

La interpretación intercultural en las decisiones judiciales: La fundamentación de la sentencia sobre la consulta de constitucionalidad de norma en el caso penal Waorani-Tagaeri/Taromenani

Resumen

Este artículo busca abordar el tema de la interpretación intercultural en la justicia ordinaria ecuatoriana a través de la sentencia sobre una consulta de constitucionalidad de norma emitida por la Corte Constitucional del Ecuador en el año 2014 referida al caso penal iniciado entre los pueblos Taromenani (no contactado) y Waorani (en contacto reciente). Aunque existan un sinnúmero de textos que describen y desarrollan métodos para interpretar y aplicar el derecho, en la práctica, es una tarea cargada de una gran complejidad que se agudiza cuando en contextos multi/pluri/trans culturales se requiere además una interpretación intercultural. El artículo está dividido en dos partes. En la primera se aborda una breve evolución de la hermenéutica en general y de la hermenéutica jurídica en particular para brindar un contexto general en el que podría insertarse la interpretación intercultural. En la segunda parte se trata el reconocimiento formal del pluralismo jurídico en el Ecuador y la obligación de la interpretación intercultural en la justicia ordinaria, se expone los hechos y circunstancias en torno a los pueblos en contacto reciente Waorani y no contactados Tagaeri- Taromenani; se describe y analiza la fundamentación de la Corte Constitucional en el caso antes referido para, finalmente intentar identificar las dificultades y oportunidades que brinda la interpretación intercultural en la justicia.

La interpretación intercultural en las decisiones judiciales: La fundamentación de la sentencia sobre la consulta de constitucionalidad de la norma en el caso penal Waorani-Tagaeri/Taromenani

Introducción

Aunque existan un sinnúmero de textos que describen y desarrollan métodos para interpretar y aplicar el derecho, en la práctica, es una tarea cargada de una gran complejidad. Por otra parte, la crisis del positivismo no significa que en los hechos los operadores de justicia hayan abandonado esa matriz de pensamiento y que naden como peces en el agua entre reglas, principios y hechos para alcanzar armoniosamente verdad, certeza, justicia y paz. La hermenéutica jurídica trae consigo oportunidades y dificultades en la interpretación del Derecho. Si a esto, como en el Ecuador sucedió, se adiciona el

reconocimiento formal del pluralismo jurídico y con ello se transversa la interpretación intercultural en la justicia ordinaria, las dificultades son más evidentes y, las oportunidades para el reconocimiento, valorización y justicia de los pueblos invisibilizados se hacen más patentes. Sin embargo, el camino por recorrer es aún largo.

Este artículo tiene como objetivo aproximarse a la interpretación intercultural en la justicia ordinaria a través de un caso complejo en el que miembros de dos pueblos rivales de la selva amazónica del Ecuador (de contacto reciente y no contactado, respectivamente) se involucran en la muerte de miembros del grupo contrario, abriendo la puerta a una serie de interrogantes de difícil respuesta. El artículo está dividido en dos partes. En la primera se aborda una breve evolución de la hermenéutica en general y de la hermenéutica jurídica en particular para brindar un contexto general en el que podría insertarse la interpretación intercultural. En la segunda parte se trata el reconocimiento formal del pluralismo jurídico en el Ecuador y la obligación de la interpretación intercultural en la justicia ordinaria, se expone los hechos y circunstancias en torno a los pueblos en contacto reciente Waoranis y no contactados Tagaeri- Taromenani; se describe y analiza la fundamentación de la Corte Constitucional en el caso antes referido para, finalmente intentar identificar las dificultades y oportunidades que brinda la interpretación intercultural en la justicia.

1. Los aportes de la hermenéutica a la interpretación jurídica: entre la oportunidad de la justicia y el temor al decisionismo

Se conoce a la hermenéutica tradicionalmente como la teoría o arte de la interpretación y comprensión de textos. En Europa, a partir del siglo XVIII, con el inicio y éxito de la corriente de la codificación de las leyes, se dió impulso a la escuela de la exégesis para su interpretación (Hespanha, 1997, p.176-178). Aunque en Alemania la escuela del historicismo de Savigny, en ese mismo siglo XIX concebía al Derecho como un producto histórico que no provenía del espíritu del legislador sino del pueblo en ese momento de la historia, por ello se oponía al proceso codificador que buscaba crear un Derecho abstracto racional. (Lamego 1990, p.16-22), la mayoría de Europa continental avanzó con la expedición de los Códigos. Este reflejo del iluminismo de la época que estimuló la construcción de una cultura jurídica positivista dejó poco margen para la interpretación, la cual se encontraba estrictamente reglada en los propios Códigos (Ferrira da Cunha; Aguiar e Silva, Lemos Soares, 2010, p. 217,218).

