

# Il ruolo delle Corti costituzionali tra pluralismo giuridico, plurinazionalità e interculturalità

Silvia Bagni\*

**Abstract:** partendo dalla contestata definizione di nuevo constitucionalismo latinoamericano l'autrice si sofferma su tre caratteri peculiari della forma di Stato (plurinazionalità, interculturalità e riconoscimento di pluralismo giuridico) di due ordinamenti particolarmente significativi nel panorama costituzionale del continente, Bolivia ed Ecuador. L'obiettivo è quello di verificare come tali caratteri, suppostamente innovativi, interagiscono fra loro e con gli istituti statali pre-esistenti, di origine coloniale. L'angolo visuale da cui viene svolta l'analisi è quello del ruolo della giustizia costituzionale nella definizione di quei concetti. Nelle conclusioni si evidenziano influssi e re-flussi da e sulla cultura giuridica occidentale, che comunque confermano l'effetto trasformativo del costituzionalismo latinoamericano.

**Keywords:** interculturalità, pluralismo giuridico, plurinazionalità, mentalità giuridica, giustizia costituzionale

## 1. L'ambito geografico della ricerca

Il riconoscimento da parte dell'ordinamento statale di un certo grado di pluralismo giuridico è oggi un fatto abbastanza diffuso<sup>1</sup>. In primo luogo, il processo di decolonizzazione e le pressioni politiche derivanti dall'adozione di convenzioni e dichiarazioni internazionali sui diritti dei popoli indigeni hanno portato molti Stati a inserire nelle proprie Costituzioni tanto diritti identitari e culturali dei singoli individui appartenenti a popoli o nazioni originarie, quanto clausole di riconoscimento del diritto di quelle comunità e di quei popoli all'autogoverno, al mantenimento della loro identità e alla pratica del loro diritto ancestrale<sup>2</sup>. Contemporaneamente, gli ordinamenti di alcuni Stati caratterizzati da un forte pluralismo culturale a base etnico-religiosa, come l'India, o da enclaves minoritarie, come la comunità musulmana in Tracia, o le comunità non ebraiche in Israele, permettono a ciascun

---

\* La pubblicazione è frutto di ricerca nell'ambito del progetto "Dal pluralismo giuridico allo Stato interculturale. Statuti personali, deroghe al diritto comune e limiti inderogabili nello spazio giuridico europeo" (PI – prof. Lucio Pegoraro – CUP J34I19004200001). Silvia Bagni è ricercatrice in Diritto pubblico comparato, Università di Bologna

<sup>1</sup> Sulla diffusione del pluralismo giuridico, come fatto sociale e come concetto di interesse per diverse scienze sociali B.Z. Tamanha, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, in *Sydney Law Review*, vol. 30, 2008, pp. 375-411.

<sup>2</sup> Sul riconoscimento dei popoli indigeni come soggetti di diritto a livello internazionale e costituzionale cfr. R. Cammarata, *Indigeno a chi? Diritti e discriminazioni allo specchio*, Giappichelli, Torino, 2012; S. Lanni, *Sistema giuridico latinoamericano e diritti dei popoli indigeni*, in S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni in America latina*, ESI, Napoli, 2011; J.D. Castrillón Orrego, *Globalización y derechos indígenas: el caso de Colombia*, UNAM, México, 2006. In Perù, diverse organizzazioni rappresentative di popoli indigeni e afroperuviani stanno attualmente lottando per inserire nell'agenda politica il tema del riconoscimento legislativo della loro soggettività giuridica, attraverso una proposta di progetto di legge intitolata *Ley de autoidentificación y registro de la personalidad jurídica de pueblos indígenas u originarios, y pueblos afroperuanos* ([https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLSeC82PX8TT0B9BxZXV2s7\\_YoAzkAif0QmczUY0Qhxf7tMwcWA/viewform](https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLSeC82PX8TT0B9BxZXV2s7_YoAzkAif0QmczUY0Qhxf7tMwcWA/viewform)), al fine di superare i limiti che l'ordinamento pone all'effettivo godimento dei diritti riconosciuti a livello internazionale e costituzionale.

gruppo di avere uno statuto personale per la disciplina di delimitati ambiti della vita sociale (in genere, il diritto di famiglia e successorio)<sup>3</sup>.

Molte delle riforme costituzionali e dei processi costituenti considerati dalla dottrina espressione del nuovo costituzionalismo latino-americano sono il risultato delle trasformazioni sopra descritte. A distanza di anni dalla prima letteratura che identificava i tratti salienti di questa nuova fase del costituzionalismo in assiologie ed istituti originali, o reinterpretati in chiave autoctona<sup>4</sup>, c'è chi si accosta criticamente alla categoria, denunciando come sia ormai necessario passare dalla fase dell'entusiasmo rispetto alle dichiarazioni di principio contenute nelle Costituzioni, a quella del bilancio, per lo più insoddisfacente, circa l'effettività del cambiamento<sup>5</sup>. A mio parere, il parziale fallimento operativo non deve offuscare il rinnovamento nella mentalità giuridica<sup>6</sup> che il nuovo costituzionalismo latinoamericano ha prodotto, sia nella dottrina del Nord, che ha cominciato a studiare tali novità abbandonando una posizione "orientalista" a favore di un serio interesse per le possibilità di attecchimento e circolazione di tali idee; sia in quella del Sud, con la presa di coscienza di una epistemologia trasformatrice, che caratterizza sempre più i percorsi formativi dei neo-giuristi latinoamericani<sup>7</sup> e che, in alcuni ambiti più che in altri, comincia a filtrare nelle funzioni dello Stato (si pensi alle pionieristiche sentenze e ai provvedimenti adottati in vari Paesi latinoamericani in materia di diritti della Natura<sup>8</sup>). Dopo tutto, la scienza giuridica è scienza del dover essere e la prescrittività di una norma non viene meno per desuetudine; né le Costituzioni latinoamericane sono equiparabili alle "costituzioni di carta" di certi Paesi dell'Africa o dell'Asia, le cui strutture di potere negano apertamente i principi dello Stato di diritto e del costituzionalismo democratico (autocrazie o teocrazie); senza contare, poi, che le ragioni sistemiche alla base di quel fallimento per lo più non sono di natura giuridica, bensì dipendono da fattori di instabilità politica, quali corruzione e caudillismo,

---

<sup>3</sup> K. Topidi, (ed.), *Normative Pluralism and Human Rights. Social Normativities in Conflict*, London/New York, 2018; D. Amirante, *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, BUP, Bologna, 2014; R. Toniatti, *Minoranze (diritti delle)*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Treccani, Roma, 1996.

<sup>4</sup> R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmau, *Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in R. Viciano Pastor (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Valencia, 2012; R. Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Abya Yala/Universidad Andina Simón Bolívar/Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2011, in part. pp. 75-80.

<sup>5</sup> A. Mastromarino, *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva*, in *Dir. Pubb. Comp. Eur.*, n. 2, 2020, pp. 317-362.

<sup>6</sup> Auspicavo che l'incontro della scienza giuridica con concetti antropologici o sociologici come quello di interculturalità potesse produrre un cambiamento significativo nelle categorie tradizionali e nella mentalità del giurista in S. Bagni, *Does interculturalism matter in legal studies*, in *DPCEOnline*, n. 2, 2019, pp. 1279-1283.

<sup>7</sup> Per un chiaro esempio si v. N. Garay Montañez, *Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano: acerca de la categoría poder*, in *Rev. Gen. Der. Púb. Comp.*, n. 27, 2020, pp. 1-29.

<sup>8</sup> Sia consentito rinviare a S. Bagni, *Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana*, in *DPCE Online*, n. 4, 2018, pp. 989-1003.

dipendenza economica, fragilità sociale<sup>9</sup>; per concludere con la constatazione che è praticamente impossibile definire quale sia il congruo arco temporale per guardare a una riforma con un approccio critico storico invece che contemporaneo e analitico. Per il comparatista, questi elementi rappresentano il contesto da conoscere e studiare per comprendere se e come strutture giuridiche ereditate possano convivere con nuovi istituti e principi.

