodo, il massimo strumento di coordinamento e di regolamentazione per sanare eventuali contrasti fra giustizia ordinaria, agro-ambientale e indigena nonché fra situazioni in cui siano coinvolti indigeni e non indigeni.

6.2. *La* consulta

Con riguardo al parere (*consulta*) richiesto ai sensi dell'art. 202, p.to 8, Cost., questo si concreta, secondo la costituzione e le leggi attuative, in una istanza delle autorità indigene affinché il TCP decida se le loro norme, da applicarsi a una fattispecie determinata, siano conformi ai principi, valori e fini sanciti nel testo solenne, esercitando un sindacato di costituzionalità preventivo. Il controllo è operato da una sezione apposita, la *Sala Primera Especializada* (art. 32 LTCP). Entro trenta giorni dalla richiesta, l'organo è tenuto a decidere se la norma sia applicabile o meno al caso concreto; qualora ciò non sia possibile, esso propone soluzioni alternative, culturalmente adeguate alla fattispecie (artt. 139-140 LTCP). La decisione finale (*declara-*

[69] V. le sent. nr. 0037/2013 del 4 gennaio 2013 e nr. 0874/2014 del 29 maggio 2014.

ción) è vincolante per l'autorità richiedente (art. 202, p.to 8, Cost.).

Nella prassi, alla *Sala* è affidato un esercizio di interpretazione interculturale: la giustizia indigena segue logiche molto distanti da quelle della magistratura ordinaria, logiche da tenere presenti per giungere alla decisione. La giustizia interculturale sottende un quadro partecipativo fondato su un procedimento democratico e aperto, un processo dialogale che canalizza la polarizzazione e il conflitto sociale; alla base vi è il riconoscimento che ogni cultura ha proprie modalità per rendere giustizia, e suo obiettivo è quello di fissare regole condivise in quanto negoziate dai vari attori. La *consulta* attiva un dialogo interculturale fra TCP e autorità autoctone che rafforza la giurisdizione indigena nonché la giustizia plurale. Nell'ambito del nuovo meccanismo di controllo, il giudice delle leggi accoglie una linea ermeneutica atipica, che discende dalla comprensione della cosmovisione andina, secondo cui la *consulta* ha il fine di ristabilire l'armonia e l'equilibrio comunitario. È dalla concezione autoctona dell'istituto che il TCP è condizionato nel proprio svolgimento interpretativo: come nelle comunità la *consulta* si realizza mediante un accesso diretto, aperto, atemporale e flessibile alle autorità indigene, così essa deve concretizzarsi nella *Sala*. Per questo motivo, l'organo costituzionale afferma chiaramente che il suo intervento non si configura alla stregua di un sindacato previo di legittimità, né quale strumento di consultazione di tipo preventivo. La funzione di cui all'art. 202, p.to 8, cost. può essere avviata in qualsiasi momento: sia prima sia dopo l'applicazione della norma, assumendo i contorni di un meccanismo di natura costante, aperta e flessibile. Il TCP fa rinvio ai principi di plurinazionalità, pluralismo, interculturalità e decolonizzazione per sancire che l'istituto rientra in un ambito specifico e diverso dal sindacato costituzionale preventivo, non potendosi nemmeno applicare i criteri temporali e i requisiti formali per la sua attivazione, assicurando così che la *consulta* persegua il suo scopo, ossia ristabilire l'armonia e l'equilibrio in seno al gruppo. La *Sala Primera Especializada* può raccogliere informazioni sul caso concreto mediante udienze pubbliche con le autorità autoctone, visite nelle comunità interessate, resoconti della *Unidad de Descolonización*[70], e altre modalità, con l'intento di instaurare un dialogo interculturale con le nazioni e i popoli indigeni, da alimentare anche successivamente alla *declaración* per plasmare i valori plurali supremi[71].

