

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**48**  
(2019)

BARTOLOMÉ CLAVERO

*TERRA AUSTRALIS NULLIUS:*  
JURISPRUDENCIA, HISTORIOGRAFÍA, ANTROPOLOGÍA,  
MEMORIA, FICCIÓN Y ROCK BAJO EL SIGNO DE MABO

*Tag mauki mauki, teter mauki mauki*

Atente a tu camino, conténtate con tu tierra.

(Principio de derecho meriam) <sup>(1)</sup>.

Wasn't long before they felt the sting,  
white man, white law, white gun.

(Letra de canción rock) <sup>(2)</sup>.

1. Un país llamado *Terra Nullius*. — 2. Caso australiano en escenario de derecho internacional y anomía constitucional. — 3. Reto e impacto historiográficos de *Mabo*. — 3.1. Título de derecho indígena entre historiografía y jurisprudencia. — 3.2. Mitología histórica y distopía jurídica de la doctrina de *terra nullius*. — 4. Lo que la sentencia dijo y lo que no dijo: la parábola del colonialismo. — 5. *Terra nullius* como genocidio y otras decodificaciones de derecho y de historia. — 5.1. Genocidio, derecho internacional e historia constituyente. — 5.2. La historia redentora y los límites culturales de la historiografía profesional.

---

<sup>(1)</sup> Nonie SHARP, *Malo's Law in Court: The Religious Background to the Mabo Case*, en *Religious Business: Essays on Australian Aboriginal Spirituality*, ed. Max Charlesworth, Melbourne, Cambridge University Press (CUP), 1998, cap. 9, pp. 180-181. *Malo's Law* es una forma religiosa de decir derecho meriam. El meriam es el pueblo del pequeño archipiélago de las Islas Murray, cuyo caso nos va a ocupar.

<sup>(2)</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=GqxX9YDL0tk>, grupo GOANNA, *Solid Rock*, del álbum *Spirit of Place*, Warner Music Group Australia, 1982, pista 2, ed. remasterizada y ampliada, 2003, con versión también en vivo, pista 17; siempre con acompañamiento de didyeridú y con doblete en lengua indígena que no se identifica, quizás yorta-yorta: <https://www.youtube.com/watch?v=XE62llQVklw>. Me dio la pista el encabezamiento de Claire G. COLEMAN, *Terra Nullius: A Novel*, Sidney, Hachette, 2017. Goanna es el nombre de un reptil austral muy presente en creaciones culturales indígenas.

1. *Un país llamado Terra Nullius.*

*Terra nullius* se traduce por tierra de nadie. En la jerga jurídica que tanto ama el uso de latinajos como si imprimiesen autoridad por la suposición supremacista de que la lengua muerta de un derecho atávico europeo en estado hoy de respiración asistida cuenta con capacidad de predicación universal, *terra nullius* es territorio habitado a cuya población no se le reconoce por parte de un orden presuntamente natural, de la naturaleza humana, ni gobierno ni dominio en propia casa por reputársele no civilizada, no situada ni de lejos a las alturas de Europa: « Land to which no European state as yet lays claim. Land that justly falls to the first European state to invade the territory »<sup>(3)</sup>. En un mundo así de sutil de latinajos, no solo desde luego el de *terra nullius*, vamos a tener que venir a situarnos<sup>(4)</sup>. Desde el propio título de este trabajo, resulta difícil eludirlos. *Terra Australis Nullius* no es exactamente lo mismo que tierra austral de nadie.

*Terra nullius* es especie de fantasma que ha venido a posarse sobre Australia. Como nombre propio, con la doble mayúscula, *Terra Nullius* denomina hoy a su continente y a sus islas<sup>(5)</sup>. Hay más

---

<sup>(3)</sup> Sven LINDQVIST, *Terra Nullius: A Journey Through No One's Land* (2005), trad. Sarah Death, Londres, Granta, 2007, definiciones de arranque. La versión inglesa del original sueco está actualizada (n. 166).

<sup>(4)</sup> Hay guía: Aaron X. FELLMETH y Maurice HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, Nueva York, Oxford University Press (OUP), 2009, con definición aséptica o, mejor dicho, sesgada de *terra nullius* (p. 277), quiero decir sin reflejo de su entidad colonial: « Land or territory on which no state exercises sovereignty but that is open to claims of exclusive rights or peaceful occupation by any state with the intention of acquiring sovereignty over it », y con esa presunción contrafactual de un carácter pacífico. Es abstracción usual entre iusinternacionalistas: Malcolm N. SHAW, *International Law* (1997), Cambridge, CUP, 2017, p. 364: « Apart from territory actually under the sovereignty of a state, international law also recognizes territory over which there is no sovereign. Such territory is known as *terra nullius* », no diciéndose que lo que no haya sea gente.

<sup>(5)</sup> Robert CLARKE, *Travel Writing from Black Australia: Utopia, Melancholia, and Aboriginality*, Nueva York, Routledge, 2016, cap. 6: *Dark Places: The Ghosts of Terra Nullius*; en prefacio, p. VIII: « It still felt as though the nation was dominated by a stifling 'white Australian' ethos, a shameful reluctance to acknowledge the history of the European invasion of the continent and a failure to respect the sovereignty of its Indigenous citizens », lo que va perfilando de paso el universo donde vamos a movernos.

de un libro que versa sobre tribulaciones australianas que ostentan dicho título sin necesidad de un subtítulo que aclare de qué latitudes se trata (6). ¿Qué tiene que ver *Terra Nullius*, Australia, con *terra nullius*, tierra de nadie? Algo se barrunta si observamos que algunos de estos libros son obras de ficción que intentan dar voz a la experiencia indígena tras su padecimiento aún no restañado de colonialismo de origen europeo, concretamente británico (7). Con minúsculas, *terra nullius* ya también se ha convertido en figura de lenguaje cosmopolita: «The entire world can be turned into *terra nullius*» por una hecatombe nuclear (8). Nombre exclusivo o pluralente, Australia sería en todo caso *terra nullius by design*, tierra de nadie por excelencia mediante diseño colonial. Ningún otro caso

---

(6) LINDQVIST, *Terra Nullius*, cit.; T.D. MCKINNON, *Terra Nullius*, La Vergne, CreateSpace, 2011; Margaret VISCIGLIO VECCHIO, *Terra Nullius and Other Stories*, Adelaide, Ginninderra, 2015; COLEMAN, *Terra Nullius*, cit. Tal es el título de la obra de Lindqvist desde la edición original, en sueco, y en otras traducciones, salvo en una estadounidense que lo relega a subtítulo: S. LINDQVIST, *The Dead Do Not Die: 'Exterminate All the Brutes' and Terra Nullius*, introducción de Adam Hochschild, Nueva York, The New Press, 2014, incluyéndose así junto a su anterior '*Exterminate All the Brutes: One's Man Odyssey into the Heart of Darkness and the Origins of European Genocide*' (1992), trad. Joan Tate (de la segunda edición sueca), Nueva York, The New Press, 1997, sobre África, América y ya también Australia. *The Dead Do not Die* es primeramente el título de un capítulo de *Terra Nullius*. Hay otra compilación en inglés de sus escritos africanos: S. LINDQVIST, *Sabaran Journey*, Londres, Granta, 2012.

(7) COLEMAN, *Terra Nullius*, cit., p. 131: «Terra Nullius was a legal fiction, a declaration used to justify the invasion of Australia»; se publica como «winner of the *black&write!* State Library of Queensland Fellowship 2016»; la autora pertenece al pueblo nyungar. MCKINNON, *Terra Nullius*, cit., p. 206: «And what is terra nullius?»; el autor es escocés y su voz indígena, esforzada pero ventrílocua; la asemeja a la irlandesa y a la escocesa en las figuras de un abogado defensor y un rebelde cimarrón respectivamente. Coleman representa la voz indígena por toda la población australiana bajo la invasión de extraterrestres que se comportan tal y como los británicos lo habían hecho siglos antes con los aborígenes.

(8) S. LINDQVIST, *Terra Nullius*, en *The Dead Do Not Die*, cit., libro segundo (ed. también de las citas posteriores), p. 315, a propósito de las pruebas nucleares británicas en zonas indígenas de Australia entre 1952 y 1963; ID., *A History of Bombing* (1999), Nueva York, The New Press, 2003, pp. 139-141 y las referencias de *Bombing the Savages* en su preliminar *Ways into de Book*.

merecería tal apelativo propio de *Terra Nullius*, tierra de nadie en el sinsentido de no ser tierra de su propia gente <sup>(9)</sup>.

