

Braiding Legal Orders: Una antología sobre la trenza del derecho comparado

Por: Isabel Dávila Pereira¹

Braiding Legal Orders, o traducido al Español, *Trenzando Ordenamientos Jurídicos*, es una antología de escritos legales editado por John Borrows, Larry Chartrand, Oonagh E. Fitzgerald y Risa Schwartz. El libro es el resultado de un trabajo de años promocionado por el Centre for International Governance Innovation (CIGI), en el cual académicos indígenas y no indígenas han colaborado para considerar problemáticas relacionadas a los pueblos indígenas desde perspectivas legales domésticas, internacionales e indígenas. El objetivo del libro, como lo pone John Borrows, reconocido jurista indígena y profesor de la Universidad de Victoria en British Columbia – también recibió significativo apoyo en el 2017 para la vacante de ese entonces en la Corte Suprema Canadiense y se espera que llegué a ser el primer juez indígena de la Corte Suprema–, es explorar y reconcebir las relaciones entre el derecho internacional, las leyes de los Pueblos Indígenas y las narrativas constitucionales canadienses. Consecuentemente, el libro está dividido en tres partes que

reflejan dicho objetivo. La primera parte se escribe desde la perspectiva internacional, la segunda parte desde la perspectiva del derecho indígena, y finalmente la tercera parte desde la perspectiva del derecho doméstico. Con un total de 23 capítulos, *Braiding Legal Orders*, es espectacularmente vasto y contiene una diversidad de temas que demuestran la complejidad de la tarea que se han impuesto este grupo de autores. El libro discute temas de carácter filosófico-legal, como la legitimad del Estado, temas de igualdad interseccional – particularmente en su capítulo 6 donde analiza la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (de ahora en adelante ‘UNDRIP’, por sus siglas en inglés) desde una perspectiva de género –, y propone formas prácticas para implementar la UNDRIP. *Braiding Legal Orders*, es tal vez mejor descrito como un manual para la convivencia de los diferentes ordenamientos jurídicos que informan las discusiones planteadas. Si ese era su fin, lo hace de una manera excepcional, indudablemente delicada, precisa y

¹ Juris Doctor por la Osgoode Hall Law School en York University, estudió Derecho en la Universidad San Francisco de Quito. Publicó varios artículos, tales como: Google v. Equustek: Are Courts Behind the Digital Revolution?; Access to Abortion: An International Human Rights Perspective on Canadian Law. Actualmente trabaja en la firma Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP y forma parte de la organización Justicia y Responsabilidad Corporativa fundada en Toronto, Canadá.

que no busca establecer un estricto sistema de convivencia, sino abre las puertas a constantes preguntas y conversaciones entre las perspectivas que guían la organización de sus secciones.

Durante el primer mes de mis estudios en la Escuela de Derecho del Osgoode Hall Law School en Canadá, atendí a una charla sobre Derecho Constitucional Canadiense. En esta charla, naturalmente, una de las primeras discusiones fue respecto a las fuentes del derecho. Una diapositiva leía, “Constitution”, seguida por “Common law” y finalmente “Indigenous law”. Es la inclusión de la última categoría la que me sorprendió. No me pareció fuera de lo común. Después de todo venía de un país cuya Constitución reconocía la existencia de una jurisdicción indígena. Sin embargo, después de ya haber atendido a algunas de mis clases de Derecho Constitucional no comprendía del todo de donde venía la inclusión de tal categoría. La Constitución Canadiense está compuesta de dos documentos esenciales, el Acta Constitucional de 1867 que crea la federación y determina en mayor parte el funcionamiento del gobierno, y el Acta Constitucional de 1982, la cual es el resultado de dieciocho meses de luchas legales y políticas que permitieron al estado de Canadá modificar su constitución

sin la aprobación del Reino Unido y además incluye el documento principal de derechos humanos del país, la Carta de Derechos y Libertades. La Constitución de 1982 además en su artículo 35 reconoce y afirma los derechos de los pueblos indígenas preexistentes, así como aquellos encontrados en tratados realizados con la corona británica. Desde 1982 hasta la actualidad, sin embargo, ha sido un largo camino para que los pueblos indígenas puedan ejercer sus derechos reconocidos en la Constitución, el derecho internacional y sus propias tradiciones legales. El más desgarrador ejemplo de esto son las escuelas residenciales. Desde 1831 hasta 1996, el gobierno junto con la iglesia mantuvo, asistió y apoyó las escuelas residenciales, centros que pretendían “educar” y asimilar a la niñez indígena a la sociedad canadiense –a la fuerza y después de ser separados de sus padres–. Se estima que 150,000 niños y niñas pasaron por dicho sistema, y aproximadamente 6000 niños fallecieron –este último estimado a pesar de la inmensa falta de documentación disponible–. La última escuela cerró en 1996 y hasta el día de hoy el Acta India regula la vida de las personas indígenas en Canadá. Antes de empezar mi programa, ya conocía de esta historia. Y es por eso que tomé la inclusión del Derecho Indígena como una fuente de Derecho Canadiense de manera escéptica.