Come segnala Roberto Toniatti «Negli ordinamenti dell'America latina la transizione costituzionale verso un paradigma inclusivo della diversità culturale comporta un concomitante percorso di transizione dal monismo al pluralismo giuridico (e giurisdizionale)»<sup>10</sup>. Sebbene l'espressione sia codificata in Costituzione soltanto in Bolivia (artt. 1 e 178 cost.), il riconoscimento della giurisdizione indigena, a determinate condizioni, è previsto a livello costituzionale anche in Brasile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Messico, Nicaragua, Paraguay, Perù, Venezuela<sup>11</sup>.

Spingendosi oltre, alcune Costituzioni hanno introdotto, insieme al concetto di pluralismo giuridico, nuove qualificazioni della forma di Stato, quali "interculturale" e "plurinazionale". Tali nuovi principi interpretativi e organizzativi si inseriscono in modelli preconfezionati sulla base della tradizione giuridica occidentale: lo Stato-nazione europeo o quello multiculturale anglosassone; lo Stato unitario, contrapposto a quello federale. Le forme di autogoverno dei popoli e delle comunità indigene, così come il riconoscimento dei loro modelli di giustizia, aspirano a costituire soluzioni originali a problematiche di convivenza, adatte ai contesti culturali e sociali locali, secondo una visione sinceramente comparatistica, che impone di andare oltre le categorie giuridiche dell'Occidente<sup>12</sup>. Contemporaneamente però,

---

<sup>9</sup> Si v. ad es. la critica al multiculturalismo svolta da Claudia Zapata Silva, che identifica la causa principale del fallimento delle politiche statali sulla diversità culturale in America latina con il contrasto fra «un discorso rimbombante sobre la diversidad cultural de la nación (que generó expectativas importantes entre la población indígena) y políticas sociales de corto alcance», identificata nel mantenimento di una violenza strutturale riprodotta dal modello economico neoliberale: C. Zapata Silva, *Crisis del multiculturalismo en América Latina. Conflictividad social y respuestas críticas desde el pensamiento político indígena*, Calas, Wetzlar, 2019, p. 108 ss. La complessa situazione politica di molti Paesi dell'America latina certo non si presta a generalizzazioni. L'impressione che tuttavia risulta dalla somma dei singoli casi è di grande instabilità, oltre che di estrema difficoltà economica, aggravata dalla crisi sanitaria.

<sup>10</sup> R. Toniatti, *Il paradigma costituzionale dell'inclusione della diversità culturale in Europa e in America latina: premesse per una ricerca comparata sui rispettivi modelli*, in S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (coords), *La ciencia del derecho Constitucional comparado. Libro homenaje a Lucio Pegoraro*, Tirant Lo Blanch, México, 2017 tomo III, p. 1450.

<sup>11</sup> Si limitano a prevedere la tutela della loro identità culturale El Salvador, Honduras, e Panama. In Cile, il rapporto tra le comunità indigene e lo Stato è regolato dalla legge (Ley 19253/1993 e ss.mm.), che tuttavia non riconosce la giurisdizione indigena, anche se nei conflitti fra indigeni l'organo giudiziale può applicare il diritto consuetudinario indigeno, se le parti lo richiamano, sempre che sia conforme alla Costituzione (art. 54).

<sup>12</sup> L. Pegoraro, *Il diritto pubblico comparato in cerca di una identità (Riflessioni dopo vent'anni di DPCE)*, in *DPCE Online*, vol. 42, n. 1, apr. 2020, <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/924>; Id., *Blows against the empire. Contro la iper-costituzione coloniale dei diritti fondamentali, per la ricerca di un nucleo interculturale condiviso*, in *Annuario di Diritto comparato e studi legislativi 2020, 2020*, in corso di pubblicazione.

esse pongono interrogativi circa l'effettiva capacità di integrazione di modelli organizzativi i cui presupposti culturali sono radicalmente diversi.

Scopo di queste riflessioni è quello di indagare se e come tali concetti e categorie si influenzino reciprocamente, originando fenomeni di interlegalità. L'ambito privilegiato di analisi sarà il ruolo dell'organo di giustizia costituzionale, chiamato contemporaneamente a garantire tanto il pluralismo giuridico in senso debole, quanto la forma plurinazionale dello Stato e la forma dello Stato di diritti (Estado constitucional de derechos y justicia, art. 1 cost. Ecuador) in prospettiva interculturale. Comincerò definendo i concetti di pluralismo giuridico, plurinazione e intercultura (§ 2). Passerò poi a descrivere come questi concetti siano stati declinati negli ordinamenti boliviano ed ecuadoriano (§ 3). Infine, proporrò alcune riflessioni su come tali esperienze possano influenzare recenti proposte di classificazione dei sistemi di giustizia costituzionale (§ 4).

## **2. Pluralismo giuridico, plurinazione e intercultura**

Griffiths, nel suo pionieristico articolo degli anni '80, partiva da una definizione empirica e descrittiva di legal pluralism come «the presence in a social field of more than one legal order»<sup>13</sup>. L'autore denunciava il fatto che la dottrina contemporanea assumesse come presupposta una declinazione ideologicamente connotata del concetto, che egli descrive come "debole". In questa versione, il weak legal pluralism integra l'ideologia centralista, in cui lo Stato "accetta" (e dunque legittima dall'alto) che a gruppi differenti di persone siano applicati sistemi di norme di origine non statale, sulla base di comuni elementi identitari come etnia, religione, lingua, nazionalità, ecc. Egli invece si concentrava sulla forma forte di legal pluralism, ossia quella corrispondente a una pluralità di ordinamenti coesistenti, le cui rispettive regole sono in competizione nella disciplina di una medesima fattispecie. Solamente quest'ultima versione di pluralismo si contrappone all'ideologia del centralismo giuridico. In quel saggio, Griffiths affrontava tutte le problematiche che il pluralismo giuridico faceva insorgere: la definizione dei criteri di applicabilità del diritto "speciale", l'individuazione degli organi per la risoluzione dei conflitti di competenza, la conformità del diritto "speciale" al diritto statale, il livello di accettazione sociale del diritto "speciale".

Più recentemente, Hoekema<sup>14</sup> ha parlato di pluralismo egualitario opposto a unitario, in sostanziale corrispondenza con il pluralismo forte e debole di Griffiths. La distinzione si fonda sul tipo di convivenza che si instaura fra i concorrenti sistemi giuridici e su chi funge da arbitro in caso di conflitto. In senso forte o egualitario, il riconoscimento in Costituzione del pluralismo giuridico implica una equivalenza sostanziale fra i diversi complessi di norme. Ulteriori conseguenze sono la libertà di scelta in capo al singolo circa quale diritto scegliere per la disciplina dei propri rapporti giuridici, a seconda della specifica situazione in cui si trova (forum shopping) e il fatto che la soluzione dei conflitti spesso generi interlegalità, ossia un nuovo

---

<sup>13</sup> J. Griffiths, What is legal pluralism?, in *Journal of Legal Pluralism*, n. 24, 1986, p. 1 e p. 38.

<sup>14</sup> A.J. Hoekema, Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario, in *El otro derecho*, n. 26-27, 2002, pp. 70-71, [http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho\\_26\\_27/El\\_otro\\_derecho\\_26.pdf](http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_26_27/El_otro_derecho_26.pdf).

prodotto giuridico frutto dell'interazione fra norme appartenenti a sistemi diversi<sup>15</sup>. Infine, l'organo deputato a sciogliere la controversia è un terzo imparziale, indipendente da ciascuno degli ordinamenti in causa, o a composizione mista, come in una sorta di arbitrato internazionale<sup>16</sup>.