Por otro lado, en ese mismo siglo, de la mano del teólogo Schleiermacher, quien rebasando las fronteras de la interpretación bíblica desarrolla la idea de la hermenéutica

como la comprensión del habla de los otros (Streck, 2014, p.267), crea el concepto de círculo hermenéutico y plantea buscar la génesis de las ideas por medio de comprender la individualidad del autor -psicología-; el sujeto hace su entrada en la hermenéutica en los roles de autor e interprete (Gadamer, 1993, p.115-119). Dilthey aporta con el rol de la realidad histórica en la que se creó el texto a interpretarse (Gadamer, 1993, p.114). Para Dilthey la hermenéutica era una herramienta de lo que él denominaba las ciencias del espíritu en la que pone de relieve la intersubjetividad de los sujetos autor e interprete en su condición histórica (Streck, 2014, p.270). Sobre estos desarrollos, y con el giro lingüístico de la filosofía (Aguilar e Silva, 2011 p.16-31) aparecen nuevas ideas sobre la hermenéutica que aportan a la interpretación jurídica.

En 1920 Heidegger da un giro profundo en términos metodológicos a la hermenéutica en su obra *Hermenéutica de la Facticidad*, en la que toma el círculo hermenéutico de Schleiermacher y modifica el objeto de la hermenéutica que hasta aquel momento seguía siendo el texto, para reemplazarlo por la facticidad en su filosofía existencialista; así, para Heidegger, la interpretación es el momento discursivo-argumentativo en el que hablamos de los entes por la comprensión que tenemos de su ser desde el ser-ahí (*Dasein*); es decir, desde el ser que lleva consigo el mundo entero en el círculo hermenéutico (Streck, 2014, p.274). Gadamer toma las ideas de Heidegger y propone una hermenéutica cuyo objetivo es el análisis de la comprensión e interpretación de los trazos existenciales del *Dasein*, comprendiendo al ser como lenguaje (Aguilar e Silva, 2011, p.330), en la que la objetividad es una ilusión, pues, el intérprete viene cargado de sus preconcepciones los cuales son reemplazados en la medida de que la comprensión se realiza; defiende la idea de una fusión de horizontes entre el pasado y el presente a través de la interpretación (Gadamer, 1993, p.169). Betti no concuerda con la visión de la hermenéutica ontológica por eliminar la propuesta metodológica de esta disciplina y negar la objetividad (Grondin, 2011, p. 27). Este autor retoma la cuestión metodológica y señala que una de las funciones de la hermenéutica es normativa – ineludible para la aplicación del Derecho en cada caso a resolver-, y que mantiene diferencias con las funciones cognitivas y reproductivas que se realizan por fuera del Derecho. Para Gadamer en todo ejercicio hermenéutico ocurre reconocimiento, reproducción y aplicación, además señala que los límites de la interpretación están marcados por la comunidad a la que pertenece el intérprete, en el caso del juez será la comunidad de juristas (Aguilar e Silva, 2011. p. 333-336).

En el ámbito del Derecho, el principialismo y la textura abierta del lenguaje abren nuevas fronteras para la interpretación jurídica. El cambio del razonamiento judicial de corte positivista toma fuerza después del fin de la segunda guerra mundial. En este punto toman impulso los principios generales del Derecho que existirían más allá de la norma escrita y la decisión judicial debería ser una solución justa, razonable y aceptable con una motivación judicialmente satisfactoria (Perelman, 1979, p.83). Esser señala que los principios siempre han estado presentes, ocultos en las decisiones, pero que debido a los frecuentes errores de la legislación ahora se han puesto de manifiesto para la toma de las decisiones judiciales (Aguiar e Silva, 2011, p. 295), Dworkin concuerda con esta postura al señalar que el ordenamiento jurídico cuenta con principios que permiten resolver los casos al juez sin recurrir a la discrecionalidad, Hart por su parte desde el neopositivismo reconoce que pueden existir casos difíciles en los cuales el juez deba recurrir a la discrecionalidad para resolverlos (Aguiar e Silva, 2011, p.303-314).