L'interpretazione plurale che il TCP è chiamato a svolgere deve trarre

[70] L'*Unidad de Descolonización* è una sezione tecnica affiliata all'organo con il compito di eseguire perizie culturali-antropologiche e di tradurre negli idiomi locali le sentenze del TCP.

[71] *Amplius*, v. la *declaración* del TCP nr. 0006/2013 del 5 giugno 2013.

origine dalla cosmovisione e dai contenuti storici, linguistici, filosofici del decolonialismo. Essa si concreta in uno strumento ermeneutico di natura multidimensionale che si apre a nuove forme di osservazione, scaturite al di fuori del ragionamento giuridico di stampo coloniale che rappresenta un sofisticato esercizio di potere. La prospettiva plurale o multidimensionale non mira a interpretare le parole e i concetti, bensì le realtà concrete interrelate che sorgono nell'ambito geografico, etnico-culturale e politico. La fonte di questa attività, seguendo l'impostazione dei popoli indigeni, è il vissuto, l'esperienza, il "multidimensionale", le regole che sorgono dalla vita, nel fatto concreto, e si evolvono continuamente[72].

La cornice ermeneutica dell'interpretazione plurale si definisce secondo quattro profili: la cosmovisione e la concezione filosofica connesse alle identità plurinazionali, che impongono di prendere in seria considerazione il pensiero dei popoli indigeni; la concomitanza di saperi storici, linguistici, culturali, sociali, economici e politici intesi in modo integrale, ossia trascendendo le frontiere disciplinari nel richiedere consulenze tecniche e perizie, che devono fuoriuscire dall'ambito giuridico per interpretare in senso plurale e interdisciplinare il diritto; la constatazione del vissuto e delle esperienze concrete degli attori, delle collettività e dei contesti, che richiede la presenza di giudici fra le nazioni e i popoli indigeni per comprendere l'*humus* che si vuole interpretare; l'interpretazione dal basso, che affiora dalla produzione orale e dalla pratica ermeneutica degli attori sociali secondo parametri "decolonizzatori", e che è il risultato del dialogo e dell'accordo sul modo in cui un istituto, una pratica o una regola indigena vada intesa[73].

6.3. *Il controllo costituzionale preventivo sui progetti di statuti delle comunità indigene*

La costruzione di una società giusta e armoniosa a cui tende la costituzione boliviana si manifesta, secondo il TCP, anche nei principi espressi negli statuti delle autonomie: nei territori a presenza indigena tali atti dovrebbero contenere un progetto alternativo, inclusivo, che parta dal *kawsay*, dalle energie vitali di terra, sole, aria e acqua espresse nelle cosmovisioni delle comunità ancestrali[74].

Il controllo costituzionale preventivo sui progetti di statuti delle autonomie indigene originarie contadine si fonda sull'art. 275 Cost., ove si statui-

[72] Cfr. la *declaración* del TCP nr. 0030/2014, del 28 maggio 2014.
[73] Si v. la *declaración* del TCP nr. 0030/2014, del 28 maggio 2014.
[74] Così la sent. cost. nr. 0006/2014, del 12 febbraio 2014.

sce che ogni organo deliberativo degli enti territoriali elabora in modo partecipativo il progetto di statuto, da approvarsi a maggioranza dei due terzi del totale dei suoi componenti e, previo controllo di costituzionalità, entra in vigore a seguito di referendum confermativo. Nel Codice processuale costituzionale (legge nr. 254 del 5 luglio 2012) si esplicita che: l'oggetto del vaglio è quello di raffrontare il contenuto dello statuto con la costituzione e garantire la superiorità della costituzione (art. 116); il sindacato è obbligatorio (art. 117); nel caso delle autonomie indigene, sono legittimati a inoltrare la richiesta al TCP i soggetti designati in accordo alle loro rispettive norme (art. 118); il TCP può dichiarare la costituzionalità o incostituzionalità, parziale o totale, del progetto di statuto (art. 120).