Il pluralismo forte o egualitario non si è imposto in alcun ordinamento giuridico esistente. Tutti subordinano il diritto non statale (quello tradizionale, come quello religioso) ai limiti sostanziali posti in Costituzione, e attribuiscono il potere ultimo di dirimere eventuali conflitti a un organo dello Stato, sia esso una corte appartenente alla giurisdizione costituzionale, dove prevista, o a quella ordinaria. Si pensi nuovamente al Canada per il Québec, oppure a Israele rispetto agli Statuti personali, alla Francia per le leggi della Nuova Caledonia, o anche alla giurisdizione coloniale del JCPC, ieri e oggi<sup>17</sup>.

Secondo il modello debole o unitario di pluralismo giuridico, il criterio interpretativo che la corte competente a risolvere i conflitti applica è quello della supremazia dei valori e principi costituzionali (che incorporano la cultura maggioritaria, solitamente quella occidentale) su quelli degli altri sistemi giuridici in competizione. Sul lungo termine, ciò porta inevitabilmente a una compressione dei caratteri originari della cultura subalterna, fino a una sua completa sussunzione nella struttura propria del diritto statale<sup>18</sup>. A ciò si aggiunga che normalmente, l'organo che esercita il controllo è formato da esperti del diritto di origine statale, che ignorano completamente i principi applicativi e interpretativi delle tradizioni "altre".

Il termine "plurinazione" appare nelle Costituzioni di Bolivia ed Ecuador, i primi due Stati al mondo ad essersi proclamati "plurinazionali" e "interculturali" (art. 1 cost.). Il suo recepimento discende dall'incontro, in sede costituente, della tradizione giuridica occidentale (basata sull'idea monolitica di Stato-nazione di origine westfaliana, per cui a uno Stato corrisponde un popolo, insediato su un territorio, con unità di caratteri etnici, linguistici e culturali) con la volontà di intraprendere un processo di decolonizzazione<sup>19</sup>, attraverso il riconoscimento paritario delle diverse

---

<sup>15</sup> A.J. Hoekema, *Legal Pluralism: Conflicting Legal Commitments Without a Neutral Arbiter*, in *Jura Gentium*, XI, 2014, pp. 61-103. Come noto, il concetto di interlegalità è stato ampiamente utilizzato da B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, New York, 1995.

<sup>16</sup> R. Molina Rivero, *Los derechos individuales y colectivos en el marco del pluralismo jurídico en Bolivia*, in E. Córdor Chuquiruna (coord.), *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung e.V, La Paz, 2011, p. 61.

<sup>17</sup> S. Bagni, M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, Wolters Kluwer/Cedam, Milano, in corso di pubblicazione.

<sup>18</sup> A.C. Diala, *Our laws are better than yours: the future of legal pluralism in South Africa*, in *Rev. Gen. Der. Púb. Comp.*, n. 2, 2019, in part. 18.

<sup>19</sup> S. Schavelzon, *Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir. Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes*, Abya Yala, Quito, 2015, p. 71 ss.

nazionalità e culture che compongono la società<sup>20</sup>. Tale concetto non si lascia sussumere totalmente in categorie maggiormente note alla tradizione giuridica occidentale, quali quella di Stato decentrato (autonómico in Spagna) federale o regionale. Criticando i criteri tradizionali utilizzati dalla dottrina per classificare le distinte forme di divisione territoriale del potere, prevalentemente in ragione dell'essere eurocentrici, Lucio Pegoraro propone l'utilizzazione di classificazioni duttili, tra cui quella fra federalismo di assimilazione e di riconoscimento, basata sulle categorie di mono-nazionalismo e plurinazionalismo. Qui, le ragioni del federalismo quale organizzazione territoriale dello Stato si sovrappongono a quelle di tutela delle minoranze, anche se l'autore riconosce come non sempre le ultime siano concentrate in un unico territorio<sup>21</sup>. In effetti, come vedremo, l'idea di plurinazionalismo negli Stati andini si rispecchia maggiormente nei contenuti del pluralismo giuridico, che non nella suddivisione delle competenze per unità istituzionali territoriali, propria dei fenomeni federalisti. La dottrina andina risalta proprio come la plurinazione, concepita come modello istituzionale, sia intrinsecamente debole, in quanto non applicabile a contesti, come quello ecuadoriano, in cui più popoli e nazionalità vivono nello stesso territorio<sup>22</sup>.

In entrambi gli Stati, l'incorporazione della plurinazione in Costituzione è avvenuta attraverso la partecipazione attiva e l'ascolto, in sede costituente, di rappresentanti di popoli e comunità indigeni<sup>23</sup>. Per questo motivo, il riconoscimento dell'autonomia indigena convive con l'unità territoriale dello Stato. Vengono previste infatti forme di organizzazione decentrata, basate anche sull'elemento personale (l'appartenenza al popolo/comunità indigena), e non esclusivamente su quello territoriale (la residenza su una determinata porzione di territorio). Tuttavia, il criterio territoriale resta imprescindibile per l'organizzazione dell'unità organizzativa, a scapito di un modello più fluido che la nuova qualifica plurinazionale avrebbe potuto legittimare. Infine, lo Stato riconosce l'esistenza di un ordine giuridico in competizione con quello prodotto dai propri organi e dalle proprie istituzioni, che ha la sua fonte di legittimazione al di fuori della Costituzione, nella tradizione storico-culturale di quei popoli. Tuttavia, ancora una volta, tra i requisiti per il riconoscimento della giurisdizione indigena resta l'elemento territoriale, per cui a questo nuovo quadro istituzionale non è corrisposta una forma originale di risoluzione dei conflitti nascenti dalle inevitabili intersezioni dei diversi sistemi.

---

<sup>20</sup> R. Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Abya Yala, Quito, 2011, p. 197; A. Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador, Corte constitucional para el Período de transición*, Quito, 2012, 95; A. Acosta, E. Martínez (cur.), *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Abya Yala, Quito, 2009; R. Prada Alcoreza, *Descolonización y transición*, Abya Yala, Quito, 2014.

<sup>21</sup> L. Pegoraro, *Para una teoría integradora del federalismo y la plurinación*, in G. Pavani, L. Estupiñan Achury (eds), *Plurinacionalismo y centralismo. Tensiones del Estado unitario en América latina*, Universidad Libre, Bogotá, 2017, in part. 67.

<sup>22</sup> G.R. Valarezo, *¿Plurinacionalidad o interculturalidad en la Constitución?*, in A. Acosta, E. Martínez (cur.), *Plurinacionalidad*, cit., p. 125.

<sup>23</sup> R. Prada Alcoreza, *Descolonización*, cit.; G. Leonel Júnior, *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Un estudio sobre Bolivia*, Molina & Asociados, La Paz, 2017, 103; A. Acosta, *Buen Vivir, plurinacionalidad y Derechos de la Naturaleza en el debate constituyente*, <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=247244>, pubblicato il 4/10/2018.

Molto prima di acquisire rilievo per i giuristi, il concetto di intercultura ha assunto significato per le scienze sociali e pedagogiche, dove già dagli anni '80 iniziano le prime ricerche sul tema<sup>24</sup>. È interessante notare come, in Italia, il primo interlocutore di sociologi, antropologi e pedagogisti sarà il Ministero dell'Istruzione, con la circolare 2 marzo 1994 n. 73 dedicata a "Dialogo interculturale e convivenza democratica: l'impegno progettuale della scuola". Il primo documento significativo dedicato all'interculturalità a livello europeo è molto più recente: si tratta del fondamentale White Paper on Intercultural Dialogue "Living Together As Equals in Dignity" del Consiglio d'Europa, del 2008, anche se sporadici riferimenti erano già stati inseriti nella Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionale, redatta nel 1995, e nella raccomandazione in tema di insegnamento della storia del 2001.

Pur nell'autonomia che caratterizza la stipulazione di concetti nelle varie discipline, l'uso consolidato di un termine resta un fattore essenziale per garantire l'efficacia della comunicazione e la funzione prescrittiva della disposizione<sup>25</sup>, sicché anche la definizione giuridica di interculturalità non può che partire da questi significati già sedimentati, tanto per i tecnici, quanto per la gente comune. Del resto, lo stretto legame tra progetti pedagogici interculturali e progetti politici di integrazione e pacificazione sociale<sup>26</sup> sono testimoniati dal fatto che tanto a livello europeo quanto latinoamericano, l'ambito principale di azione delle politiche interculturali è l'educazione<sup>27</sup>.