Los diversos aportes de los pensadores de la hermenéutica y la crisis del positivismo han influenciado en las posturas contemporáneas de la interpretación jurídica; algunas con un marco más amplio rescatan las influencias heideggerianas y gadamerianas (Machado, 1983, p. 205) tal como se mira en Reale (2003, p.303- 307) que habla de una interpretación estructural de las normas jurídicas caracterizada por tener un carácter unitario, axiológico, contextualizado, limitado objetivamente, condicionado por los cambios históricos del sistema, procurador de la conciliación con las normas superiores del ordenamiento, y entre otros, que se enmarca en la visión global del mundo y la vida. Y otras se oponen frontalmente mirando a la hermenéutica jurídica exclusivamente como metodológica y no existencialista (Magalhaes Filho, 2013, p.43). Las posturas varían entre métodos reglados desarrollados por la doctrina o positivizados en la norma, tal como la interpretación literal, sistemática, convencional, teleológica, histórica, entre otros, y visiones más flexibles como la corriente del Derecho Libre o el deconstruccionismo, en el que se plantea que la interpretación no es mecánica ni discrecional, puesto que existirá una intención de objetividad del interprete y que, más aún, tal objetividad no implica negar el papel creativo del juez como actuación complementaria al momento de interpretar, concretar y aplicar las fuentes (Aguiar e Silva, 2011, p.338-341).

Por otro lado, también se empieza a tomar en cuenta la importancia de los hechos en el proceso interpretativo. Generalmente en las diversas doctrinas se habla de una interpretación de la norma en la cual parece que los hechos guardan poca relevancia.

Zaccaria referido por Aguiar e Silva (2011, p.347- 349) señala que a través de los hechos es que se abre la norma a nuevos significados, poniendo en evidencia una orientación creativa de la interpretación jurídica, sin que esto signifique apartarse de la norma.

Podría decirse que existe consenso teórico sobre la superación del debate acerca del método de aplicación del Derecho en el positivismo jurídico –el silogismo jurídico-, así como su método interpretativo -la exégesis-; se reconoce así que el proceso cognitivo para la aplicación de la norma no es únicamente deductivo sino también inductivo y abductivo (Calheiros, 2015, p.84-87), y que la interpretación en sentido amplio acompaña al juez antes y durante la decisión judicial; sin embargo, no hay consenso sobre el o los métodos interpretativos.

De cualquier manera, nos enfrentamos a un escenario en el que parece que la certeza ha disminuido su valor frente a la justicia; la interpretación se mira -aunque con cierto recelo- como la oportunidad de alcanzarla, aunque ello implique sacrificar en alguna medida la idea de previsibilidad y certeza de la aplicación, una vez que los hechos entran en juego.

2. Interpretación intercultural en el Ecuador: Oportunidades y dificultades para un verdadero ejercicio hermenéutico

En contextos multi/pluri/inter/trans culturales, los aportes del desarrollo de la hermenéutica en general y de la interpretación jurídica principialista en las decisiones judiciales incrementa las posibilidades de alcanzar justicia. En estos escenarios la limitación formal del juez al tenor de la ley para garantizar certeza, propia del positivismo jurídico, puede causar mayor injusticia y conflictividad social, al dejar por fuera de la decisión, las cosmovisiones y circunstancias particulares de los sujetos. No obstante esas oportunidades no están ausentes de dificultades.

En esta sección se realizará una aproximación al pluralismo jurídico y la interpretación intercultural en el Ecuador a través de un caso de consulta de constitucionalidad de aplicación de norma dentro de un proceso penal en el que están involucrados miembros de dos pueblos indígenas particularmente vulnerables.

2.1. El pluralismo jurídico y la interpretación intercultural en el Ecuador

El pluralismo jurídico, por oposición al monismo, implica el reconocimiento de la existencia de más de un Derecho dentro de los Estados; en el Ecuador históricamente han coexistido más de un sistema de justicia, aunque solo uno de ellos se encontraba reconocido por el Estado hasta la Constitución de 1998. La justicia indígena desde ese año fue considerada formalmente como una vía de solución de los conflictos internos de

dichas comunidades. Después de la Constitución del 2008 (vigente) la justicia indígena obtiene formalmente el mismo estatus que la justicia ordinaria; además, en todo proceso y decisión, los jueces ordinarios tienen la obligación de observar un enfoque intercultural (Grijalva, 2012 p.67). El ámbito de la justicia penal es quizá el más controvertido en este tema, por el nivel conflicto que se puede generar entre las cosmovisiones, prácticas tradicionales, sanciones, por un lado, y el enfoque occidental de los derechos humanos, por otro. De Sousa Santos (2012, p.41-42) propone una traducción intercultural que permita interpretar la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en términos interculturales; para ilustrarlo, cuestiona si algunos castigos corporales como *el hortigazo*,¹ son en realidad tortura; el autor pregunta en que condiciones y contexto sería así, interrogándose si es que existen sanciones de la justicia ordinaria que desde la perspectiva indígena son más violentas.