Después comprendería que dicha inclusión venía como resultado del reconocimiento de los ordenamientos jurídicos indígenas y su importancia en la existencia de un estado canadiense. La realidad es que la corona británica entró en un sin número de tratados con diferentes pueblos indígenas que aplican hasta el día de hoy en lo que ahora conocemos como Canadá y durante mucho tiempo el gobierno ha fallado en cumplir sus obligaciones bajo estos tratados. Por ejemplo, Canadá no reconoce el derecho de los pueblos indígenas al consentimiento libre, previo e informado en cuestiones que afectan a sus vidas y sus medios de vida. Esto, a pesar de la inclusión del principio de soberanía en varios de los tratados y de la promesa del actual gobierno de implementar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la misma que incluye el reconocimiento de dicho derecho. En contraste, el Ecuador al igual que muchos otros estados de Latinoamérica reconocen este

derecho desde 1989 cuando ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Previó a estudiar el sistema Canadiense, pensaba –quizás de manera ingenua– que el reconocimiento de la jurisdicción indígena en la Constitución del 2008, así como la ratificación del Convenio 169 eran pasos y avances significativos y definitivos. Aún creo que son sumamente significativos, el derecho es una herramienta de progreso. Sin embargo, algo que me han enseñado mis años de estudio en este país y particularmente el libro *Braiding Legal Orders*, es que la igualdad de jure –o igualdad ante la ley– pierde toda fuerza cuando no existe la igualdad de facto –o igualdad sustantiva, aquella que existe en la realidad–. Es innegable que América Latina arrastra una deuda social de discriminación y falta de oportunidades con los pueblos indígenas. Esto continúa siendo cierto a pesar del reconocimiento legal de derechos como la consulta previa, el consentimiento libre e informado, la autodeterminación y la soberanía.

Braiding Legal Orders propone un paso adelante en la conversación entre la igualdad de jure y de facto, la convivencia entre el derecho doméstico, internacional e indígena y la soberanía de los pueblos indígenas. Desde su título,

este libro refleja el complejo trabajo que requiere la convivencia del derecho doméstico, internacional e indígena. Utilizando la metáfora de la trenza, como lo explica Borrows, el libro pretende demostrar que el proceso de poner en consonancia

al derecho internacional, doméstico e indígena no es un proceso lineal. Las vías en este camino legal pueden ser paralelas, pero también, al igual que en una trenza, pueden entrelazar y cruzar la una con la otra. Los pueblos indígenas, explica Borrows, no quieren ver sus propias leyes y procesos de tomas de decisión oscurecidos o extinguidos a través de su interacción con otros sistemas legales, pues aquellos hilos conteniendo el derecho indígena en esta conversación deben ser vibrantes, fuertes y se debe poder reconocer cuando interactúan, afectan o son influenciados por otras tradiciones legales. La metáfora de la trenza es una que acarrea un significado sumamente especial en *Braiding Legal Orders* por su relación con el significado de la trenza para muchas tradiciones indígenas, "A braid is a single object consisting of many fibres and separate strands; it does not gain its strength from any single fibre that runs its entire length, but from the many fibres woven together"². Desde que inicie mis estudios en Derecho, he estado fascinada con el derecho comparado. Muchas veces referido más como una disciplina o un método de análisis que como una rama del derecho en sí. *Braiding*

Legal Orders me recordó de las increíbles lecciones legales que se esconden detrás de este método y no hay una mejor descripción de este que aquella explicada por la metáfora de la trenza. Creo que a pesar de su enfoque en las relaciones de los pueblos indígenas originarios con lo que hoy en día es el estado de Canadá, los abogados y juristas ecuatorianos, sobretodo aquellos que ejercen la práctica de los derechos humanos no solo disfrutarían su lectura, si no también se beneficiarían del respeto y reconocimiento que *Braiding Legal Orders* le da al ordenamiento jurídico indígena. Un respeto que es necesario fomentar en la profesión legal y en la comunidad ecuatoriana en general. Tal vez, así como el libro propone una conversación entre las tres perspectivas resaltadas, la perspectiva legal y multi-jurisdiccional ecuatoriana se podría beneficiar de escuchar las propuestas detalladas en *Braiding Legal Orders*.

² "Una trenza es un solo objeto constituido por varias fibras y por filamentos separados; no obtiene su fuerza de una sola fibra que recorre su longitud entera, sino de las múltiples fibras que se tejen en una". Esta traducción es realizada por mí y no ha sido autorizada por ninguno de los autores.