Interculturalismo<sup>28</sup> significa dialogo fra culture su di un piano paritario<sup>29</sup>, «para construir nuevas síntesis (interfecundación), lograr una comprensión plural de la realidad, canalizar los conflictos y construir un futuro equitativo e incluyente»<sup>30</sup>. Galo Ramón Valarezo afferma che l'interculturalità rappresenta un significativo passo

---

<sup>24</sup> M. Caputo, Interculturalità, in *Pedagogia Oggi*, n. 1, 2012, pp. 199-227.

<sup>25</sup> Sul peso da riconoscere all'uso nella definizione stipulativa dei termini giuridici v. U. Scarpelli, *Semantica giuridica*, in *Noviss. Digesto it.*, XVI, UTET, Torino, 1969, p. 978 ss. nonché gli studi di L. Wittgenstein, in particolare *Id.*, *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino, 1967.

<sup>26</sup> M. Caputo, *op. cit.*, p. 213.

<sup>27</sup> Al di fuori dei già menzionati "Stati interculturali" (Bolivia ed Ecuador), in molte Costituzioni latinoamericane l'unica disposizione che richiama l'interculturalità è quella sull'educazione interculturale bilingue (Argentina, Nicaragua, Perù, Venezuela). La Dichiarazione americana sui diritti dei popoli indigeni del 2016 riferisce l'interculturalità al piano educativo (art. XV, c. 5) e a quello della salute (art. XVIII, c. 4). Sulla relazione fra interculturalismo ed educazione v. anche C. Piciocchi, *L'interculturalismo nel diritto costituzionale: una storia di parole*, in *DPCE Online*, v. 39, n. 2, 2019, p. 1296, disponibile online <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/732>.

<sup>28</sup> Ho sviluppato le riflessioni che seguono in S. Bagni, *Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria*, in S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (coords), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., tomo II, pp. 137-190.

<sup>29</sup> Cfr. P. Talavera Fernández, *Diálogo intercultural y universalidad de los derechos humanos*, in *Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla*, n. 28, 2011, p. 20; B.W. Arias López, *La construcción argumentativa de la universalidad de los derechos humanos: el diálogo entre culturas*, in *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n. 37, 2016, pp. 153-169.

<sup>30</sup> G. Ramón Valarezo, *Plurinacionalidad o interculturalidad en la Constitución?*, disponibile online, <http://www.cebem.org/cmsfiles/archivos/plurinacionalidad-19.pdf>.

avanti rispetto ai concetti di «multiculturalismo» e «pluriculturalismo», poiché questi ultimi si limitano a descrivere una situazione di fatto, richiedendo riconoscimento, rispetto e tolleranza, disinteressandosi della relazione e dei conflitti fra le diverse culture. L'interculturalismo invece si concentra sulla relazione fra i "diversi", impostando fra loro un processo di incontro creativo ed equitativo, di dialogo e negoziazione di valori, il cui fine è l'identità nella diversità<sup>31</sup>.

È bene ricordare come il dialogo interculturale possa essere utilizzato, a seconda del progetto politico e di governance che lo incorpora come strumento per raggiungere i propri scopi, tanto come «veicolo di diffusione di principi che si postulano universali» quanto come «una base per ripensare e riconcettualizzare lo Stato e la società in una prospettiva attenta al portato culturale autoctono», quindi tanto in senso neo-imperialista quanto in senso contro-egemonico<sup>32</sup>. In principio, è questo secondo significato, riparativo e costruttivo allo stesso tempo, che dovrebbe ispirare l'implementazione dello Stato interculturale in Bolivia ed Ecuador. È quello che tenterò di verificare nel seguente paragrafo.

### **3. Gli Stati interculturali e plurinazionali di Bolivia ed Ecuador**

Come già accennato, Bolivia ed Ecuador sono i due ordinamenti latinoamericani dove pluralismo, plurinazione e intercultura si intrecciano nel dettato costituzionale<sup>33</sup>. In particolare, l'art. 1 cost. boliviana li menziona tutti nella medesima disposizione: «Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país». Vediamo come vengono declinati nelle parti successive della Carta costituzionale boliviana.

Il pluralismo giuridico è uno fra i principi che reggono l'amministrazione della giustizia (art. 178 cost.). Le comunità indigene possono applicare il proprio diritto, nei casi che riguardano i loro membri, con il limite del rispetto della Costituzione e della legge (artt. 2 e 30.I.14 cost.)<sup>34</sup>. L'estensione della subordinazione dell'autonomia giuridica indigena all'ambito legislativo stride con l'apparente

---

<sup>31</sup> La stessa posizione è condivisa da C. Walsh, *Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico*, in *Aportes Andinos*, n. 2, 2002, che fonda l'interculturalità «en la necesidad de construir relaciones entre grupos, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos, con el afán de confrontar y transformar las relaciones del poder (incluyendo las estructuras e instituciones de la sociedad) que han naturalizado las asimetrías sociales» (p. 1).

<sup>32</sup> S. Baldin, S. De Vido, *BALDIN, Serena; DE VIDO, Sara. Strumenti di gestione della diversità culturale dei popoli indigeni in America Latina: note sull'interculturalità*. DPCE Online, [S.l.], v. 39, n. 2, July 2019. ISSN 2037-6677. Available at: <<http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/733>>.p. 1309.

<sup>33</sup> Una comparazione estesa e dettagliata su questi temi, rispetto ai due ordinamenti andini menzionati si trova in S. Baldin, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Giappichelli, Torino, 2019.

<sup>34</sup> L'art. 190 cost. ribadisce il concetto, menzionando specificamente il rispetto del diritto alla vita, alla difesa e gli altri diritti e garanzie stabiliti dalla Costituzione.



equiparazione della legislazione statale con quella indigena nel sistema delle fonti, prevista dall'art. 410 cost.

Trattandosi di un ordinamento con un sistema accentrato di giustizia costituzionale, la funzione di controllo della compatibilità del diritto indigeno con la Costituzione è affidata al Tribunale costituzionale plurinazionale (TCP). Ciò può avvenire tramite un ricorso di amparo costituzionale (art. 128 ss. cost.) o una acción de libertad, che prevedono d'ufficio la revisione delle decisioni dei giudici ordinari da parte del TCP; oppure, ad iniziativa delle stesse autorità indigene, sulla base di una specifica richiesta rivolta al Tribunale, ex art. 202, c. 8 cost.<sup>35</sup>.

La prima condizione per l'esercizio della giurisdizione indigena è dunque personale, e deriva dall'auto-qualificazione delle parti come appartenenti a una nazionalità o a un popolo indigeno originario campesino. L'art. 191 cost. integra il requisito personale con quello territoriale: la giurisdizione indigena si esplica solo per fatti e rapporti giuridici avvenuti all'interno del territorio indigeno, o i cui effetti si manifestano esclusivamente nei suoi confini. Infine, lo stesso articolo demanda alla legge la definizione dell'ambito materiale della giurisdizione. La Ley 073/2010 de Deslinde jurisdiccional ha sollevato molte critiche in ragione della sua eccessiva rigidità e dell'effetto palesemente restrittivo dell'autonomia indigena<sup>36</sup>, sia per la qualità e quantità degli ambiti materiali esclusi dalla giurisdizione indigena, sia per il generico rinvio ad altri limiti previsti dalla legge (art. 10, c. 2, lett. d). L'art. 4 della legge annovera fra i suoi principi fondamentali «e) Pluralismo jurídico con igualdad jerárquica. Se respeta y garantiza la coexistencia, convivencia, independencia de los diferentes sistemas jurídicos, dentro del Estado Plurinacional, en igualdad de jerarquía». La formulazione sembrerebbe il presupposto di un pluralismo giuridico di tipo forte, nel quale non esiste gerarchia fra i diversi sistemi.