Il progetto di statuto autonomico di Totora Marka, composto di ben 102 articoli, è il primo a essere stato sottoposto al vaglio del TCP[75]. La *declaración* nr. 009/2013 del 27 giugno 2013 ha sancito la conformità costituzionale di 80 articoli, la compatibilità di altri 10 secondo l'interpretazione resa dal TCP, e altri 12 articoli sono stati ritenuti incostituzionali. La *declaración* evidenzia alcuni aspetti problematici relativi alla concezione ctonia delle regole che governano la vita nella comunità da una parte e la previsione di uno statuto dall'altra. Nella sua opinione concorrente, il giudice Cusi ha infatti sostenuto che l'elaborazione degli statuti dei territori indigeni dovrebbe essere volontaria e non obbligatoria, e che tali atti potrebbero essere espressi in forma orale e non necessariamente scritta, seguendo le norme consuetudinarie dei gruppi autoctoni. Nell'esprimere il voto contrario alla dichiarazione, la giudice Velásquez ha affermato che non si possa procedere al controllo costituzionale preventivo sugli statuti dei territori indigeni in quanto le autonomie indigene sono diverse dagli altri enti periferici, essendo espressione della libera determinazione dei popoli indigeni, e in quanto il vaglio non può espletarsi su norme di natura consuetudinaria inserite in tali atti[76].

7. *L'America Latina fra* nuevo constitucionalismo *ed egemonia delle categorie giuridiche occidentali*

[75] Lo statuto è reperibile in http://ftierra.org/index.php/component/attachments/download/22. Anche altri progetti di statuto sono stati successivamente vagliati dal TCP; cfr. *Tribunal Constitucional Plurinacional*, *Siete proyectos de Estatutos Autonómicos Indígena Originario Campesino avanzan en el control de constitucionalidad*, in https://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/siete-proyectos-de-estatutos-auton%C3%B3micos-ind%C3%ADgena-originario-campesino-avanzan-en-el-control.

[76] Cfr. *Tribunal Constitucional Plurinacional*, *TCP declaró 90 artículos constitucionales del Estatuto indígena originario campesino de Totora Marka*, in https://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/tcp-declar%C3%B3-90-art%C3%ADculos-constitucionales-del-estatuto-ind%C3%ADgena-originario-campesino-de.

In chiusura, va segnalata la distanza che continua a persistere tra la cultura occidentale dominante e le culture ctonie dell'America Latina, nonostante gli sforzi per affermare il c.d. *nuevo constitucionalismo*. Questo trascende il costituzionalismo di impronta occidentale, la cui prospettiva non incorpora le più recenti novità del diritto latinoamericano, rappresentando solo l'epifania formale e procedimentale del *nuevo constitucionalismo*, che invece è arricchito da concezioni culturali e filosofiche lontanissime da quelle ispiratrici del costituzionalismo europeo[77]. I caratteri del costituzionalismo tipico di questa regione si individuano, secondo il *Tribunal Constitucional Plurinacional* boliviano, nel prodotto della volontà popolare emersa da lotte plurisecolari contro il colonialismo e dai movimenti di protesta degli ultimi decenni, che hanno reso possibile il processo costituente; nella plurinazionalità, una forma peculiare dello Stato, in cui sono le nazioni, i popoli, le collettività sociali storicamente escluse a riconoscere lo Stato, e non viceversa; nella decolonizzazione come smantellamento dello Stato nazionale e come creazione di una nuova identità; nell'aspirazione al *vivir bien* (*suma qamaña*), l'orizzonte alternativo al capitalismo, al neoliberismo, e a qualsiasi forma di mercantilizzazione e reificazione della vita[78].