Australia puede tener hoy el apodo de *Terra Nullius* por una razón muy precisa. En 1992, entre tantos gestos que este año se tuvieron por doquier con los pueblos indígenas, su Alta Corte federal emitió una sentencia, *Mabo and Others versus the State of Queensland*, unos individuos contra un Estado de la Commonwealth australiana, decidiendo dos cosas: que Australia había sido *terra nullius* y que Australia dejaba de ser *terra nullius*. He aquí entonces una cuestión de historia jurídica de presente que abre cuestiones de historia jurídica de pasado. Ni que hubiera habido ni que dejara de haber *terra nullius* son datos ciertos porque una alta jurisdicción así lo decida. Esa misma denominación de Australia, lo mismo que su referencia también eventualmente más o menos identificativa por otras latitudes, no parece anterior a 1992 <sup>(10)</sup>. « Terra nullius, now

---

<sup>(9)</sup> Stuart BANNER, *Possessing the Pacific: Land, Settlers, and Indigenous Peoples from Australia to Alaska*, Cambridge Mass., Harvard University Press (HUP), 2007, cap. 1: *Australia: Terra Nullius by Design*, arrancando, p. 13, con la definición del diseño: « The British treated Australia as *terra nullius* — as unowned land. Under British colonial law, Aboriginal Australians had no property rights in the land ». No deja, sin embargo, de hacer presente la calificación de *terra nullius* en otros casos como, en las Américas, los de California (cap. 5), British Columbia (cap. 6, del que diré) y Alaska (cap. 9), pero entendiendo que éstos no respondieron a marca de fábrica, sino a deriva desde políticas menos ninguneadoras. Para una crítica a Banner en el sentido de que la *terra nullius* habría estado aún más extendida, Edward CAVANAGH, *Possession and Dispossession in Corporate New France, 1600-1663: Debunking a 'Juridical History' and Revisiting 'Terra Nullius'*, en « Law and History Review », 32 (2014), 1, pp. 97-125.

<sup>(10)</sup> C.H. ALEXANDROWICZ, *The Law of Nations in Global History (1954-1980)*, eds. David Armitage y Jennifer Pitts, Oxford, OUP, 2017, hace uso de *terra nullius* como tierra habitada que se entiende sin soberano propio, pero no la aplica especialmente a Australia. Paul TENNANT, *Aboriginal Peoples and Politics: The Indian Land Question in British Columbia, 1849-1989*, Vancouver, University of British Columbia Press (UBCP), 1990, no hace uso; con *Mabo* de por medio, Boyce RICHARDSON, *People of Terra Nullius: Betrayal and Rebirth in Aboriginal Canada*, Madeira Park, Douglas and MacIntyre, 1994; BANNER, *Possessing the Pacific*, cit. cap. 6: *British Columbia: 'Terra Nullius as Kindness'*; e incluso, haciendo ahora uso, el mismo TENNANT, *Aboriginal Peoples and Aboriginal Title in British Columbia Politics, in Politics, Policy, and Government in British Columbia*, ed. R.K. Carty, Vancouver, UBCP, 1996, cap. 4. Anterior a *Mabo*, LINDQVIST, *'Exterminate All the Brutes'*, cit., no emplea todavía ni una sola vez la expresión de *terra nullius* para la ocupación colonial de territorios no europeos, aun teniendo continuas

no longer an abused doctrine », es lo que en todo caso ya parece que tenemos <sup>(11)</sup>. Y tal fue la repercusión social de la sentencia que hoy *Terra Nullius* es insignia distintiva de Australia <sup>(12)</sup>. Por esas antípodas europeas no hace falta apellidar *Terra Nullius* como *Australis* para saber qué país designamos. Hay nombres coloniales de verdadero éxito: desde pronto, *Mundus Novus, America*; ahora, para *Australia, Terra Nullius*. Todos son, Australia y América inclusive, nombres tales, coloniales <sup>(13)</sup>.

Vamos a contemplar cómo Australia se convierte en *Terra Nullius* moviéndonos entre jurisprudencia, historiografía, antropología, memoria, ficción y rock, una serie de agencias no del todo ensimismadas dentro de sus respectivos nichos, aunque la concurrencia sea naturalmente desigual. Así acontece incluso entre historiografía y antropología. La segunda se muestra por Australia bastante más activa a través de los procedimientos tanto judiciales como

ocasiones (p. ej., p. 166: « According to the *Lebensraum* theory, the Jews were a landless people, like the stunted hunting people of the African interior »). Su *Terra Nullius* viene tras *Mabo*.

<sup>(11)</sup> Joseph MALLARD, *Terra Nullius*, en « Law Text Culture », 4 (1998), 1, *In the Wake of Terra Nullius*, pp. 48-50 (50). « Where is our land, that used to be? », se había sin embargo interrogado el poema de R.L. GINIBI, *Terra Nullius*, en « Law Text Culture », 1 (1994), p. 13.

<sup>(12)</sup> LINDQVIST, *Terra Nullius*, cit., p. 351: « On June 3, 1992, the Australian High Court outlawed the concept of *terra nullius* and ratified Aboriginal rights to the land where they lived and had always lived. The so-called Mabo Decision revised the whole historic and legal basis of Australia as a nation », bien que la misma decisión « proved to be worth less than initially hoped »; VISCIGLIO VECCHIO, *Terra Nullius*, cit., epílogo *About this book*: « The term *terra nullius* is a lie. Australia was not an *empty land* [...]. But the perception of the continent as empty persisted in the colonists' minds [...]. It is to Australia's shame that it took until 1992 when the Mabo vs Queensland case established native land rights ».

<sup>(13)</sup> Literariamente, hay caso ahora de aplicación de *terra nullius* a Sudáfrica: Christine COATES, *Terra nullius — the Marikana Symphony*, en *Best 'New' African Poets: 2016 Anthology*, eds. Tendai R. Mwanaka y Daniel da Purificação, Bamenda, Langaa, 2017, pp. 140-141, con nota de aclaración sobre *terra nullius* conforme al derecho internacional que no hace explícita la connotación colonial. Marikana es el lugar de una masacre de mineros en 2012. También se ha aplicado el título a ficción sobre la colonización del sistema solar: *Terra Nullius*, eds. Kate Coe y Ellen Crosháin, Banbury, Grimbold, 2018. Por lo demás, *No Man's Land* o también *Waste Land* son motivos literarios sin relación con *terra nullius*.

administrativos interesantes a indígenas, como el mismo caso *Mabo* ilustra<sup>(14)</sup>. He de advertir, sin embargo, que la impresión de desigualdad a favor en cambio de la historiografía puede aquí proceder de la parcialidad de mi competencia<sup>(15)</sup>. Mi especialidad es la historia del derecho, bien que también vengo abrigando interés, aun con escasísima experiencia de campo, por la antropología de presente, especialmente por aquella que parte de un respeto a la humanidad indígena proponiéndose no reducirla a objeto parlante

---

(14) N. SHARP, *No Ordinary Judgment: Mabo, the Murray Islanders' Land Case*, Canberra, Aboriginal Studies Press, 1996; Bruce SHAW, *Expert witness or advocate? Emerging issues and future directions*, en la serie *Land, Rights, Laws: Issues of Native Title*, ed. George Boeck, vol. 2, paper 11, 2001; Peter SUTTON, *Native Title in Australia: An Ethnographic Perspective*, Melbourne, CUP, 2003, habiendo de bregar con el derecho; Paul BURKE, *Law's Anthropology: From ethnography to expert testimony in native title*, Canberra, Australian National University Press (ANUP), 2011, cap. 1: *Towards an Ethnography of Anthropology's Encounter with Modern Law*; Bryan KEON-COHEN, *Mabo in the Courts: Islander Tradition to Native Title — A Memoir*, Melbourne, Australian Scholarly Publishing, 2011 (el autor había sido el abogado de Mabo; no estuvo en buenos términos con la contribución de la antropología); Arthur J. RAY, *Aboriginal Rights Claims and the Making and Remaking of History*, Montreal, McGill-Queens University Press, 2016, caps 4: *Anthropologists, Historians, and the Title Claims of Aborigines in Australia*, y 8: *Courts, Commissions, and Tribunals as Forums for Interpreting and Making History* (introduciendo, pn. 271: « I became intrigued about the ways that opposing parties in this aboriginal title litigation drew upon the existing scholarly literatures from archaeology, ethnography, and history »).

(15) Hay factores que no considero, como el de la lingüística, aunque alguna referencia haré en relación a toponimia y patronimia; el de la geografía salvo para ubicar las islas del pueblo meriam; o el de la política en sentido gubernamental y legislativo, éste último de primer orden para la regulación del título indígena reconocido por *Mabo*. En particular, entre la presidencia laborista de Paul Keating (1991-1996) y la conservadora de John Howard (1996-2007), se produjo un giro pronunciado hacia políticas adversas a derechos de los pueblos indígenas (en términos legislativos, del *Native Title Act de 1993* al *Native Title Amendment Act de 1998*), con fuerte complicidad de un sector poco profesional de la historiografía, a cuyos colaboracionismo y negacionismo me limitaré a hacer alguna ligera alusión, como igualmente haré respecto al contexto político del caso *Mabo*. Asimismo trato de jurisprudencia tan sólo judicial, no de doctrina jurídica. En suma, me faltan conocimiento de lenguas indígenas, experiencia de política australiana y una mayor pericia en un *common law* cuyo desenvolvimiento hoy se mueve entre judicaturas independientes de Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Australia y otras antiguas colonias británicas.

pero pasivo de observación (16). Indígena conviene dejar registrado que no lo soy. Pertenezco al sector beneficiario del colonialismo. Especificando todo esto cumplo con el requerimiento de autolocalización más característico de la antropología que de la historiografía o de la jurología (17).

El asunto importa a Australia, pero también lo hace a una historia global y comparada de la vertiente jurídica del colonialismo británico y, más en general, del europeo. Dicho de otra forma, interesa neurálgicamente a la historia del derecho internacional, no sólo además al de ayer, sino también al de hoy (18). Me atengo al susodicho caso *Mabo*, mas con la vista puesta en tal horizonte más dilatado. Hablo de lo que sé o de lo que he logrado saber en base a conocimientos díganos que librescos de soporte impreso o digital.