La funzione giurisdizionale è unica: ciò significa che anche la giustizia indigena è parte dell'apparato giurisdizionale dello Stato, e non c'è gerarchia fra questa e la giustizia ordinaria (art. 179.II cost.). Spetta al TCP la competenza esclusiva a definirne i confini<sup>37</sup>. Il TCP è dunque arbitro dei conflitti di giurisdizione all'interno della magistratura, funzione solitamente demandata alla Corte Suprema. La ragione della scelta può risiedere nel fatto che la composizione del TCP, lungi dall'essere paritaria fra le diverse nazionalità, garantisce per lo meno la presenza di due magistrati di origine indigena. Il TCP è composto da magistrati eletti tramite votazione popolare, fra ventotto preselezionati dall'Assemblea nazionale, «con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino» (art. 197.I cost.). La legge sul Tribunale stabilisce che almeno due magistrati su sette debbano provenire dal sistema indigeno

---

<sup>35</sup> «8. Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria».

<sup>36</sup> Cfr. A. Grijalva Jiménez, J.L. Exeni Rodríguez, Coordinación entre justicias, ese desafío, in B. de Sousa Santos, J.L. Exeni Rodríguez (eds), Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia, Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, La Paz, 2012, in part. p. 723 ss.

<sup>37</sup> Art. 202 cost., n. 8 «Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto», nonché «11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental».

originario contadino, per auto-identificazione (art. 13 Legge) e che tutti debbano parlare almeno due lingue riconosciute, sicché almeno una lingua indigena oltre al castigliano. Inoltre, per la valutazione di merito, si tiene conto dei ruoli di autorità originaria svolti dal candidato, secondo il proprio sistema di giustizia, e si ammette che i candidati possano essere proposti da nazioni e popoli indigeni. Il TCP, come gli altri organi costituzionali, è qualificato espressamente come "plurinacional": «no se trata de una mera y formal adición de lo "plurinacional" a la denominación; se trata de una concepción de l'órgano constitucional cuya estructura constitucional y orgánica debe y tiene que reflejar la pluralidad social, étnica, cultural, política, económica y jurídica del Estado boliviano»<sup>38</sup>.

A mio parere, questa previsione non deve essere letta come un sistema di quote a garanzia di una minoranza etnica, quanto piuttosto alla stregua di uno strumento necessario per garantire una lettura e interpretazione interculturale del testo costituzionale, in una fase ancora di sperimentazione rispetto a questa nuova forma di Stato. Si tratterebbe quindi di una misura che vede come bene protetto non una "minoranza", intesa come gruppo svantaggiato, bensì la costituzione stessa, la sua natura di patto sociale interculturale e plurale, nonché la sua portata decolonizzatrice. Secondo questa lettura, probabilmente, anzi auspicabilmente, tale accorgimento potrebbe non essere più necessario a distanza di tempo, quando cioè interculturalità e plurinazionalità saranno definitivamente incorporate nella cultura costituzionale, forgiando e avranno forgiato un comune sentire e un crittotipo interpretativo nell'applicazione della Costituzione, che prescinde dall'appartenenza originaria del giudice a una comunità indigena.

Nonostante la sua particolare composizione, il TCP non può dirsi organo terzo fra i due sistemi giuridici, e nemmeno paritario, pur offrendo maggiori garanzie rispetto alla Corte Suprema. La garanzia della plurinazionalità è infatti concepita nel testo costituzionale prevalentemente come un insieme di meccanismi che assicurano la rappresentanza della componente indigena della società negli organi costituzionali o nei procedimenti di policy-making o di controllo: ad es., i Ministri del governo devono essere nominati dal Presidente rispettando il carattere plurinazionale dello Stato (art. 172, n. 22 cost.); lo stesso è previsto nel procedimento di preselezione dei candidati a giudice del Tribunale agroalimentare, del Tribunale elettorale e, come abbiamo visto, del TCP (artt. 187 e 197 cost.); e ancora, negli organi elettivi degli enti decentrati, dove non sono costituite autonomie indigene, vale la stessa garanzia di rappresentanza (art. 284 cost.). Infine, è costituita una circoscrizione indigena per l'elezione dei membri dell'Assemblea legislativa (art. 146, c. 7).

La plurinazionalità è considerata dall'ordinamento come un dato pre-giuridico, in quanto l'art. 3 definisce la nazione boliviana come l'insieme dei cittadini, delle nazioni e dei popoli indigeni originari campesinos e delle comunità interculturali e afroboliviane. Il consolidamento dell'unità nella diversità plurinazionale è un fine dello Stato che si raggiunge attraverso il dialogo interculturale (art. 9 cost.). L'art. 98 cost. ribadisce che lo Stato plurinazionale si fonda sulla diversità culturale e opera

---

<sup>38</sup> J.A. Rivera Santiviáñez, La justicia constitucional en el nuevo modelo del Estado boliviano, in A. von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (coords), La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?, t. I, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2010, p. 650, on line, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/26.pdf>.

attraverso lo strumento dell'interculturalità. La Costituzione insiste sull'interdipendenza tra plurinazionalità e cultura, molto più che su plurinazionalità e decentramento territoriale dello Stato. Anche se l'autonomia indigena come struttura di organizzazione territoriale è prevista in Costituzione, essa è meramente facoltativa, demandata alla libera autodeterminazione dei popoli indigeni e in ogni caso limitata ai territori ancestrali che essi occupano. In cambio, la dimensione culturale della plurinazionalità è intrinseca nell'esistenza delle comunità indigene e garantita dal riconoscimento costituzionale del pluralismo giuridico. È evidente come il conflitto fra opposte istanze culturali fosse giudicato in sede costituente più facile da dirimere che quello fra integrità dello Stato e rivendicazioni indigene sui loro territori, tanto che la stessa Ley de deslinde ribadisce più volte che il riconoscimento del pluralismo e della giurisdizione indigena non può mai essere esercitato in violazione del principio di unità e integrità dello Stato.

L'interculturalità è dunque strumento di affermazione della plurinazionalità, in quanto permette il questionamento del contenuto dei diritti costituzionali, alcuni dei quali vengono espressamente sanciti come interculturali (salute, educazione, sicurezza sociale, giustizia). L'interpretazione interculturale dei diritti impone di definirne il contenuto alla luce della composizione plurinazionale dello Stato e dunque della diversità delle culture e delle cosmovisioni contemporaneamente presenti nella società. Il TCP ha identificato il fondamento dell'interpretazione interculturale nel paradigma del *vivir bien*, che impone di verificare la conformità a Costituzione della norma secondo i principi di: a) armonia assiomatica; b) decisione conforme alla propria cosmovisione; c) armonia rituale con i procedimenti e le norme tradizionalmente usati secondo la cosmovisione di ciascuna nazione o popolo indigeno; d) proporzionalità e stretta necessità<sup>39</sup>. Quanto ai mezzi di prova e conoscenza, il TCP può richiedere perizie antropologiche al fine di meglio comprendere il diritto indigeno applicabile al caso.