Purtuttavia, come autorevolmente evidenziato da Carducci, sebbene il *nuevo constitucionalismo* intenda superare tutta una serie di vincoli coloniali-linguistici, nel trasfondersi nella costituzione inevitabilmente ripropone schemi di dominazione, in quanto «*la scrittura costituzionale, al pari di qualsiasi altra scrittura, [è] il riflesso di una determinata società e, nella sua esportazione, [risulta] essere una delle conseguenze della promozione coloniale del potere […] Identità, territorio, autonomia, partecipazione, consultazione preventiva su decisioni di interesse indigeno, sviluppo, sono e restano formule imposte che, ancorché filtrate dal "riconoscimento culturale", con la forza (del testo costituzionale) vengono dichiarate e solo ed unicamente grazie a questa forza possono essere garantite ed attuate. Non a caso, alcune comunità indigene rifiutano il riferimento alla propria giuridicità come "diritto consuetudinario", ossia come insieme di usi e continuità razionalmente ricostruibili ex post dall'osservatore, in quanto è l'idea stessa di osservazione razionale dei fatti (giuridici)*

[77] Si v. L. Pegoraro, *Diritto, diritto comparato, altre scienze nello studio del* nuevo constitucionalismo *e del* buen vivir *andino*, in S. Baldin, M. Zago (a cura di), *op. cit.*, p. 390; R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmau, *op. cit.*, pp. 1 ss.; M. Carducci, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità*, in *DPCE*, 2, 2012, pp. 319 ss.
[78] Cfr. la *declaración* del TCP nr. 0030/2014, del 28 maggio 2014.

che sfugge a molte di quelle identità giuridiche»[79].

Non si può nascondere il fatto che questa sia anche la cornice epistemologica che soggiace all'impianto giuridico boliviano; è dunque legittimo chiedersi come l'ordinamento possa aprirsi alla tradizione giuridica ctonia tanto da pariordinarla a quella occidentale quando i suoi assi cardinali riflettono in via esclusiva le categorie del diritto europeo.

Da un lato, le riforme summenzionate puntano alla costruzione di nuovi canoni epistemologici tesi a revisionare le premesse culturali ancorate al paradigma neocoloniale. Il fine insito nell'edificazione dello Stato plurinazionale e interculturale boliviano è di ampio respiro, volto ad affermare una epistemologia del Sud che annetta integralmente la cultura autoctona nell'identità latinoamericana[80]. Non si tratta soltanto di prevedere istituti giuridici per pariordinare i gruppi, bensì di operare una trasformazione profonda e complessiva della società e delle sue istituzioni per condurre a un modello civilizzatorio alternativo a quello tuttora prevalente. All'interculturalità spetta il compito di rimuovere gli elementi del pensiero dominante che postulano la relazione del rispetto e della tolleranza fra le diverse culture senza sradicare in concreto i fattori che alimentano forme di sottomissione. Obiettivo dell'interculturalità «critica» deve essere quello di ricercare soluzioni per garantire l'eguaglianza fra gruppi subalterni ed egemoni e per assicurare una democrazia aperta agli usi e ai costumi dei popoli indigeni[81], onde affermare il *nuevo constitucionalismo*.

Dall'altro lato, sul piano fattuale inevitabilmente si notano tensioni fra il dettato della costituzione e le regole e le prassi attuative. La potestà indigena non è speculare al sistema della giustizia statale. L'equiordinazione postulata nel testo solenne non comprende la divisione simmetrica delle competenze con la magistratura ordinaria. E alcune previsioni della *Ley de Deslinde Jurisdiccional* – atto che segue i canoni del diritto occidentale e pertanto non si conforma al sistema di pensiero indigeno, finendo per essere criticato da molti esponenti delle comunità –, contribuiscono a ridurre ulteriormente gli spazi della giustizia locale. Spazi che il Tribunale Costituzionale Plurinazionale sembra intenzionato a restituire alle autorità indigene.

[79] Così M. Carducci, *«Talcualismo», «decolonizzazione» o «utopia arcaica» del Diritto Costituzionale?*, in *Revista de Investigações Constitucionais*, 2, 2014, pp. 13 e 17.