---

(16) B. CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América indígena*, Copenhague, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2011. En la antropología sobre el pueblo meriam, la que más se esfuerza, comparativamente, por no suplantar la voz indígena del caso es la representada por N. SHARP, *Stars of Tagai: The Torres Strait Islanders*, Canberra, Aboriginal Studies Press, 1993, con consideración bien positiva del caso *Mabo*, pp. 229-237; es también, en general, la más apreciativa del *Mabo's law*, el derecho meriam como ya sabemos.

(17) Se tienen dos estudios clave respecto al desempeño de la historiografía y de la antropología en procedimientos judiciales sobre derecho indígena en Australia: Ann CURTHOYS, Ann GENOVESE y Alexander REILLY, *Rights and Redemption: History, Law and Indigenous People*, Sidney, University of New South Wales Press (UNSWP), 2008; BURKE, *Law's Anthropology*, cit. Se ha generado un problemático espacio judicial de interdisciplinariedad que cobra impulso con *Mabo* precisamente: *Crossing Boundaries: Cultural, legal, historical and practice issues in native title*, ed. Sandy Toussaint, Melbourne, Melbourne University Press (MelUP), 2004, p. 1.

(18) Me incitó a ocuparme de *terra nullius* la lectura de Marta LORENTE, 'Uti possidetis, ita domini eritis'. *International Law and the Historiography of the Territory* (2014), en *Spatial and Temporal Dimensions of Legal History: Research Experiences and Itineraries*, eds. Massimo Meccarelli y María Julia Solla, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, pp. 131-172, abordando el territorio en el sentido jurídico, no geográfico: Jordan BRANCH, *The Cartographic State: Maps, Territory, and the Origins of Sovereignty*, Cambridge, CUP, 2014; Charles S. MAIER, *Once Within Borders: Territories of Power, Wealth, and Belonging since 1500*, Cambridge Mass., HUP, 2016. Prosigue con el tema M. LORENTE, 'Nación y Naciones en Colombia'. *Del espacio de la Monarquía al territorio nacional*, a publicarse en *En Antidora. Homenaje a Bartolomé Clavero*, Universidad de Sevilla.

No he puesto un pie en el continente ni en las islas de Australia <sup>(19)</sup>. Nada prácticamente conozco sobre un sector clave de la humanidad que protagoniza esta historia puesto que sé bien poco acerca de los pueblos indígenas afectados, como sean, entre otros muchos, los mencionados a lo largo de estas páginas, el meriam, el nyungar, el yorta-yorta, el yolngu o el gurindji. Me falta experiencia local siquiera mínima. Con tantas advertencias de entrada <sup>(20)</sup>, me dispongo a proceder. Por indígena entiendo la condición de pérdida o disminución de derecho en tierra propia como efecto del colonialismo y sus secuelas; por colonialismo, el sometimiento en algún grado de pueblos no europeos a Europa o a sus diásporas <sup>(21)</sup>.

## 2. *Caso australiano en escenario de derecho internacional y anomia constitucional.*

«The decision of the High Court of Australia in *Mabo v. Queensland (No. 2)* has had a profound impact on the legal, social, and political reality» de las relaciones entre indígenas y no indígenas por proceder al reconocimiento de «native title», título indígena,

---

<sup>(19)</sup> Respecto a *terra nullius* en la historia del derecho internacional Andrew FITZMAURICE, *Sovereignty, Property and Empire, 1500-2000*, Cambridge, CUP, 2014, caps. 8-10, ofrece el estudio más comprensivo. Así orientado, me ubico en el que pronto ví que era el mejor observatorio, el de Australia.

<sup>(20)</sup> Nado AVELING, 'Don't talk about what you don't know': on (not) conducting research with/in indigenous contexts, en «Critical Studies in Education», 54 (2013), 2, pp. 203-214. Mientras fui miembro del Foro Permanente del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas (2008-2010), hicimos visitas con acceso a comunidades indígenas a Bolivia, Paraguay y Colombia, ninguna fuera de las Américas. En todo caso, donde obtuve mis primeros conocimientos más directos sobre el caso australiano fue en el Foro: Maria SAPIGNOLI, *A Kaleidoscopic Institutional Form: Expertise and Transformation in the UN Permanent Forum on Indigenous Issues*, en *Palaces of Hope: The Anthropology of Global Organizations*, eds. Ronald Niezen y Ead., Cambridge, CUP, 2017, cap. 4 (p. 79: foro, entre otras cosas, de una colectiva «knowledge production»).

<sup>(21)</sup> B. CLAVERO, *Europa y su diáspora. Debates sobre colonialismo y derecho*, Santiago de Chile, Olejnik, 2016. En Australia suele distinguirse entre *Aborigines*, los del continente, de una parte y, de otra, como melanesios, *Torres Strait Islanders*, los de las numerosas islas, que no sólo son las Murray del pueblo meriam, en el ancho estrecho con Papúa-Nueva Guinea, pero, conforme al uso actual del derecho internacional, también se utiliza hoy *Indigenous* para el conjunto del interior de las fronteras australianas.

sobre tierras y recursos. Tal sentencia, la de *Mabo and Others versus the State of Queensland*, de 1992 (22), « was heralded as an abandonment of the *terra nullius* myth, although this may be an overstatement of the reform that took place ». Representaría una *judicial revolution* en sintonía con lo que ya estaría ocurriendo por otras latitudes de *common law*. En la presunción de *terra nullius*, ese mito de territorio habitado sin dueño, se habría basado el despojo indígena. La historia estaría tan clara como cristalinos, los principios, aunque no lo esté tanto todo el resto (23). Lo expresó el primer ministro australiano a la sazón, Paul Keating: « The Court's decision rejected a lie and acknowledged a truth. The lie was *terra nullius* [...]. The truth was *native title* ». *Mabo* apuntaría nada menos que al inicio de la reversión del estado de iniquidad creado por la ocupación británica de Australia iniciada en 1788, hacia un par de siglos antes (24).

La sentencia resuelve un caso concreto, el del título a la tierra de miembros del pueblo meriam, de las Islas Mer, por nombre nativo, o Murray, por nombre colonial, entre Papúa-Nueva Guinea y el Estado de Queensland al nordeste de Australia, en el Estrecho de Torres, pero, para hacerlo, ha de admitir previamente la existen-

---

(22) Para la sentencia en el sitio del *Australasian Legal Information Institute*, [http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/high\\_ct/175clr1.html](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/high_ct/175clr1.html). Se le cita como « *Mabo* (2º) » pues hay una primera *Mabo v. Queensland*, 1988, que no hace referencia a la doctrina de *terra nullius*, aunque sí se refiere a la de *waste lands of the Crown* que se le puede asemejar, no tanto como identificar, la primera propia del derecho internacional, la segunda del *common law*. Lo veremos. En dicho sitio de información jurídica, la búsqueda por *Mabo*, a fecha de 30/4/2018, rinde 4.851 registros.

(23) Anne TWOMEY, *A Law Librarian's Guide Through the 'Mabo' Maze*, en « *Australian Law Librarian* », 1 (1993), 4, pp. 152-156; Lisa STRELEIN, *Compromised Jurisprudence: Native title cases since Mabo* (2006), Canberra, Aboriginal Studies Press, 2009, pp. 1-2.

(24) Larissa BEHRENDT, *Asserting the Doctrine of Discovery in Australia*, en Robert J. MILLER, Jacinta RURU, la misma BEHRENDT y Tracey LINDBERG, *Discovering Indigenous Lands: The Doctrine of Discovery in the English Colonies*, Nueva York, OUP, 2010, cap. 7, ep. D: *The 'Mabo' Case: Overturning the Doctrine of 'Terra Nullius'*. La cita del primer ministro en Bain ATTWOOD, *Telling the Truth about Aboriginal History*, Sidney, Allen and Unwin, 2005, p. 29, no sin un apunte de crítica: « The approach adopted by his (Keating's) government was more a matter of rewriting the history of the nation than it was a means of redressing the consequences of the past it represented for Aboriginal people ».

cia de un tal derecho en el seno de dicho pueblo, lo que a su vez implica la misma posibilidad a favor potencialmente de otros pueblos indígenas del continente australiano e islas anexas anteriormente privados (25). Mer es nombre de la isla mayor y del pequeño archipiélago. El mismo pueblo meriam es reducido, pero con entidad propia. La dimensión geográfica y demográfica no guarda proporción con la envergadura jurídica del caso. La anexión de Mer a Queensland procede de los tiempos en los que ésta era colonia, de antes de constituirse en Estado de Australia cuando la Commonwealth se estableció en 1901 (26).

« The *Mabo* decision has had a tremendous impact on Australian society and has been a landmark case for the recognition of indigenous rights all over the world ». En sustancia, se trata de la revisión de « the legal and other effects of the doctrine of *terra nullius* ». Entiende ahora la Alta Corte de Australia que, cuando el Imperio británico se hizo con las islas del caso, « the land rights of indigenous peoples survived the change of sovereignty and were not extinguished ». La Corte también ahora rechaza explícitamente « that the Aboriginal peoples were so low in the scale of social organization that they did not possess rights and interests in land ». Así se superaría « the doctrine of *terra nullius*, a legal construction used by states in the past to legitimize colonisation and dispossess indigenous peoples from their lands », lo cual ya se habría efectuado por parte no sólo de algunos otros Estados, sino también del derecho internacional en 1975 con la Opinión Consultiva de la

---

(25) El principal demandante, Edward o Eddie Mabo, aunque no residía en Mer, sino en el continente, se presentaba como autoridad tradicional meriam, pero no se le acreditó esta forma de legitimación, lo que tampoco redujo el caso a reclamaciones individuales: BURKE, *Law's Anthropology*, cit., cap. 3.