In Ecuador, l'espressione "pluralismo giuridico" non è mai utilizzata in Costituzione. Tuttavia, il sistema riconosce quale diritto collettivo dei comuni, comunità, popoli e nazionalità indigene quello di «Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes» (art. 57, n. 10 cost.). L'art. 171 cost. disciplina la giustizia indigena, ossia l'esercizio di funzioni giurisdizionali da parte delle autorità indigene, che applicano il proprio diritto

---

<sup>39</sup> «[...] fundamentar el paradigma del *vivir bien*, como pauta específica de interpretación intercultural de derechos fundamentales. En efecto, a la luz de los principios de interculturalidad, complementariedad y descolonización, los derechos fundamentales vigentes para los miembros de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, no pueden seguir las mismas pautas de interpretación ni pueden contener los mismos elementos configurativos propios de los núcleos duros de derechos fundamentales en contextos diferentes a la jurisdicción indígena originario campesina. En esta perspectiva, el paradigma del *vivir bien*, se configura como una verdadera pauta de interpretación inter e intra cultural de derechos fundamentales, a partir de la cual, los valores plurales supremos irradian de contenido los actos y decisiones que emanan de la justicia indígena originaria campesina, constituyendo además una garantía plural destinada a evitar decisiones desproporcionadas y contrarias a las guías axiomáticas del Estado Plurinacional de Bolivia» (SCP 1422/2012, del 24 settembre 2012, f.j. IV.5).

ancestrale per la risoluzione di conflitti dentro i rispettivi territori<sup>40</sup>. Il diritto indigeno deve essere conforme alla Costituzione e ai diritti umani riconosciuti nel diritto internazionale. I limiti del pluralismo giuridico in Ecuador sono dunque rappresentati dai diritti costituzionali, specialmente quelli di eguaglianza di genere e di protezione dei minori, e dai diritti umani riconosciuti a livello internazionale. A differenza che in Bolivia, il diritto indigeno non è incluso tra le fonti del diritto ex art. 425 Cost, né la giurisdizione indigena è parte integrante di quella statale. L'unica giurisdizione dello Stato espressamente subordinata a quella indigena è la giustizia di pace, competente in materia di conflitti comunitari e vicinali, eccetto nei casi in cui opera la giurisdizione indigena (art. 189 cost.). Anche in questo ordinamento il sistema di giustizia costituzionale è accentrato nella Corte costituzionale (CC), massima istanza di interpretazione della Costituzione. Per questo, le decisioni della giustizia indigena sono sottoposte al controllo di costituzionalità. La Costituzione rinvia alla legge la disciplina dei meccanismi di coordinazione e cooperazione fra giurisdizione indigena e ordinaria. Tale legge in Ecuador non è ancora stata adottata per ragioni di opportunità, anche in considerazione delle critiche sollevate in Bolivia rispetto al funzionamento della Ley de deslinde.

La legge organica sulle garanzie giurisdizionali e il controllo di costituzionalità (LOGJCC) ha istituito un'autonoma azione di protezione contro le decisioni della giustizia indigena (Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena). Qualunque persona o gruppo che ritiene che una decisione della giustizia indigena violi diritti costituzionali o sia discriminatoria per le donne può ricorrere alla CC entro 20 giorni dalla conoscenza della pronuncia. Tra i principi che reggono tale procedimento sono annoverati: quello interculturale, per cui la CC deve valutare i fatti e il diritto in modo da «evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural» (art. 66, c. 1 LOGJCC), e per farlo può avvalersi di esperti in tema di giustizia indigena; quello del pluralismo giuridico, per cui si riconosce la coesistenza dei sistemi di diritto tradizionale, in conformità al carattere plurinazionale, plurietnico e pluriculturale dello Stato; quello di autonomia, in base al quale il giudizio deve comunque riconoscere un massimo di autonomia e un minimo di restrizioni nell'esercizio della giurisdizione indigena, anche se sempre nel rispetto dei limiti imposti dalla Costituzione, dal diritto internazionale e dalla stessa LOGJCC.

A differenza che in Bolivia, la struttura della CC non ha una composizione che assicura la rappresentanza delle comunità o dei popoli indigeni; tuttavia, le norme sul procedimento previsto per il controllo di costituzionalità rispetto alle decisioni della giurisdizione indigena obbligano in maniera esplicita i giudici al rispetto dei principi di plurinazionalità, interculturalità e riconoscimento del pluralismo giuridico, tanto che il Codice della funzione giudiziale afferma il principio "in dubbio a favore della giurisdizione indigena" (art. 344, lett. b).

---

<sup>40</sup> «Art. 171. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria».

Nella sentenza 008-09-SAN-CC del 9 dicembre 2009, sull'istituzione dell'Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "Amawtay Wasi", la CC ecuadoriana enuncia i principi per una interpretazione interculturale del diritto: la continuità storica, ossia la preesistenza dei popoli originari che hanno mantenuto un proprio sistema di regole e valori; la diversità culturale, ossia la molteplicità delle nazionalità all'interno dello Stato e degli stessi popoli indigeni; l'interculturalità, ossia il dialogo epistemico fra le culture; l'interpretazione interculturale, ossia l'uso di nuovi approcci nell'applicazione delle norme statali a seconda del contesto culturale in cui vengono implementate.

Va da sé che la giurisprudenza costituzionale non è sempre lineare. L'esempio più eclatante in Ecuador è il caso La Cocha<sup>41</sup>, nel quale la Corte ha sottratto alle comunità indigene la giurisdizione penale per i reati di lesione del bene della vita e dell'integrità personale, giustificando tale provvedimento sulla base di una contestata interpretazione di incompatibilità del diritto penale indigeno con il diritto internazionale.

In Ecuador, la Costituzione è molto più impregnata di interculturalismo che di plurinazionalismo, fatto che può in parte spiegarsi con la minor percentuale di popolazione indigena sull'insieme della popolazione ecuadoriana, rispetto alla maggioranza indigena in Bolivia. In Bolivia, tutto ruota attorno alla plurinazione, tanto che le istituzioni statali sono tutte denominate ufficialmente "plurinazionali"<sup>42</sup>. In Ecuador, invece, è il buen vivir il tema principale, e l'interculturalità il suo strumento di realizzazione, come accade in Bolivia rispetto alla plurinazione. Il buen vivir richiede alle persone, popoli e comunità, di improntare le proprie azioni «en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza» (art. 275, c. 3 cost.). L'interculturalità è il principio che ispira tanto l'interpretazione dei diritti quanto l'organizzazione delle strutture. Viene infatti menzionata nei diritti alla comunicazione, all'educazione e alla salute; e contemporaneamente, nei capitoli dedicati al regime del buen vivir e al regime dello sviluppo, dove si descrivono i sistemi statali che garantiscono quei diritti: i sistemi per l'inclusione e l'equità, l'educazione, la salute, l'accesso alla casa, la cultura.

Il carattere plurinazionale dello Stato viene presentato come un dato di fatto, come in Bolivia. Si proclama che l'Ecuador plurinacional è costituito da comuni, comunità, popoli e nazionalità indigene (art. 56 cost.). Ciò si riflette nell'organizzazione decentrata dello Stato, dove, sempre su base volontaria, possono essere create circoscrizioni territoriali indigene o afroecuadoriane, che vanno ad esercitare le competenze dei corrispondenti livelli di governo e che si organizzano secondo i principi di interculturalità e plurinazionalità (art. 257 cost.).

#### **4. In-flussi e re-flussi, tra nuove e vecchie categorie giuridiche**

Riassumendo. Riconoscimento del pluralismo giuridico e carattere plurinazionale e interculturale dello Stato sono, almeno sulla carta, fra i punti maggiormente innovativi del costituzionalismo andino del III millennio. La domanda che in prospettiva critica molti studiosi si sono posti nell'analizzare questi casi è quanto di

---

<sup>41</sup> Sentenza n. 113-14-SEP-CC del 30 luglio 2014.

<sup>42</sup> S. Schevelzon, op. cit., p. 96 e 101.

veramente nuovo ci sia, al di là dei nomi e delle formule verbali. È indubbio che, all'interno delle stesse Assemblee costituenti, distinte posizioni si siano confrontate sulla portata di questi termini, e ciascuna abbia trovato, in qualche modo, non una sintesi, ma uno sbocco per emergere nella versione finale del testo costituzionale<sup>43</sup>. Da una parte, una visione strumentale al rafforzamento del costituzionalismo liberal-democratico, che recependo questi concetti si presenta come "minority correct" o "indigenous friendly", ma non rinuncia alle strutture di dominio e controllo rispetto ai gruppi tradizionalmente subalterni; dall'altra, una recezione finalizzata a introdurre le basi per una ristrutturazione delle relazioni di potere, partendo da una auspicata posizione paritaria delle diverse comunità e nazionalità.