La legislación procesal penal del Ecuador prevé la declinación de la jurisdicción del sistema judicial ordinario a favor de la justicia indígena en los casos de actos u omisiones sancionadas en el Código Orgánico Integral Penal cuando participen bajo ciertas condiciones miembros de un pueblo o nacionalidad indígena, excepto cuando se trate de hechos considerados por la legislación penal como atentatorios contra la vida. De tal forma que en aquellos casos parece que el camino es la aplicación de los criterios de interculturalidad en los procesos de justicia ordinaria.

La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 3 positiviza los métodos de interpretación jurídica constitucional y ordinaria a aplicar, así: a) Reglas de solución de antinomias, b) Principio de proporcionalidad, c) Ponderación, d) Interpretación evolutiva o dinámica, e) Interpretación sistemática f) Interpretación teleológica, g) Interpretación literal; y, h) Otros métodos atendiendo los principios generales del derecho, equidad, unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación. Estos, a su vez, se intersecan con la interpretación intercultural establecida en el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial (Carpio, 2011, p.221), pues constituye un principio coherente con los del pluralismo jurídico, la no discriminación y la plurinacionalidad, aportando como una vía para el alcance de una sociedad inclusiva que reconoce las diferencias (Villanueva, 2015). Es decir los jueces deben hacer a la vez una interpretación jurídica bajo lo previsto en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; así como una

¹ Azotamiento con la planta llamada ortiga/hortiga, la cual produce irritación en la piel.

interpretación intercultural de los derechos en conflicto. Esto pone en tensión el Derecho creado en una cultura dominante, con la cultura a la luz de la cual también debe interpretarse.

El antropólogo Clifford Geertz (1973, p.20) recoge la visión de Weber sobre la cultura, al señalar que esta es el entramado de significación que el hombre ha tejido y que el análisis de la cultura debe ser una ciencia interpretativa en busca de significación. La culturas no son fijas ni tienen bordes definidos, está en constante transformación e hibridación; sin embargo, presuponen diferencias entre los sujetos epistémicos que las están tejiendo, esto no niega la posibilidad de que los unos no puedan aprender el lenguaje, comprender e interpretar en alguna medida los significados de la cultura de los otros y viceversa; justamente estas acciones sentarán la base para el diálogo intercultural (André, 2012, p.80, 83). Así, si es imperativo realizar una interpretación intercultural, parece ineludible el esfuerzo por comprender los significados de esa otra cultura. Esa no es una tarea fácil para el sistema judicial acostumbrado a interpretar en el marco de su tradición.

Al respecto la Corte Constitucional del Ecuador (2009, p.27) emitió la sentencia No. 0008-09-SAN-CC dentro del caso 0027-09-AN, cuya fundamentación señala los siguientes principios de perspectiva intercultural: a) Continuidad histórica, b) Diversidad cultural, c) Interculturalidad, d) Interpretación intercultural. La sentencia recoge al autor Oscar Guardiola Rivera, quien sobre la interculturalidad señala que los pueblos usan diversas formas de producir y aplicar conocimiento, a través del que se relacionan con su entorno que, al existir posiciones epistémicas hegemónicas, provocan luchas cognitivas (Corte Constitucional, 2009, p.27). Además, recoge la contribución de la Corte Constitucional de Colombia, a través de la sentencia T-254/94 que elaboró cuatro reglas concretas para su aplicación: 1) reconocimiento del nivel de autonomía en proporción directa con la conservación de usos y costumbres, 2) los derechos fundamentales constitucionales como base obligatoria de la convivencia, 3) Primacía de las normas de orden público sobre los usos y costumbres indígenas solo cuando protegen un valor constitucional superior a la diversidad étnica cultural. 4) Primacía de los usos y costumbres indígenas sobre las normas legales dispositivas.

Además, en el año 2014 en la sentencia No 113-14-SEP-CC en el caso 0731-10-EP, la Corte Constitucional ecuatoriana señaló que para cumplir la Constitución y el Convenio 169 de la OIT, la justicia penal ordinaria debe tener en cuenta en todas las fases procesales, las particulares características y condiciones económicas, sociales y culturales

y que, al imponer sanciones, se debe dar preferencia a aquellas alternativas a la privación de libertad en coordinación con las principales autoridades indígenas de las comunidades involucradas en el caso (Corte Constitucional, 2010, p.29).