[80] Si v. B. de Sousa Santos, *Una epistemología del Sur. La reinvención del conocimiento y la emancipación social*, Siglo XXI, Madrid, 2009.

[81] Cfr. M. Bailone, *El Bienvivir: una cosmovisión de los pueblos originarios andino-amazónicos*, in E.R. Zaffaroni, *La* Pachamama *y el humano*, Ed. Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2012, p. 154.

È noto che le Corti costituzionali influenzano la forma di Stato[82]. Simmetricamente, esse sono condizionate dalla forma di Stato nell'esercizio delle loro funzioni. Come palesato nell'indagine, il *Tribunal Constitucional Plurinacional* abbraccia la teoria del *nuevo constitucionalismo* e il disegno plurinazionale e interculturale per supportare l'effettività dei principi costituzionali volti alla tutela dei popoli indigeni e alla promozione dei loro valori, sistemi giuridici e stili di vita. Per la forte rottura col sistema preesistente e per la carica innovatrice, il *nuevo constitucionalismo* obbliga le istituzioni, incluso il giudice delle leggi, a ricercare forme alternative di interpretazione, che promanino dal basso, cimentandosi in un dialogo dove entrano in gioco paradigmi altrui e distinte pratiche ed esperienze. L'interlegalità che permea l'ordinamento dispiega i suoi effetti a livello di esegesi del testo fondamentale lasciando spazio a idee differenti, parallele alla versione ufficiale che segue essenzialmente gli stilemi occidentali. L'interpretazione flessibile della costituzione in chiave pluralista è emblema dell'apertura alle visioni autoctone della giustizia. Un ulteriore esempio è dato dall'impegno della *Sala Primera Especializada* a consolidare una pedagogia costituzionale interculturale, volta alla comprensione dei principi, valori e regole dei popoli autoctoni, per collocarli su un piano paritario con quelli sinora imperanti. Si può obiettare che questo metodo offuschi la chiarezza delle norme e la certezza del diritto. Tuttavia, gli organi giudiziari di uno Stato plurinazionale e interculturale necessitano di approcci più sfumati al diritto per rispettare appieno il mandato costituente, criteri da legittimare mediante processi deliberativi di natura aperta e inclusiva[83].

Resta ancora un'ultima osservazione: a modesto avviso di chi scrive non si tratta di un percorso verso una effettiva equiordinazione fra culture e correlati sistemi giuridici, bensì di un passo doveroso da compiere se si vuole procedere alla rivalutazione di comunità emarginate e discriminate. Un cammino che però non può condurre alla piena affermazione di un diritto ctonio che sia parallelo a quello egemone, se non al prezzo di una (utopica) "ri-conquista" di Abya Yala (il nome ancestrale del continente americano) da parte dei popoli indigeni.

Abstract

[82] Cfr. L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 251 ss.

[83] Sul pensiero multivalente applicato al diritto, che appare utile nelle società contemporanee, v. H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, il Mulino, Bologna, 2011, pp. 572 ss.

This essay focuses on the Bolivian indigenous justice system and on the functions performed by the Plurinational Constitutional Tribunal related to the autochthonous sphere with the aim to test the effectivity of the constitutional design. After a brief introduction, section II outlines the meaning of the so called etnodesarrollo in the Latin American debate in order to better understand, in section III, the decolonial ideology that underpins the new constitutional order. The consolidation of the Bolivian Plurinational and Intercultural State implies the recognition of a set of rights to the indigenous groups, as well as the equivalence between indigenous justice and ordinary justice, and the elaboration of new interpretative methods by the constitutional judges, as it is explained in sections IV, V, VI. The final section is devoted to some reflections on the distance between the Western legal categories that permeate Latin America and the chthonic law, notwithstanding the significant role played by the Bolivian Constitutional Tribunal to strengthen the indigenous values in this country.