(26) Stuart B. KAYE, *The Torres Strait*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1997, caps. 5: *Legal Regime of the Torres Strait*, y 7: *Contemporary Issues: Self-Determination and the Islanders*; Ian J. McNIVEN, *Torres Strait Islanders and the maritime frontier in early colonial Australia*, en *Colonial Frontiers: Indigenous-European encounters in settler societies*, ed. Lynette Russell, Manchester, Manchester University Press (ManUP), 2001, cap. 10; David LAWRENCE y Helen REEVES LAWRENCE, *Torres Strait: The Region and its People*, en *Woven Histories, Dancing Lives: Torres Strait Islander Identity, Culture and History*, ed. Richard Davis, Canberra, Aboriginal Studies Press, 2004, pp. 15-29.

Corte Internacional de Justicia sobre el Sahara Occidental (27). Hasta tales momentos los pueblos indígenas habrían podido estar jurídicamente sometidos a la regla de *terra nullius* con sus efectos de despojo masivo. Con todo esto se nos asegura que « *Mabo 2* shocked the country because it upended the doctrine of *terra nullius* » así como « it created shock waves » que alcanzaron a otros continentes (28).

« The use of international standards to guide the judicial interpretation and application of domestic rules in the context of indigenous peoples is exemplified in the 1992 decision of the High Court of Australia in *Mabo v. Queensland* ». El caso, con ello, puede interesar más allá de las fronteras australianas, no sólo a otras latitudes de *common law*, sino también globalmente al derecho internacional, aunque a éste se recurriese con ciertas restricciones: « Recourse to contemporary international standards, which require attention to the cultural and spiritual significance that indigenous peoples typically attach to lands and to a larger territorial environment, may well have strengthened the character of the land rights recognized in *Mabo* ». En todo caso, *Mabo* « represents a meaningful use of international law to shape domestic norms in furtherance of indigenous peoples' claims within the framework of institutional constraints faced by a court » (29). La dialéctica entre ordenamientos de diverso nivel está servida; la transcendencia del caso *Mabo*, asegurada. Se ha asentado la opinión de que, aun pudiendo arrastrarse algún que otro desencaje, *Mabo* se sitúa en el horizonte actual del orden internacional en relación a derechos de los pueblos indígenas (30).

---

(27) Alexandra XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land*, Cambridge, CUP, 2007, pp. 243-244. De la opinión de la Corte Internacional nos ocuparemos.

(28) RAY, *Aboriginal Rights Claims and the Making and Remaking of History*, cit., posiciones (manejo edición electrónica) 2527 y 5179. Como ya sabemos, hay una *Mabo 1* (1988, sobre discriminación racial), de la que aquí no hace falta ocuparse. Es uso común referirse a *Mabo 2* sin la numeración.

(29) S. James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law* (1996), edn. actualizada, Nueva York, OUP, 2004, pp. 197-199.

(30) Garth NETTHEIM, *International Law and Native Title in Australia*, en « University of Queensland Law Review », 27 (2008), 2, pp. 167-192, con un posescrito

*Who Was That Boy* es un poema dedicado a quien presta nombre al caso por ser su principal impulsor, Edward o Eddie Mabo, Koiki de nombre propio meriam. Unos versos exaltan su significación: « He did us all proud the indigenous of this land / Having knocked out *terra nullius* and now our land is free ». El caso habría liberado los territorios indígenas mediante derrota por *knock-out* de ese principio jurídico. El poema se recitó en inglés y en meriam en el Palacio de las Naciones de Ginebra con ocasión de la reunión en 1995 del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas de la, por entonces, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de Naciones Unidas. Se encargó del recital el autor del poema, Eidi Papa por nombre meriam, George Mye por el oficial australiano <sup>(31)</sup>. El mensaje emitido desde Australia se entiende así que merece predicarse como signo de liberación al universo mundo.

En Naciones Unidas, a las alturas de 2004, el Relator Especial, entonces, sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas y, hoy, sobre los Derechos de los Pueblos Indígena diagnosticaba que la « pervasive denial of justice may be the result of historical processes such as the appropriation of indigenous land by colonizers and settlers on the basis of the now defunct doctrine of *terra nullius*, the imposition of land-titling schemes from which indigenous communities may be excluded, the non-recognition of their cultural identity, the unilateral abrogation of treaties and agreements with indigenous peoples by national Governments, the pillaging of the cultural heritage of native communities, the official rejection of the use of native languages, etc. »,

---

refiriéndose a la aprobación en 2007 por Naciones Unidas de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que enseguida veremos.

<sup>(31)</sup> Noel LOOS y Koiki MABO, *Edward Koiki Mabo: His Life and Struggle for Land Rights* (1996), St. Lucia, University of Queensland Press (UQP), 2013, el poema en encabezamiento. Mabo había fallecido pocos meses antes de la sentencia. Hay película: *Mabo*, guión de Sue SMITH, dirección de Rachel PERKINS, Australian Broadcasting Corporation, 2012; y un sitio sobre derecho indígena bajo el nombre de *Mabo*: [http://www.mabonativetitle.com/tn\\_01.shtml](http://www.mabonativetitle.com/tn_01.shtml). Existe también un documental de las actuaciones judiciales que se desarrollaron en Mer, *Land Bilong Islanders* (sic, en el *kriol* o inglés-meriam en el que la mayoría de los testimonios se prestan), guión y dirección de Trevor GRAHAM, Yarra Bank Films, 1990.

*et caetera*. Entre tanta adversidad jurídica en la historia y en la actualidad para los pueblos indígenas, la doctrina de *terra nullius*, que se dice ya difunta en el siglo XXI, habría sido cancha eficaz de lanzamiento <sup>(32)</sup>.

En el seno de Naciones Unidas no siempre se da por tan difunta la doctrina de *terra nullius*. En 2010 se presenta por el Foro Permanente del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas un informe sobre «the doctrine of discovery», la doctrina del descubrimiento, otra cara de la misma política colonial de apropiación de territorios ocupados con sujeción o desplazamiento de su población. Ambas doctrinas aparecen en efecto como complementarias, casi redundantes. Se apunta no sólo a su funcionamiento efectivo en la historia, sino sobre todo a unos efectos que, aun repudiándoseles teóricamente, a su permanencia hasta el presente. En tal contexto, *Mabo* comparece a una luz ambigua: «while recognizing for the first time land claims of indigenous Australians, nevertheless (*Mabo*) limited those claims under a variation of the doctrine of discovery» conforme a la cual «the discovering European sovereign was recognized to be the owner of the underlying title to indigenous lands» <sup>(33)</sup>. El título nativo, reconocido y todo, sigue siendo una derivada del tracto colonial. La doctrina del descubrimiento opera en origen y puede hacerlo en la práctica hasta hoy <sup>(34)</sup>.

El 13 de setiembre de 2007 la Asamblea General de Naciones

---

<sup>(32)</sup> *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, Rodolfo Stavenhagen, al Consejo Económico y Social, 2004, par. 12.

<sup>(33)</sup> *Preliminary study of the impact on indigenous peoples of the international legal construct known as the Doctrine of Discovery* (relatora, Tonya Gonnella Frichner), nota 3. En base a este documento, la sesión del Foro de 2012 se dedicó al asunto: *The Doctrine of Discovery: its enduring impact on indigenous peoples and the right to redress for past conquests* (<https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/unpfii-sessions-2/unpfii-eleventh-session.html>). Para acuerdos al respecto, más bien magros, rastréese *discovery* en la *Recommendations Database*.

<sup>(34)</sup> Robert A. WILLIAMS JR., *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Nueva York, OUP, 1990; L. BEHRENDT, *The Doctrine of Discovery in Australia*, en MILLER, RURU, la misma BEHRENDT y T. LINDBERG, *Discovering Indigenous Lands*, cit., cap. 6, ep. F: 'Terra Nullius' as the Exercise of the Doctrine of Discovery; Blake A. WATSON, *The Impact of the American Doctrine of Discovery on Native*

Unidas ha adoptado la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que cancela el principio de *terra nullius* sin necesidad de mencionarlo. En su preámbulo se manifiesta « concerned that indigenous peoples have suffered from historic injustices as a result of, *inter alia*, the colonization and dispossession of their lands, territories and resources ». En su articulado se contienen disposiciones como las siguientes: « Indigenous peoples have the right to the lands, territories and resources which they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired »; « States shall provide effective mechanisms for prevention of, and redress for: [...] any action which has the aim or effect of dispossessing them of their lands, territories or resources »<sup>(35)</sup>. ¿Qué posibilidades van a quedar de desposesión y cuántas no se abren de recuperación tras tan categórica declaración de derechos a tierras, territorios y recursos?<sup>(36)</sup>

*Terra nullius* no es una creación australiana. El interés exterior por el caso *Mabo* procede ante todo de que cancela en casa un principio que se había tenido por propio del derecho internacional. Así resulta tan usual que se le equipare al caso del Sahara Occidental por el que la Corte Internacional de Justicia habría ya procedido a una operación del género a su propio nivel. Desaparecido el modismo colonial de *terra nullius* del lenguaje jurídico del ordenamiento de presente, remitido así a la historia, no suele apreciarse que el establecimiento de unos principios contrarios, por netamente favorables a derecho indígena, cuando se produce en rigor no es hasta la Declaración susodicha. La observación exterior se interesa aún menos, o no lo hace prácticamente, por el contexto constitucional australiano que pudiera ser un factor esencial para explicarse la forma cómo se recibió la jurisprudencia de *Mabo* en la propia Australia. Procurémosnos entonces por nuestra cuenta la noticia

---

*Land Rights in Australia, Canada, and New Zealand*, en « Seattle University Law Review », 34 (2011), 2, pp. 507-551.