L'implementazione del pluralismo giuridico negli ordinamenti studiati dimostra come, nella pratica, la prima prospettiva sia prevalente sulla seconda. Il requisito personale per il riconoscimento della giurisdizione indigena si basa sul principio dell'auto-qualificazione, come previsto anche dal diritto internazionale<sup>44</sup>. Tuttavia, tanto in Bolivia come in Ecuador, diverse disposizioni insistono sull'originalità dell'identità indigena, sul suo essere legata a tradizioni culturali pre-colombine, che si presumono immutate e tramandate nei secoli. Questo tipo di narrazione non aiuta né il processo di identificazione dei giovani membri delle comunità indigene, soprattutto di coloro che vivono nelle città e che sfuggono a certi stereotipi culturali, né al processo inverso di riconoscimento da parte della componente non indigena della società, che tende a considerare quelle tradizioni come obsolete, retrograde, o addirittura inventate. Si assume l'idea dell'esistenza di una cultura indigena "vera", "autentica", cristallizzata in un mitico tempo originario, quando invece ogni cultura è in movimento<sup>45</sup>. Al contrario, bisognerebbe svincolare l'identità indigena da questa visione parzialmente mitizzata; riconoscere la storicità della definizione, fare entrare quella cultura nella modernità (sono indigeno qui e ora). Un conto è dare atto dell'esistenza di una tradizione che ha rischiato di soccombere per genocidio; altro è pensarla oggi ancora isolata in quel tempo. Per questo è importante il recepimento da parte di entrambi gli ordinamenti della nozione di popolo o nazionalità, che, pur richiamando una tradizione, e dunque un elemento temporale, accoglie al suo interno anche la mezcla, prodotto del percorso compiuto da quella tradizione verso il presente. Si rinnega così l'idea di purezza della cultura, con un effetto unificante, al di là delle innumerevoli intersezioni che dividono le comunità indigene, come tutte le società contemporanee<sup>46</sup>.

A differenza che negli ordinamenti in cui il pluralismo giuridico è legato alla presenza di minoranze linguistiche, etniche o religiose, nei casi analizzati il suo riconoscimento viene subordinato non soltanto all'elemento personale (l'appartenenza a una nazione indigena), ma anche a quello territoriale. L'ambito

---

<sup>43</sup> Per la Bolivia, cfr. S. Schevelzon, op. cit., p. 85. Per l'Ecuador v. S. Bagni, *Constitución ecológica y política económica en Ecuador, durante la década presidencial de Correa*, in *Rev. Gen. Der. Púb. Comp.*, n. 22, 2017, pp. 1-24.

<sup>44</sup> Art. 1, c. 2 Convenzione OIL 169 su Popoli indigeni e tribali; art. 1, c. 2 Dichiarazione americana sui diritti dei popoli indigeni 2016.

<sup>45</sup> B. de Sousa Santos, *Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad*, in A. Acosta, E. Martínez (coords), *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Abya Yala, Quito, 2009, p. 44.

<sup>46</sup> C. Zapata Silva, op. cit., p. 88 ss.

della giurisdizione indigena è cioè limitato soltanto a fatti e rapporti che avvengono o producono effetti sul territorio delle comunità. La plurinazionalità e il pluralismo giuridico sono tra loro vincolati, sebbene come principio di organizzazione territoriale la costituzione di circoscrizioni o municipi indigeni sia eventuale e su base volontaria. In questo modo, anche l'identità personale viene parcellizzata territorialmente. Ciò produce come conseguenza una menomazione del principio interculturale, in quanto l'identità indigena, inclusiva del suo sistema giuridico, esiste di fatto soltanto entro determinati confini territoriali, e svanisce quando l'indigeno è fuori dalla sua comunità. «No es casual que la consagración legal de estos derechos esté restringida a la jurisdicción territorial, cuyo impacto social es limitado porque no trasciende a esferas intersociales. Estos derechos dejan de existir cuando los indígenas ya no hacen parte o están por fuera de sus territorios: la política multicultural esconde una geopolítica multiterritorial y una segregación espacial de las diferencias culturales. La legalidad multicultural re-espacializa la alteridad étnica al ligarla a territorios específicos: el otro es ahora inseparable (e impensable fuera) de un lugar (su lugar). Esta concepción legal asume que el indígena que vive fuera de la comunidad puede (y debe) regirse por el derecho "universal" e individual»<sup>47</sup>.

La territorialità può essere un connotato delle istituzioni, non dei diritti. Al di là dell'apparente innovazione data dall'accoglimento esplicito del pluralismo giuridico, il modello sembra dunque una riproposizione di quello multiculturale di tipo anglosassone. Ciò porta a confermare la prevalenza, per lo meno fino ad ora, di una lettura moderata e riformista del costituzionalismo di questi Paesi. Una recentissima sentenza della CC ecuadoriana ha invece riconosciuto la necessità che i giudici ordinari, nel valutare la clausola di devoluzione di competenza alla giurisdizione indigena, debbano dare un'interpretazione ampia della condizione della territorialità, che implica l'analisi dettagliata della situazione di fatto. Nel caso, un individuo espulso dalla Comunità aveva rivendicato diritti alla terra presso la giurisdizione ordinaria, attraverso un amparo possessorio. I giudici di merito l'avevano concesso. La CC, a fronte di un'azione di protezione presentata dalla Comunità, riconosce che l'operato dei giudici ha violato i diritti collettivi della comunità all'esercizio della propria giurisdizione, rilevando che la giustizia ordinaria non può concedere ciò che la giustizia indigena aveva implicitamente negato con l'espulsione della persona dalla comunità<sup>48</sup>.

Come comparatista, mi sono posta quale obiettivo di questa breve ricerca quello di comprendere gli effetti che il nuovo costituzionalismo latinoamericano può avere sull'epistemologia giuridica, attraverso lo studio di come questi concetti "nuovi" interagiscono con le categorie consolidate ad essi apparentemente affini, quali quelle di Stato-Nazione, monismo giuridico, decentramento territoriale e Stato multiculturale. Lo specifico angolo visuale da cui ho deciso di rispondere al quesito di studio è quello del ruolo delle Corti costituzionali nel definire la forma e il tipo di Stato. A questo punto è necessario spiegare da quale inquadramento teorico della

---

<sup>47</sup> H. Gómez, C. Gnecco, El teatro de la representación: discursos legales e indígenas, in H. Gómez, C. Gnecco (eds), Representaciones legales de la alteridad indígena, Editorial Universidad del Cauca, 2008, p. 21.

<sup>48</sup> Sentencia No. 134-13-EP/20. La sentenza su questo interessante caso di extra-territorialità della giurisdizione indigena mi è stata segnalata dalla collega Adriana Rodríguez Caguana, della Universidad andina Simón Bolívar – Sede Ecuador, che ringrazio.

giustizia costituzionale parto. Recentemente, ho proposto<sup>49</sup>, anche insieme a Matteo Nicolini<sup>50</sup>, una classificazione della giustizia costituzionale basata sulle funzioni prevalenti (classificazione fuzzy) che le Corti svolgono rispetto ai vincoli costituzionali sui diversi poteri dello Stato, suddividendole in due grandi modelli, nomocratico e pantocratico. Nel modello nomocratico, la giustizia costituzionale assolve al compito prevalente di vegliare sui limiti del potere legislativo, garantendo il rispetto della gerarchia delle fonti normative, tanto con riferimento al procedimento di adozione dell'atto, quanto al suo contenuto. All'interno di questo modello, possono essere individuati diversi parametri di classificazione dei sistemi di giustizia costituzionale (secondo l'accesso, il parametro, l'oggetto, l'effetto della sentenza, ecc.), ma la funzione di ogni sistema resta sempre unica e coerente. Nel modello pantocratico, invece, la giustizia costituzionale svolge anche funzioni di tipo arbitrale, definendo i confini di esercizio degli altri poteri dello Stato. In questo modello, non è possibile creare sub-classificazioni fra i sistemi, se non di tipo quantitativo rispetto ai poteri oggetto del controllo, in quanto ogni procedimento esprime una funzione autonoma e coerente solo rispetto allo specifico potere controllato. Applicando questo schema agli ordinamenti espressione del costituzionalismo democratico post-guerra, il controllo di costituzionalità delle norme, da qualunque autorità emanino, è espressione del modello nomocratico; i conflitti di competenza esprimono invece una funzione di arbitrato fra poteri, che appartiene al modello pantocratico.