Si bien estos desarrollos jurisprudenciales dan algunas reglas para el ejercicio de la interpretación intercultural a la hora de resolver asuntos relativos al pluralismo jurídico, no abordan su problema de fondo. Es posible que la ausencia de profundización se deba a la esperanza de que, en cada caso, el auxilio de la pericia antropológica y sociológica resuelva los conflictos; no obstante, si en realidad la interpretación aspira a ser intercultural, el juez deberá tener la capacidad de valorar e interpelar los informes periciales para no ser reemplazado por aquellos en su función de juzgador.

Autores como Raimon Panikkar y Boaventura de Sousa Santos proponen una hermenéutica diatópica, de carácter existencialista y dialéctica que consiste en la interpretación entre dos o más culturas con el propósito de identificar preocupaciones semejantes y las soluciones que cada una ha encontrado, bajo la idea de la *incompletitud* de las culturas, que permita generar un diálogo enriquecedor (André, 2012, p.88). Sin negar las dificultades que esto puede significar, será necesario emprender un aprendizaje intercultural como parte de la propia formación del juez, que le permita en cada caso tener una mejor aproximación a la otra cultura para lograr una verdadera interpretación intercultural.

2.2. Interpretación intercultural en la sentencia de consulta sobre el caso penal Waoranis -Taromenanis

El Ecuador, como Estado plurinacional constitucionalmente así autodeclarado se conforma de 12 pueblos y nacionalidades, entre ellos están los Waoranis, Tagaeri y Taromenani, los primeros considerados en situación de contacto reciente y los dos últimos en aislamiento voluntario o no contactados. El pueblo Waorani que habita la amazonía ecuatoriana mantuvo los primeros contactos con la denominada sociedad occidental en el año 1958 debido al descubrimiento del petróleo en territorio amazónico. En 1969 se efectuó una evangelización que buscó la reducción del territorio habitado por los Waoranis de 2'000.000 de hectáreas a 16.000 hectáreas. Miembros de este pueblo se separaron para evitar el contacto y mantener su territorio frente a la ocupación de las empresas petroleras; ellos son los Tagaeri y los Taromenani. A pesar del aislamiento voluntario, frecuentemente se producen incidentes violentos entre los pueblos no contactados y los Waoranis, considerados pueblo en contacto reciente (Cabodevilla, 2006, p.118 -131).

El artículo 57 de la Constitución de la República reconoce y garantiza los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Este artículo cumple con las obligaciones mínimas que impone a los Estados el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Además, reconoce y desarrolla derechos para los pueblos que se han mantenido voluntariamente sin contacto con el resto de la sociedad, relacionados con esa situación, sus tierras y la actividad extractivista.

En el año 2013 ocurrieron enfrentamientos entre Waoranis y Taromenanis en los que dos ancianos Waoranis murieron, presuntamente por mano de algunos Taromenanis, y luego varios Taromenanis murieron, supuestamente por acción de los Waoranis, y dos niñas Taromeanis fueron llevadas para su asimilación en las comunidades Waoranis. Estos hechos imponen nuevos retos sobre el pluralismo jurídico y la interculturalidad en la justicia, puesto que los puentes de diálogo y coordinación entre cosmovisiones son más escasos que con otras comunidades culturalmente híbridas.

Inicialmente la actuación de los poderes públicos no encontró otra vía diferente a la conocida en su cultura jurídica para tratar el problema. La Fiscalía abrió una instrucción fiscal y se concedió prisión preventiva, por el delito de genocidio, tipificado en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal -derogado en el 2014- que determina:

Quien, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso perpetre alguno de los siguientes actos, será sancionado: 1. Quien ocasionare la muerte de sus miembros será sancionado con pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

El juez de garantías penales consideró que existía una duda sobre la constitucionalidad de esa norma penal para el caso concreto y realizó una consulta a la Corte Constitucional (Caso 0072-14-CN), para que efectúe un control de constitucionalidad de la norma jurídica, la cual se describe a continuación:

a) La consulta: El juez que consulta sostiene que la norma del Código Penal sobre el genocidio vulnera: el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT, el cual señala que al aplicar legislación nacional a los pueblos indígenas debe considerarse sus costumbres o su derecho consuetudinario; el artículo 9 numeral 2, que determina que las autoridades y tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las

costumbres de dichos pueblos en la materia; y, el artículo 10 numeral 1, que prescribe que cuando se impongan sanciones penales a miembros de dichos pueblos, deberá considerarse sus características económicas, sociales y culturales.