<sup>(35)</sup> [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_en.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf), la Declaración, arts. 26.1 y 8.2.b.

<sup>(36)</sup> XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards*, cit.; Cathal M. DOYLE, *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Recourses: The transformative role of free prior and informed consent*, Londres, Routledge, 2015.

sobre este constitucionalismo no aportada por la literatura que, a efectos de irnos introduciendo, estamos revisando.

En 1901, el establecimiento de la Commonwealth de Australia había reportado a los Estados poderes plenos sobre los pueblos indígenas de su territorio, comprendido el meriam en el caso de Queensland <sup>(37)</sup>. En la Constitución federal además se incluyeron pronunciamientos excluyentes de cualquier posibilidad de derecho indígena. Hoy, tras un referéndum que la reformara en 1967, guarda silencio al respecto. Entonces, con tal reforma, se suprimieron la salvedad de la « aboriginal race » en la competencia federal para legislar sobre « people of any race », así como la previsión de que « aboriginal natives shall not be counted » a efectos censales <sup>(38)</sup>. El silencio constitucional por derogación de tales cláusulas no dio base a práctica alguna de garantía de derechos indígenas en términos individuales o aún menos, ni por asomo, colectivos <sup>(39)</sup>. No condujo

---

<sup>(37)</sup> Geoffrey SAWER, *The Australian Constitution and the Australian Aborigine*, en « Federal Law Review », 2 (1966), 1, pp. 17-36, con la constatación de partida: « the Founders treated aboriginal questions as a matter for the States », intentando limar aristas a las disposiciones constitucionales que enseguida vemos. Sobre el proceloso camino de tales padres fundadores hacia la Commonwealth, Luke TRAINOR, *British Imperialism and Australian Nationalism: Manipulation, conflict and compromise in the late nineteenth century*, Cambridge, CUP, 1994, con práctica ignorancia de la presencia indígena y no más atención al Torres Strait que la de señalar que hasta ahí alcanzaba la frontera de un « Australian empire » interesado en recursos marinos y mano de obra melanesia, como la meriam (p. 93).

<sup>(38)</sup> <https://www.legislation.gov.au/Details/C2013Q00005>, la Constitución, arts. 51.XXVI, acerca de la competencia del parlamento federal en relación a « the people of any race, other than the aboriginal race in any State, for whom it is deemed necessary to make special laws », y 127: « In reckoning the numbers of people of the Commonwealth, or of a State or other part of the Commonwealth, aboriginal natives shall not be counted ». El efecto original de empoderamiento de los Estados con exclusión de competencia de la Commonwealth no se producía por supuesto respecto al territorio federal.

<sup>(39)</sup> George WILLIAMS, *A Bill of Rights for Australia*, Sidney, UNSWP, 2000, p. 28: « Although these changes to the Constitution (1967 referendum) have been popularly seen as granting indigenous peoples 'equal rights' and in particular the right to vote, this is not correct »; B. ATTWOOD y Andrew MARKUS, *The 1967 Referendum: Race, Power and the Australian Constitution*, Canberra, Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, 2007, cuya primera edición (1997) se titulaba *Or When Aborigines Didn't Get the Vote*.

ni siquiera, aunque solo fuera, a una incorporación indígena a la ciudadanía australiana en un pie mínimo de concurrencia participativa en igualdad. Ha servido para adopción de políticas asistenciales como mísero paliativo del despojo indígena (40). Oficialmente se ha escrito que la Constitución « was drafted in the spirit of *terra nullius* » (41). Si esto es así, tal sigue siendo su espíritu aunque algo de su letra se haya disipado. He ahí *the great Australian constitutional silence* (42). La excepción que pudiera interesar al pueblo meriam, la representada por la Constitución de Queensland desde una reforma de 2001, con ocasión del centenario de la Commonwealth y del Estado, no lo es en absoluto (43).

La Constitución australiana se resiste a reconocer y garantizar derechos por reservarse poderes discrecionales frente a indígenas y asiáticos. Lo uno como lo otro, el silencio de hoy como la exclusión

---

(40) John CHESTERMAN y Brian GALLIGAN, *Citizens Without Rights: Aborigines and Australian Citizenship*, Cambridge, CUP, 1997; ATTWOOD y MARKUS, *The 1967 Referendum*, cit.; David MERCER, 'Citizens minus?': *Indigenous Australians and the citizenship question*, en « Citizenship Studies », 7 (2003), 4, pp. 421-445; LINDQVIST, *Terra Nullius*, cit., pp. 331-332; Roderic PITTY, *The unfinished business of Indigenous citizenship in Australia and New Zealand*, en *Does History Matter? Making and debating citizenship, immigration and refugee policy in Australia and New Zealand*, eds. Klaus Neumann y Gwenda Tavan, Canberra, ANUP, 2009, cap. 2; BEHRENDT, *Asserting the Doctrine of Discovery in Australia*, cit., cap. 7, ep. B: *The Legacy of the Framers*.

(41) Aboriginal and Torres Strait Islanders Social Justice Commissioner (Mick Gooda), *Constitutional reform: Creating a nation for all of us*, Sidney, Australian Human Rights Commission, 2011, p. 2.

(42) *The Great Australian Silence* en relación a la presencia indígena fue, en 1968, tras el referéndum, expresión muy sonada, de cita luego recurrente, del antropólogo W.E.H. STANNER, *The Dreaming and Other Essays*, Melbourne, Black Inc., 2010, pp. 182-193; Caroline BEASLEY, *The Breaking of the 'Great Australian Silence': How and Why the Writing of Indigenous Australian History has Changed over the Last 40 Years*, en « Australian National University Undergraduate Research Journal », 5 (2013), pp. 1-13.

(43) [http://www9.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/qld/consol\\_act/coq2001288](http://www9.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/qld/consol_act/coq2001288), la Constitución de Queensland, Preámbulo: « The people of Queensland, free and equal citizens of Australia [...] honour the Aboriginal peoples and Torres Strait Islander peoples, the First Australians, whose lands, winds and waters we all now share; and pay tribute to their unique values, and their ancient and enduring cultures, which deepen and enrich the life of our community », y punto, no todo retórico con esa referencia a que se comparten tierras, vientos y aguas indígenas sin constancia de consentimiento ni ayer ni hoy. La misma recoge el concepto de *waste land* (sec. 69) aplicable a tierra indígena sin necesidad de que se especifique.

de ayer, se encuadra en una notoria *White Australia Policy*, política pro Australia blanca, de la que suele acusarse su vertiente antiasiática más que la primaria antiaborigen (44). Desde 1967, desde que se eliminaran esas cláusulas de exclusión radical de la humanidad indígena, la novedad que se tiene es la posibilidad de asunción de competencias a su respecto, de cara a los Estados, por parte de las instituciones federales, incluida la Alta Corte. Lo que se provocó fue frustración, dada la incapacidad para procederse a ulteriores reformas de la Constitución federal que superasen el silencio. Ahí se produjo *Mabo*, en tal contexto, el internacional anterior a la Declaración y el constitucional de posibilidad frustrada de reforma. Para indígenas, la frustración propiamente lo era de la descolonización (45). El momento se situaba entre dos conmemoraciones conflictivas, en 1988 la del bicentenario del inicio de la ocupación británica de Australia; en 1992 la del cincuentenario del arranque de la expansión ultraoceánica europea. Todo este encuadramiento

---

(44) David DUTTON, *One of Us? A Century of Australian Citizenship*, Sidney. UNSWP, 2002, cap. 2: *A White Civilisation*; G. TAVAN, *The Long, Slow Death of White Australian*, Melbourne, Scribe, 2005; *Creating White Australia*, ed. Jane Carey y Claire McLisky, Sidney, Sidney University Press (SUP), 2009, parte II: *Whiteness on Indigenous missions and reserves*. En contexto, David PEARSON, *The Politics of Ethnicity in Settler Societies: States of Uneasy*, Londres, Palgrave Macmillan (PMac), 2001, pp. 84-86; Wm. Roger LOUIS, *Ends of British Imperialism: The Scramble for Empire, Suez, and Decolonization*, Londres. I.B. Tauris, 2006, pp. 187, 190, 202 y 256. Las monografías sobre inmigración son las que suelen tocar el tema de la *White Australia*, con lo que la afectación indígena queda fuera de foco. Para planteamiento de relación en las circunstancias de sujeción desigual a un mismo racismo, Minoru HOKARI, *Anti-Minorities History: Perspectives on Aboriginal-Asian Relations*, en *Lost in the Whitewash: Aboriginal-Asian Encounters in Australia, 1901-2001*, eds. Penny Edwards y Chen Yuanfang, Canberra, ANUP, 2003, pp. 85-101.