In che modo incidono, dunque, i nuovi concetti analizzati, sulla forma e sul tipo di Stato dei Paesi andini e, di conseguenza, sulle funzioni dei rispettivi sistemi di giustizia costituzionale?

In entrambi i Paesi, il pluralismo giuridico è subordinato alla sua compatibilità con la Costituzione, e in particolare: con i diritti umani internazionali e con i diritti delle donne, dei bambini e degli adolescenti, in Ecuador (art. 57, n. 10 e 171 cost.); con la legge, in Bolivia (art. 2 cost.). Tali limiti vengono giudicati dall'organo statale di giustizia costituzionale. Dunque, da un organo che appartiene a uno dei sistemi giuridici co-esistenti sul territorio e che nemmeno ha una composizione mista. Seguendo le teorie sul pluralismo giuridico presentate nel § 2, siamo di fronte a una forma di pluralismo declamato forte, ma costruito debole<sup>51</sup>.

Le Corti sono chiamate, in entrambi gli ordinamenti, a giudicare della compatibilità a Costituzione del diritto indigeno, o direttamente o tramite impugnazione delle decisioni della loro giustizia. Dovrebbero dunque svolgere una funzione tipica del modello nomocratico. In realtà, la funzione che questi Tribunali svolgono in merito alla soluzione di conflitti fra il diritto statale e quello ctonio va ben al di là dell'originaria funzione del controllo nomocratico. Le Corti sono qui chiamate a svolgere un ruolo arbitrale tra distinti ordinamenti giuridici, come avviene nel conflitto di competenza proprio dei sistemi politicamente decentrati, alla ricerca di soluzioni di coordinamento e integrazione, che dovrebbero rendere sostenibile il

---

<sup>49</sup> S. Bagni, Oltre i modelli e i sistemi di giustizia costituzionale e convenzionale: alcune riflessioni di metodo, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, n. 4, 2017, pp. 1067-1095.

<sup>50</sup> S. Bagni, M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, cit.

<sup>51</sup> E. Buono, *Lo Stato plurinazionale. Percorsi di ingegneria costituzionale interculturale*, tesi dottorale, XXXI ciclo, a.a. 2017/2018, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", p. 130 s.



pluralismo giuridico e la diversità culturale<sup>52</sup>. La loro giurisprudenza dovrebbe supportare il processo di effettiva decolonizzazione del diritto in contesti storicamente caratterizzati dall'imperialismo culturale occidentale e aiutare nella costruzione di relazioni interculturali in società "pluridiverse". Invece, spesso, tendono a sottrarre ambiti di giurisdizione alle autorità indigene, ridimensionando il riconoscimento del pluralismo giuridico e disattendendo il mandato costituzionale. Assumono il ruolo di garanti della cultura dominante, identificata nella maggioranza dei valori espressi in Costituzione.

Provo a fare un parallelo con quello che accade rispetto a sistemi costituzionali autonomici (federali o regionali che siano). Una norma prodotta da uno Stato membro o da una Regione può essere giudicata incostituzionale in quanto viola una norma sostanziale della Costituzione. La norma viene espulsa dall'ordinamento decentrato ma l'organo legislativo federale o regionale mantiene la competenza sulla materia. Quando il parametro è costituito dalla norma costituzionale che definisce le competenze legislative tra centro e periferia, il giudizio verte su chi possiede la funzione normativa sulla materia: la norma non ha in sé un contenuto incostituzionale, ma non doveva essere adottata da quel livello territoriale, che dunque perde competenza normativa, in quanto l'ampiezza dell'ambito materiale viene ristretto rispetto all'interpretazione che ne era stata data al principio.

Nel caso del diritto indigeno, qualora il Tribunale costituzionale ritenga una norma della tradizione ctonia incostituzionale, l'effetto non può evidentemente essere di espulsione rispetto all'ordinamento originario, visto che si tratta di due sistemi giuridici indipendenti. La decisione proviene da un organo dell'ordinamento statale, e su questo solo ha effetto. La norma continuerà a far parte dell'ordinamento ctonio ma l'effetto della sentenza sarà di restringere l'ambito materiale di competenza della giurisdizione indigena rispetto all'ordinamento statale. In conclusione, si torna al concetto di pluralismo debole o unitario, che caratterizzava già gli ordinamenti che prevedevano statuti personali per le minoranze.

La differenza fondamentale rispetto al tradizionale controllo di sovranità federale<sup>53</sup> è che la norma viene espunta dall'ordinamento statale ma continua a vivere in quello ctonio, continuando a rappresentare diritto vivente e vigente per i membri della comunità indigena. Il binomio plurinazionalità-pluralismo giuridico sembra cioè non aver prodotto, almeno finora, conseguenze sul piano della forma o del tipo di Stato, mentre ha arricchito il dibattito dottrinale. Il ruolo che la giustizia costituzionale svolge in contesti di riconoscimento del pluralismo giuridico è infatti peculiare e può essere classificato come funzione ulteriore del modello di giustizia costituzionale pantocratico.

Se il potenziale innovativo del recepimento in Costituzione del pluralismo giuridico e della plurinazionalità viene in questo modo fortemente ridimensionato, a un giudizio moderatamente più positivo si arriva spostando l'analisi sul piano dei risultati ottenuti tramite l'implementazione giurisdizionale del principio interculturale. I Tribunali costituzionali, nell'esercizio delle loro funzioni, devono ricercare

---

<sup>52</sup> S. Baldin, Lo statuto costituzionale dei popoli autoctoni in Bolivia con particolare riguardo alla giustizia indigena, in *Federalismi.it*, n. 24, 2015, p. 33.

<sup>53</sup> Per tale espressione si rinvia nuovamente a S. Bagni, M. Nicolini, op. cit.

un'interpretazione "interculturale" del diritto o, come lo ha definito de Sousa Santos, realizzare un processo di convivialità ed ecologia di saperi giuridici<sup>54</sup>.

In diversi casi le Corti hanno confermato la portata trasformatrice di questo concetto, che incide sulla forma di Stato. Hanno applicato criteri di interpretazione interculturale del diritto all'interno di ciascuno degli ordinamenti giuridici compresenti sul territorio. Questo significa che il dialogo interculturale deve ispirare una discussione interna anche rispetto alla tradizione ctonia, e non solo all'interno dell'ordinamento statale<sup>55</sup>. In Ecuador, dopo il caso La Cocha, ad es., nel caso Taromenane la CC ha invitato il giudice a quo ad applicare le norme penali «desde una interpretación con perspectiva intercultural»<sup>56</sup>, anche avvalendosi di perizie antropologiche.

Gli istituti e i meccanismi di implementazione dell'interculturalità che abbiamo visto essere presenti nelle Costituzioni di Bolivia ed Ecuador vanno nel senso di creare procedimenti amministrativi e di policy-making aperti alla partecipazione attiva di tutte le componenti della società, e organi composti da esponenti delle diverse nazionalità che costituiscono la Nazione in senso ampio. Sono cioè finalizzati a creare quei luoghi paritari di reciproca conoscenza, comprensione, interscambio, che costituiscono il vero cuore della proposta contro-egemonica del nuovo costituzionalismo latino-americano.

---

<sup>54</sup> B. de Sousa Santos, *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*, in B. de Sousa Santos, A. Grijalva (eds), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Abya Yala/Fundación Rosa Luxemburg, La Paz, 2012, 38.

<sup>55</sup> Cfr. G. Leonel J., *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Un estudio sobre Bolivia*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, 2015, p. 202.

<sup>56</sup> Punto 4.1. del dispositivo, sentenza 004-14-SCN-CC del 6 agosto 2014.