Entre los argumentos para realizar la consulta el juez manifiesta que, para el ejercicio hermenéutico jurídico, está obligado a observar la cosmovisión de esa nacionalidad indígena y actuar conforme el principio de igualdad y no discriminación.

El juez consultante advierte que la interpretación de que los hechos se adecúan al tipo penal de genocidio implicarían que varios miembros del pueblo Waorani sean privados de su libertad por un lapso de tiempo de entre 16 y 25 años, hecho alejado de su cosmovisión y de su comprensión, lo cual podría afectar su integridad, causar daño psicológico y físico (Corte Constitucional, 2014, p.3-5).

b) *La fundamentación de la decisión:* En el caso 0072-14-CN, la Corte Constitucional manifiesta que realiza una interpretación sistemática de la Constitución, convencional e intercultural², considerando los hechos conocidos. Esta interpretación se efectúa sobre los efectos constitucionales de la norma que se consultó mas no es una interpretación de la norma en sí misma, pues eso le correspondería al juez penal de primera instancia.

En cuanto a la interpretación sistemática de la Constitución, la Corte enfatiza que el Estado ecuatoriano es intercultural y plurinacional conforme al artículo 1 de la Constitución, que según el artículo 11 numeral 2 de la misma Carta Constitucional se prohíbe la discriminación, por tanto, la Constitución busca una nueva visión del Derecho que incluya la cosmovisión de los pueblos ancestrales, que representa la diversidad y exige respeto y empatía. Dicho esto, contrasta la norma que tipifica el genocidio con el artículo 57 numeral 1 de la Constitución que reconoce el derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas a: “Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social”, además señala que con la tipificación del genocidio se cumple con la obligación de legislar sobre el delito de etnocidio, conforme al último inciso del artículo 57 de la Constitución (Corte Constitucional, p.13-16).

En cuanto a la interpretación convencional, señala que la aplicación de la norma del delito de genocidio debe interpretarse a la luz de la Convención para la Prevención y

² Según la sentencia No. 008-09-SAN-CC de la Corte Constitucional la interpretación intercultural es la obligatoriedad de realizar una nueva lectura de las situaciones y realidades nacionales con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, con énfasis en los asuntos de los pueblos indígenas.

la Sanción del Delito de Genocidio, para que no se desnaturalice la norma del Código Penal, la cual señala que es imprescindible el elemento de la intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. La Corte recoge los criterios expresados en la resolución de la apelación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda del caso ICTR-2001-66-A por genocidio contra Athanase Seromba (ICTR, 2008 p.62-63) la cual señala que la intención se infiere de: a) el contexto general de otros actos culpables sistemáticos contra el mismo grupo, b) La escala de atrocidades cometidas, c) Su naturaleza general, d) Su ejecución en una región o país, e) La elección deliberada y sistemática de las víctimas por su pertenencia a un determinado grupo, f) La exclusión de los miembros de otros grupos, g) La doctrina política que fundamenta los actos, y, h) La repetición de actos que debilitan los cimientos del grupo (Corte Constitucional, 2014, p.16-17).

También señala que la aplicación de la norma que tipifica el delito de genocidio debe interpretarse conforme al Convenio 169 de la OIT, específicamente los artículos 8, 9.2 y 10.2 que determinan que preferentemente se debe aplicar sanciones distintas al encarcelamiento, observando los presupuestos de continuidad histórica, diversidad cultural e interculturalidad. Para ello se debe realizar un ejercicio hermenéutico por medio de la interpretación de las instituciones, costumbres, filosofía y cosmovisión de los pueblos para alcanzar un diálogo epistémico que permita: 1) identificar las diferencias entre las normas hegemónicas y las de los pueblos, 2) lograr mecanismos de coordinación y cooperación, y 3) brindar soluciones al conflicto sin afectar los derechos colectivos de los pueblos (Corte Constitucional, 2014, p.27).