(45) Con referencia justa a las resultas del referéndum de 1967 ya por sí muy limitado en el contexto de la descolonización, Tracey Banivanua MAR, *Decolonisation and the Pacific: Indigenous Globalisation and the Ends of Empire*, Cambridge, CUP, 2016, pp. 187-189. Para noticia de propuestas de reforma constitucional sobre la presencia indígena tras dicho referéndum que fueron quedando en nada, G. NETTHEIM, *Indigenous Australians and the Constitution*, en « Australian Law Reform Commission: Reform Review », 74 (1999), pp. 29-34; Bede HARRIS, *A New Constitution for Australia*, Londres, Cavendish, 2002, cap. 6.

conviene retenerlo para explicarnos tanto el advenimiento como la recepción de *Mabo* dentro y fuera de Australia <sup>(46)</sup>.

Sea como fuere, hubiera o no tanto como una revolución en Australia por acción de la justicia, ya hemos tenido algunas advertencias que merecen irse subrayando. Una fuerte reacción contraria de sectores conservadores incrementó la sensación de que algo se había revolucionado y algo en efecto se movía, con revolución o sin ella <sup>(47)</sup>. Aun así, el principio internacional de *terra nullius* en cuya virtud se nos asegura que los pueblos indígenas fueron despojados del gobierno de territorios y del dominio sobre tierras y recursos hace su comparecencia como especie de ente fantasmagórico: « the *terra nullius* myth », el cual no está además claro si se ha desvanecido o si sigue sobrevolándonos. Por una parte, no parece que *terra nullius* se halle definitivamente desterrada, pues esto se nos asegura que sería un « overstatement »; por otra parte, el KO, su *knock-out*, ya habría sido un momento consumado de liberación indígena. Desde Naciones Unidas se nos ha dicho que el principio ya está, más que noqueado, literalmente difunto. La esquila sería la Declaración sobre Pueblos Indígenas. En fin, ¿en qué quedamos? ¿La verdad se llama *native title* y la mentira, *terra nullius*, como nos ha asegurado un primer ministro? *Terra nullius*, en consecuencia, ¿es ya tan sólo historia? ¿O es que nunca, en realidad, lo ha sido? ¿Es, en cambio,

---

<sup>(46)</sup> Michael MEADOWS, *Voices in the Wilderness: Images of Aboriginal People in the Australian Media*, Westport, Greenwood, 2001, cap. 3: *Celebration of a Nation: The Bicentenary* (p. 71: « Indigenous people's response represented the most significant challenge to the official panoply of bicentennial events »), relacionando ambos eventos, 1988 y 1992, y considerando la frustración de iniciativas políticas de reformas legislativas durante los años ochenta a las que *Mabo* pudo venir tanto a suplir como a reavivar. No por casualidad, dado el ambiente exterior e interno, inclusive un amago de secesión de las Islas del Torres Strait, *Mabo 1* es de 1988 y *Mabo 2*, de 1992. Según los datos de Meadows, el asunto de la descolonización fue segunda fuente de noticias en algunos medios tras la de las celebraciones oficiales.

<sup>(47)</sup> G. NETTHEIM, *Judicial Revolution or Cautious Correction? Mabo v. Queensland*, en « University of New South Wales Law Journal », 16 (1993), 1, *Indigenous Peoples: Issues for the Nineties*, pp. 1-26; Gilliam COWLISHAW, *Did the Earth Move for You? The Anti-Mabo Debate*, en « The Australian Journal of Anthropology », 6 (1995), 1, monográfico sobre *Mabo*, pp. 43-63; Gary N. MARKS y Paula McDONELL, *New Politics? The Mabo debate and public opinion on native title in Australia*, en « International Journal of Public Opinion Research », 8 (1996), 1, pp. 31-50.

que lo sigue siendo? ¿O puede tal vez ser que todo esto tan contradictorio ocurra ayer y hoy, haciéndolo siempre a un mismo tiempo?

El indudable giro impreso al derecho australiano por el caso *Mabo*, sea cual fuere su alcance, ha evolucionado por vía tanto legislativa como jurisprudencial con fuertes altibajos y entre serios desajustes persistentes o sobrevenidos <sup>(48)</sup>. La idea que prevalece en todo caso hasta hoy sigue siendo la de verdadera transcendencia del giro: « The High Court paved the way for what may be one of the most crucial developments in the history of the relationships between Australian law and the original inhabitants of the continent » <sup>(49)</sup>. Estaríamos nada menos que en *The Age of Mabo*, en una

---

<sup>(48)</sup> Peter H. RUSSELL, *Recognizing Aboriginal Title: The Mabo Case and Indigenous Resistance to English-Settler Colonialism*, Toronto, University of Toronto Press (UTP), 2005; Cheryl SAUNDERS, *The Constitution of Australia: A Contextual Analysis*, Oxford, Hart, 2011, cap. 1.IV: *Reconciliation*; STRELEIN, *Compromised Jurisprudence*, cit., cap. 12; Ulla SECHER, *Aboriginal Customary Law: A Source of Common Law Title to Land*, Oxford, Hart, 2014; Damien SHORT, *Reconciliation and Colonial Power: Indigenous Rights in Australia*, Londres, Routledge, 2016.

<sup>(49)</sup> « Sidney Law Review », 15 (1993), 2, p. 119, Preface de número monográfico sobre *Mabo* (con alguna adición, *Essays on the Mabo Decision*, Sidney, Law Book Company, 1993). No fue la única aportación académica temprana: D. MERCER, 'Terra nullius', *Aboriginal sovereignty and land rights in Australia: The debate continues*, en « Political Geography », 12 (1993), 4, pp. 299-318; Gary D. MEYERS y John MUGAMBWA, *The Mabo Decision: Australian Aboriginal Land Rights in Transition*, en « Environmental Law », 23 (1993), 4, pp. 1203-1247; *Mabo: A Judicial Revolution. The Aboriginal Land Rights Decision and its Impact on Australian Law*, eds. Margaret A. Stephenson y Suri Ratnapala, St. Lucía, UQP, 1993; Tim ROWSE, *After Mabo: Interpreting Indigenous Traditions*, Melbourne, MelUP, 1993; Gerry SIMPSON, 'Mabo', *international law, 'terra nullius' and the stories of settlement: An unresolved jurisprudence*, en « Melbourne University Law Review », 19 (1993), 1, pp. 195-210; 'Mabo' and *Native Title: Origins and Institutional Implications*, ed. William Sanders, Canberra, ANUP, 1994; Ronald P. HILL, *Blackfellas and Whitefellas: Aboriginal Land Rights, the Mabo Decision, and the Meaning of Land*, en « Human Rights Quarterly », 17 (1995), 2, pp. 303-322; Jeremy WEBBER, *The Jurisprudence of Regret: The Search for Standards of Justice in 'Mabo'*, en « Sidney Law Review », 17 (1995), 1, pp. 5-28. El número monográfico de la « Sidney Law Review » también reseñaba bibliografía más inmediata interesante al caso: *Aboriginal Legal Issues: Commentary and Materials*, eds. Heather McRae, G. Netheim, y Laura Beacroft, Sidney, Law Book Company, 1991; Frank BRENNAN, *Sharing the Country: The Case for an Agreement Between Black and White Australians*, Ringwood, Penguin, 1991; ID., *Land Rights Queensland Style*, St. Lucía, UQP, 1992, y, a efectos comparativos, Paul G.

nueva era marcada por el signo de una resolución judicial <sup>(50)</sup>. Hay un movimiento que pugna por la fijación de una fiesta nacional, de la Commonwealth, bajo el nombre de *Mabo Day* el 3 junio, día en el que se hizo pública la sentencia en 1992, el año de autos <sup>(51)</sup>.

### 3. *Reto e impacto historiográficos de Mabo.*

#### 3.1. *Título de derecho indígena entre historiografía y jurisprudencia.*

El tema de la doctrina de *terra nullius* cual mecanismo de expropiación masiva unido al de cómo se le podría modular para dar cabida ahora a derecho indígena ya se había suscitado en efecto por la historiografía australiana gracias particularmente a *The Law of The Land* de Henry Reynolds, poco anterior a *Mabo v. Queensland*. Se dirigía no sólo a mostrar el peso de un orden colonial expropiatorio, sino también a recuperar políticas de admisión de algún derecho territorial en manos indígenas desde los mismos tiempos coloniales. « The Law of the Land » no se identificaría sin más con la regla de *terra nullius* ni siquiera en un caso de expropiación tan patentemente masiva como el de Australia <sup>(52)</sup>. En el empeño de

---

McHUGH, *The Maori Magna Carta: New Zealand Law and the Treaty of Waitangi*, Auckland, OUP, 1991.

<sup>(50)</sup> *In the Age of Mabo: History, Aborigines and Australia*, ed. B. Attwood, Sidney, Allen and Unwin, 1996; análogamente, BURKE, *Law's Anthropology*, cit., p. 1: « the phrase *native title era* refers to the period following the High Court's judgment in *Mabo* ». Son expresiones comunes: *Anthropology in the Native Title Era*, eds. Jim Fingleton y Julie Finlayson, Canberra, Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, 1995; incluso a otros efectos: Felicity COLLINS y Therese DAVIS, *Australian Cinema after Mabo*, Cambridge, CUP, 2004.

<sup>(51)</sup> <http://www.aboriginalheritage.org/news/2013/mabo-day>: « June the 3<sup>rd</sup> is Mabo Day and commemorates the courageous efforts of Eddie Koiki Mabo to overturn the fiction of *terra nullius*, land belonging to no-one, the legal concept that Australia and the Torres Strait Islands were not owned by Indigenous peoples ».

<sup>(52)</sup> Con el crédito de una sólida obra ya en marcha de historia de la *frontier* entre no indígenas e indígenas, Henry REYNOLDS, *The Law of the Land*, Ringwood, Penguin, 1987. Hay nuevas ediciones, tras el caso *Mabo*, del mismo 1992, edición que manejo (con posescrito sobre la sentencia, pp. 185-202), y de 2003, acentuando que *Mabo* constituye una « legal revolution » y vinculándolo a su giro historiográfico: « The

reconocer actualmente derecho indígena, pero dentro de las coordenadas sentadas históricamente por el *common law*, lo que quiere decir por obra del colonialismo británico, hay de entrada una verdadera sintonía de fondo entre *The Law of the Land* de Reynolds y la sentencia del caso *Mabo*. Comienza por haber una influencia directa de la historiografía en la jurisprudencia<sup>(53)</sup>, no diré que mayor a la que pudiera ejercer la doctrina jurídica porque ésta no fue para nada decisiva. Dígase de paso lo propio de una especialidad de historia del derecho<sup>(54)</sup>. De hecho, ha sido un historiador de formación no jurídica, Henry Reynolds, quien, desde *The Law of the*

---

High Court has brought Australian jurisprudence into line with Australian history » (p. 188).

(53) P.G. MCHUGH, *Aboriginal Title: The Modern Jurisprudence of Tribal Land Rights*, Oxford, OUP, 2011, p. 90: « The most influential voice at that time in terms of setting the stage for *Mabo* N° 2 was not that of a lawyer, but the historian Henry Reynolds in his popular and much fêted, and later highly debated, book *The Law of the Land* ». Una segunda obra influyente en la resolución del caso tampoco es de derecho, sino de antropología, cuyo autor además prestó testimonio como experto en el proceso previo de determinación de hechos ante la Alta Corte de Queensland, de unos hechos entre los que se comprendía la prueba del mismo derecho consuetudinario indígena: Jeremy BECKETT, *Torres Strait Islanders: Custom and Colonialism*, Melbourne, CUP, 1987, cap. 5 sobre el pueblo meriam o *Murray Islanders*. El antropólogo no se mostró tan entusiasta como el historiador ante la resolución del caso, pero no por considerarla injusta, sino por estimar que no casa bien con la cultura meriam, flexible y todo a esas alturas, ni con su economía marítima además de agrícola: ID., *Encounters with Indigeneity: Writing about Aboriginal and Torres Strait Indigenous peoples*, Canberra, Aboriginal Studies Press, 2014, cap. 9: *The Murray Island Land Case* (1995).

(54) Existe como tal en Australia, emancipándose de la historia del derecho británico, al menos desde los años setenta y ochenta del siglo pasado, por virtud particularmente de Alex C. CASTLES, *An Australian Legal History*, Sidney, Law Book Company, 1982, pero, aunque se ocupe de la presencia indígena, con el tópico de la *terra nullius* inclusive, y aun citándosele en la sentencia *Mabo* por el voto de mayoría (el del juez Brennan como vamos a ver) a propósito de la legitimidad de la ocupación, esto es invasión, en el derecho de gentes, su aportación, la suya en particular y la de una historiografía profesional del derecho en general, a la revisión de la jurisprudencia que arranca con ese caso y al debate historiográfico consiguiente brilla por su ausencia, y esto a pesar de que se le celebre: Michel KIRBY, *Alex Castles, Australian Legal History and the Courts*, en « Australian Journal of Legal History », 9 (2005), 1, pp. 1-17; considerando discutiblemente que el tema indígena sólo se aborda con posterioridad, Rosemary HUNTER, *Australian Legal Histories in Context*, en « Law and History Review », 21 (2003), 3, pp. 607-614.

*Land* y otros escritos, ha representado una historia del derecho interesante al caso.

En la misma sentencia viene a reconocerse con citas de dicha obra, entonces reciente, de Reynolds. Se le invoca hasta en cuatro ocasiones y una de ellas en forma tan expresiva como la siguiente: «The application of the doctrine of *terra nullius* to Australia is strongly attacked in Reynolds, *The Law of the Land* (1987), *passim*. In particular, the view that a nomadic lifestyle is inconsistent with occupation of land is at odds with reality. It pays no regard to the reason why people move from one area of land to another». Incluso en caso de población nómada, no se daba base para presumir que la *terra* era *nullius*, como habría poco antes demostrado Reynolds. Y había también población asentada, como la *meriam*. En todo caso, existía el derecho indígena a la tierra, se le aprovechara de un modo o de otro. Una historiografía, muy particularmente la obra de Reynolds, lo que ofrecía así era base para el giro de la jurisprudencia <sup>(55)</sup>.

Aunque no pueda decirse que la sintonía fuera completa, hay unidad orgánica entre *The Law of the Land* y *Mabo v. Queensland* como historiografía y derecho. Un comentario de Reynolds a la sentencia de carácter más jurídico que historiográfico deploraba que la admisión de título nativo a la tierra no se hubiera extendido al terreno político de la soberanía, pero dejando bien claro que la extensión habría de producirse siempre bajo los mismos supuestos de prevalencia indisputable de un *common law* ahora flexibilizado sin poner en riesgo la estructura institucional heredada de tiempos británicos <sup>(56)</sup>, esto es coloniales al cabo. Es ésta del sostenimiento

---

<sup>(55)</sup> Voto del juez John Toohey, par. 18. En *Mabo v. Queensland* no hay una opinión común de los seis jueces entre siete que forman la mayoría, sino votos diversos concurrentes salvo el único disidente, el de Daryl Dawson. En el suyo junto a Michael McHugh, el presidente de la Corte, Anthony Mason, manifiesta que la opinión de la mayoría está particularmente desarrollada por el voto de Gerard Brennan, pero el citado de Toohey, junto al de William Deane y Mary Gaudron, concurren igualmente.

<sup>(56)</sup> H. REYNOLDS, *After Mabo, What About Aboriginal Sovereignty?*, en «Australian Humanities Review», 1 (1996), *target article*, con enlace a comentarios; Id., *Reviving Indigenous Sovereignty?*, en «Macquarie Law Review», 6 (2006), con buen número de *responses* a su vez, pp. 5-24. No entro aquí en el concepto de soberanía indígena que abriga Reynolds limitándolo en la línea de la posición de las *Indian Tribes*

de sistema establecido frente a la propia virtualidad del derecho indígena una preocupación que opera fuertemente en la misma sentencia. El acuerdo de fondo era no sólo historiográfico para cuestiones de hecho, sino también normativo para las de derecho. El comentario de Reynolds acusa un detalle que ya opera en el libro, me refiero al de que, historiador y todo, andaba más preocupado por el derecho presente que por el del pasado.

No es de extrañar que la crítica a *Mabo* como jurisprudencia lo sea también a menudo a Reynolds como historiador, asimilando lo uno a lo otro. En uno y otro caso, se estaría abriendo espacio para el reconocimiento y la garantía de título nativo sobre la tierra dentro de la tradición histórica y de la vigencia actual del *common law*, pero, en ambos casos, con la preocupación susodicha de que no se afectaren los fundamentos de un sistema constituido precisamente sobre la base de una expropiación masiva. Una historiografía que revisa la simpleza de la doctrina de *terra nullius* y una jurisprudencia que sólo se plantea corregirla sin que se ponga en cuestión sus efectos consolidados serían así perfectamente complementarias. Con esto, la historia jurídica representada por *The Law of the Land* de Henry Reynolds, ella misma, no sería exactamente obra de historiografía, sino doctrina de derecho, « an instrumentally presentist and political work in which its author primarily tries to construct a past rather than reconstruct one », una tarea, con todo, de « invention of tradition ». Estaríamos de este modo, no ante un compromiso emancipatorio con los pueblos indígenas, sino, en línea contraria, ante un empeño redentor, en último término, del dominio todavía, a estas alturas, colonial <sup>(57)</sup>.

La cuestión interesa a la misma entidad de la historia jurídica:

---

como *domestic dependent nations* en Estados Unidos: ID., *Aboriginal Sovereignty: Three Nations, One Australia? Reflections on race, state and nation*, Crows Nest, Allen and Unwin, 1996.

<sup>(57)</sup> B. ATTWOOD, *The law of the land or this law of the land? History, Law and Narrative in Settler Society*, en « History Compass », 2 (2004), 1, pp. 1-30 (p. 2), sobre la base (p. 1) de que « The Court's *Mabo* ruling was influenced by the research of Henry Reynolds, in particular by his book *The Law on the Land* », citando a continuación a un periodista tras la noticia de la sentencia: « Few, if any, Australian historians have ever exercised such clout through their work ». Lo de *invention of tradition* se remite a Eric Hobsbawm y Terence Ranger con precaución por los equívocos reduccionistas que se

« *The Law of the Land* is best regarded as a work of juridical history rather than a work of academic history » a pesar de que el propio Reynolds es historiador acreditado. Se trata de una historia concebida y construida « as if to a judge in a court of law », lo cual requiere ante todo figurarse continuidades donde hay o debiera haber discontinuidades, se entiende que por las novedades sobrevenidas de derecho tanto constitucional como internacional. Facturar historia es entonces construir mitos. « Myth-makers, like juridical historians and lawyers, have little if any interest in the alterity or otherness of the past ». Fabricación de mitología y reconstrucción de historiografía tienen elementos en común, pues no equivalen a falsedad y autenticidad respectivamente, pero con la importante diferencia de que la primera se compromete más con el presente que con el pasado mientras que la segunda operaría a la inversa. Tanto *The Law of the Land* como *Mabo*, en lo que tienen lo uno y lo otro de historiografía, donde se situarían es en el terreno de la mitología. A ello se debería el propio éxito del libro de Reynolds, pese a críticas. Fue una operación deliberada. Reynolds estaba en contacto con los impulsores de *Mabo* y preocupado por ofrecerles un respaldo historiográfico. El problema entonces radica en que éste no es modo de hacer buena historia, una buena historiografía, y probablemente tampoco lo sea de producir buen derecho, un derecho, por lo menos, no equívoco <sup>(58)</sup>.