En cuanto a la interpretación intercultural señala que la norma del delito de genocidio no sería inconstitucional si se interpretara en abstracto y textualmente (Corte Constitucional, 2014, p.26), pero que, en relación con los hechos, es necesario aplicar criterios de interculturalidad, considerando las orientaciones dadas en la sentencia No. 008-09-SAN-CC y en la sentencia T-254/94 de la Corte Constitucional Colombiana; sin los cuales los derechos colectivos de los pueblos indígenas podrían ser afectados; además, manifiesta que se debe tomar en cuenta la sentencia No. 113-14 SEP CC (Corte Constitucional, 2014, p.18-21) y que el juez penal debe aplicar peritajes sociológicos y antropológicos que le ayuden a identificar el nivel de desconocimiento del contexto de la norma así como si los hechos de los que se les acusa son una práctica propia de su cultura (Corte Constitucional, 2014, p. 21, 27).

Además, aborda el tema de la igualdad argumentando que en el caso concreto el trato igualitario de los supuestos infractores frente a la ley implicaría una desigualdad material porque implicaría el desconocimiento de las diferencias culturales de los pueblos nacionalidades, imponiéndose el modelo hegemónico blanco mestizo de civilización (Corte Constitucional, 2014, p.30).

c) La decisión: La Corte Constitucional declara principalmente que la aplicación de la norma sobre el genocidio en el caso concreto puede hacerse solo después de: 1) verificar que en el caso concreto existen todos los presupuestos determinados en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio observando los parámetros de interculturalidad y 2) realizar una interpretación intercultural para lo cual se debe tomar medidas urgentes como realizar peritajes sociológicos o antropológicos (Corte Constitucional, 2014, p.33).

2.3. Dificultades y oportunidades de la interpretación intercultural en el caso Waorani - Taromenani

Si la interpretación jurídica en sentido amplio implica aún retos para los jueces primordialmente educados en una cultura jurídica positivista, la interpretación intercultural requiere un esfuerzo que difícilmente podrá ser asumido exclusivamente por el juez.

A pesar de la extensa fundamentación y esfuerzo interpretativo, la decisión no es concluyente en cuanto a la constitucionalidad de la norma que tipifica el genocidio en razón de que la Corte dice *no poder* pronunciarse sobre el caso en concreto. En su lugar, dispone que el juez que conoce la causa verifique si la actuación de los presuntos infractores se enmarca en lo previsto en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y que realice una interpretación intercultural a través de peritajes sociológicos, antropológicos y que en la aplicación de las normas penales se observe los principios constitucionales analizados en la sentencia y se interprete interculturalmente.

La Corte no es concluyente porque en el transcurso de la interpretación sus preconceptos no fueron modificados, es decir, la Corte sabe que debe hacer una interpretación intercultural, pero esa interpretación implica acercarse a un diálogo con la otra cultura de la cual parece no tener mayor conocimiento, pues en la fundamentación no se considera o analiza este aspecto más que en términos normativos y abstractos. Ese diálogo no se efectúa, pues no podría considerarse al reconocimiento de las normas que obligan a la interpretación intercultural o a la emisión de nuevas reglas de interpretación intercultural (marco) como la interpretación intercultural en sí misma (contenido).

La interpretación intercultural no se da además porque la Corte no se acerca a los hechos, es decir, no interpreta las normas bajo el prisma de los sucesos, ni de las culturas de los involucrados, con lo cual, alcanzar una conclusión resulta una tarea complicada. En los puntos en los que es ineludible confrontar los hechos conocidos con esas normas, reconoce que podría existir una cosmovisión y cultura distinta de los pueblos involucrados en el caso, pero se realiza con recelo argumentando que aquello rebasa su competencia sobre la consulta que se le plantea.

El esfuerzo argumentativo se restringe a la reproducción recurrente de los textos de las normas, sean estas convencionales, constitucionales o legales, y solo amplía sus horizontes al considerar avances jurisprudenciales. En términos metodológicos la interpretación en buena medida es solo sistemática y convencional, al identificar la Corte las normas constitucionales y del derecho internacional con las que se debe contrastar la norma legal del delito de genocidio, es en este campo en donde la fundamentación le da mayor aporte al juez penal, pues le brinda como orientación el observar el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

En ese sentido la fundamentación da algunas guías para la actuación del juez del caso penal, pero pese al lenguaje erudito confuso que podría hacer pensar que sí, su parte resolutive no es concluyente y aporta poco en brindar claridad al juez penal sobre cómo actuar en el caso concreto, es decir, el problema de la interpretación intercultural retorna al juez penal casi en las mismas circunstancias en las que se encontraba cuando envió la consulta. ¿Podría realmente haberlo hecho?

El juez que planteó la consulta dio muestras de sensibilidad frente al conflicto, pero también de sus propias deficiencias para resolver, pues es él quien tiene mayor posibilidad de acercarse al diálogo intercultural para interpretar y aplicar las normas. La consulta da cuenta de los temores de los jueces al estar obligados a entrar al camino de la interculturalidad, sin luces claras, pues, aunque él fue capaz de argumentar las razones por las que consideraba que no debía aplicarse la norma del delito de genocidio en este caso, prefirió resguardarse (derivar) con una decisión de la Corte Constitucional que, en términos concretos, no dio solución a su problema.

Por otro lado, la consulta también da cuenta de que la duda que tuvo el juez es ya en sí mismo un avance, pues puede significar en ese caso en particular la toma de conciencia de la necesidad de comprender al otro, la preocupación sobre la interculturalidad y el pluralismo jurídico que está rondando su mente.

Los esfuerzos de la Corte Constitucional por dar orientaciones y directrices tampoco son despreciables; paulatinamente, se esperaría que estas vayan llenándose de contenido a través de los ejercicios interpretativos que realicen los jueces y de los diálogos que puedan surgir con la propia justicia indígena.

Referencias

- André, J. (2012). *Multiculturalidade, Identidades e Mestiçagem*. Coimbra, Portugal, Palimage.
- Aguiar e Silva, J. (2011). *Para uma teoria hermenêutica da justiça*. Coimbra, Portugal: Almedina.
- Calheiros, C. (2015). *Para uma Teoria da Prova*. Coimbra, Portugal: Coimbra.
- Carpio, M. (2011). Pluralismo jurídico en el Ecuador ¿existencia de una verdadera aplicabilidad en el ámbito penal?. *USFQ Law Review*, 2(2), 209-229.
- Cabodevilla, M. (2006). Pueblos ocultos. *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en la Amazonía y el Gran Chaco*, 118-131.
- De Sousa Santos, B. (2012). Cuando los excluidos tienen Derecho. En B. De Sousa Santos, & A. Grijalva, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (págs. 13-50). Quito, Ecuador: Abya Yala.
- Ferreira da Cunha, P.; Aguiar e Silva, J.; Lemos, A. (2010). *História do Direito*. Coimbra, Portugal: Almedina.
- Gadamer, H.-G. (1993). *Verdad y método*. Salamanca, España: Sígueme S.A.
- Geertz, C. (1973). *La interpretación de las culturas*. Barcelona, España: Gedisa.
- Grijalva, A. (2012). Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador. En B. De Sousa Santos, & A. Grijalva, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (págs. 51-78). Quito, Ecuador: Abya Yala.
- Grondin, J. (2011). La hermenéutica como ciencia rigurosa según Emilio Betti (1890-1968). *Co-herencia*, 8(15), 15-44.
- Hespanha, A. (1997). *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*, Portugal: Europa-América.
- Lamego, J. (1990). *Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa, Portugal: Fragmentos.
- Llewellyn, K. (1931). Law and the Modern Mind. *Columbia Law Review* 31.
- Magalhaes Filho, G. B. (2013). *Curso de Hermenêutica Jurídica*. Sao Paulo, Brasil: Atlas.

- Machado, B. (1983). *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra, Portugal: Almedina.
- Perelman, C. (1979). *Méthodes du Droit*. Toulouse, Francia: Dalloz.
- Reale, M. (2003). *Teoría Tridimensional do Direito. Teoria da Justiça. Fontes e modelos do Direito*. Lisboa, Portugal: Imprensa Nacional -Casa da MonedaStreck, L.
- (2014). *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre, Brasil: Livraria do Advogado.
- SIISE. (23 de Noviembre de 2017). *Sistema Integrado de Indicadores Sociales del Ecuador*. Obtenido de Sistema Integrado de Indicadores Sociales del Ecuador: http://www.siise.gob.ec/siiseweb/PageWebs/Marco%20Conceptual/macsdp_intrad.htm
- Villanueva, R. (2015), La interpretación intercultural en el Estado Constitucional. *Revista Derecho del Estado*, 34, 289-310.

Fuentes normativas

- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
- Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- Constitución Política del Ecuador 1998.
- Constitución de la República del Ecuador 2008.
- Código Penal del Ecuador de 1971.
- Código Integral Penal del Ecuador 2014
- Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador.
- Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador.
- Ley No. 1 publicada en Registro Oficial Suplemento 578 de 27 de Abril del 2009.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 0008-09-SAN-CC.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 004-14-SCN-CC.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 113-14-SEP-CC.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-254/94.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Sentencia No. ICTR-2001-66-A.