Si el asunto en cuestión es el título indígena, una vez que la

---

arrastran (n. 6: « *Invention* now seems to have been a particularly infelicitous turn of phrase »).

<sup>(58)</sup> ATTWOOD, *The law of the land or this law of the land?*, cit., pp. 2-6, siguiendo ilustración; ID., *Telling the Truth about Aboriginal History*, cit., pp. 39-42, 56 y, para ulterior caracterización de la obra de Reynolds, 162-168. La expresión « as if to a judge in a court of law » Attwood la toma de Andrew SHARP, *History and Sovereignty: A case of juridical history in New Zealand / Aotearoa*, en *Cultural Politics and the University in Aotearoa / New Zealand*, ed. Michael Peters, Palmerston North, Dunmore, 1997, pp. 159-181 (160). *Aotearoa* es el nombre maorí de Nueva Zelanda. Las dudas sobre las alegaciones de reconocimiento de derecho indígena en tiempos coloniales británicos se expresaron desde antes de la sentencia: B. ATTWOOD, *Aborigines and Academic Historians: Some recent encounters*, en « *Australian Historical Studies* », 24 (1990), 94, pp. 123-135 (130-131); ahora, Hannah ROBERT, *'Paved with Good Intentions': Terra Nullius, Aboriginal Land Rights and Settler-Colonial Law*, Canberra, Halstead, 2016.

base de partida sigue siendo el estado resultante del tracto colonial, no constituye buen derecho ni el que se representa en *The Law of the Land* ni el que se presenta por *Mabo v. Queensland*. Lo primero es más historiografía que jurisprudencia y lo segundo, más jurisprudencia que historiografía, pero en ambos hay lo uno y lo otro. « *The Law of the Land* is, then, a work of legal history, as well as a work of advocacy for what the law ought to be », lo cual, ya de por sí, estaría provocando un sesgo en cuanto que obra de indagación historiográfica. La misma juridificación de la historia del título indígena, abstrayéndose del resto de las dimensiones del fenómeno de despojo colonial, estaría, por si sola, dificultado el escrutinio de la situación de derecho actual. Una historia del derecho en solitario no puede bastarse ni para alcanzar conocimiento del pasado ni, aún menos, para manejar experiencias del presente. « The greater the methodological divide between the different kinds of history, the more controversial will be the use of real history in the law and the more questionable will be the role of academic historians in the resolution of legal disputes ». En el caso de *The Law of the Land* el efecto se acentúa al máximo: « Reynolds is using an analysis of history to directly support a legal outcome » (59).

La sentencia no está excusada de hacer empleo de una historia mejor caso de necesitarla. Su función es precisamente la dicha de recurrir a evidencias no sólo presentes, sino también pretéritas « to directly support a legal outcome », pero esto no quiere decir que pueda, por su parte, poner legítimamente la historia al servicio del derecho, una determinada narrativa histórica al servicio de un determinado posicionamiento jurisprudencial. La propia colación de la doctrina de *terra nullius* para modularla de forma que dejare cierto espacio en el mismo curso de la historia colonial al título nativo de cuya rehabilitación se trata podría ser gratuita. Estaríamos ante un caso flagrante de mucho ruido y pocas nueces, mucha doctrina para tan poco derecho (60). ¿Resulta entonces realmente

---

(59) CURTHOYS, GENOVESE y REILLY, *Rights and Redemption*, cit., cap. 2: 'Mabo' and history, en especial pp. 44-54.

(60) David RITTER, *The 'Rejection of Terra Nullius' in Mabo: A Critical Analysis*, en « Sydney Law Review », 18 (1996), 1, pp. 5-33; Robert VAN KRIEKEN, *From 'Milirrpum' to 'Mabo': The High Court, 'Terra Nullius' and Moral Entrepreneurship*, en « University

necesaria para el pronunciamiento jurisprudencial la doctrina de *terra nullius*? A sus efectos, ¿es tan importante dilucidar cuál fuera la historia que se dice real, no sólo jurídica? ¿No faltan en *Mabo* principios de derecho tanto como entonces sobran alegaciones de historia? Prosigamos todavía con el debate historiográfico centrándonos en el fantasma mitológico de la *terra nullius*.

### 3.2. Mitología histórica y distopía jurídica de la doctrina de *terra nullius*.

« Why *terra nullius*? », es pregunta que se efectúa por razón de que se le confiere una significación cardinal para la historia de Australia en la línea de *The Law of the Land* y de *Mabo*. « The doctrine of *terra nullius* remained the law in Australia throughout the colonial period, and indeed right up to 1992 », hasta el mismísimo caso *Mabo*, de una forma así, por lo visto, no comparable con otras latitudes de expansión británica. Mientras que en Norteamérica, por ejemplo, la regla de partida sería la de alguna forma de reconocimiento de dominio indígena, en Australia habría ocurrido flagrantemente lo contrario. El asunto será entonces el de la singularidad australiana, un descubrimiento que se le atribuye a Henry Reynolds. Una historia comparada de Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda y Australia se plantea sobre dichas bases. La diferencia se atribuye a características de los respectivos poblamientos. En fin, fuera como fuere, salvo para lo que entonces resulta excepción australiana, « *terra nullius* was not a standard feature of colonial land policy ». Es en cambio cimiento tanto pasado como presente para este caso de Australia, así hasta hoy, tras *Mabo*: « To overturn the doctrine would be to upset every white person's title to his or her land. The result would be chaos — no one would be sure of who owned what »<sup>(61)</sup>. « Why *terra nullius*? ». El latín funciona. Con gente a la vista, no es lo mismo decir tierra de nadie que *terra nullius*.

---

of New South Wales Law Journal », 23 (2000), 1, pp. 63-77; Ashley M. FOLEY, *Terra Nullius: The Aborigines in Australia*, en « Salve Regina University Digital Commons: Pell Scholars and Senior Theses », paper 33 (2009).

(61) S. BANNER, *Why 'Terra Nullius'? Anthropology and Property Law in Early Australia*, en « Law and History Review », 23 (2005), 1, pp. 95-131 (95-98 y 129). El autor conoce mejor el término principal de referencia de la comparación, Estados

A estas alturas, una década larga después de *The Law of the Land* y de *Mabo v. Queensland*, una perspectiva muy distinta estaba también abriéndose camino. Había quienes, por la incitación de dichos hitos, se adentraban en la historia australiana en busca del juego de *terra nullius* para encontrarse con la sorpresa de que apenas comparecía. En tiempos coloniales británicos ni se le alegaba. Podían operar otros principios como el propio del *common law*, de alcance más limitado, en el sentido de que las tierras sin dueño eran *waste lands of the Crown*. La expropiación indígena no se habría dado entonces en plan sistemático y masivo. *Terra nullius* sería un caso literal de *invention of tradition*, de verdadero *myth-building*. El espejismo lo habrían generado entre una historiografía y una sentencia con sus necesidades respectivas de justificar el pasivo de la expropiación indígena, que no sería tanta, y de hacerse con el activo de algún margen para el acomodamiento de título nativo, que no sería tan necesario entonces. La historia habría ido por otros derroteros distintos a esos que conducen al regazo de un derecho producto de una imaginación galopante, el *native title*. Quienes lo hacen ver de modo más tajante se mueven por la razón política de aminorar tanto la expropiación indígena en el pasado como la necesidad de reversión en el presente <sup>(62)</sup>.

He ahí un incentivo para una revisión historiográfica menos política. El juego puede que fuera en efecto otro, el de la presunción europea « that tribes of so called *savage* peoples did not constitute sovereign polities or possess rights of ownership » sin la dignificación aparente de un principio jurídico como el de *terra nullius*. Lo cierto es que hasta finales del siglo XIX, en las mismas vísperas de cuando, a principios del XX, Australia se constituyese como Commonwealth y sus colonias, como Estados <sup>(63)</sup>, no se documenta una

---

Unidos: ID., *How the Indians Lost Their Lands: Law and Power on the Frontier*, Cambridge Mass., HUP, 2005.

<sup>(62)</sup> En esta línea negacionista, sin mucho crédito historiográfico, Michael CONNOR, *The Invention of Terra Nullius: Historical and Legal Fictions on the Foundation of Australia*, Sydney, Macleay, 2005.

<sup>(63)</sup> Nicholas ARONEY, Peter GERANGELOS, Sarah MURRAY y James STELLIOS, *Constitution of the Commonwealth of Australia: History, Principle and Interpretation*, Melbourne, CUP, 2015, aun con pobre atención al alcance constitucional del caso *Mabo* en epígrafe de « Colonial background » de la parte histórica, pp. 20-23. Contrapóngase

mención de tal doctrina de derecho. « Other, more deeply entrenched European concepts, ideas and assumptions were applied in the colonial dispossession of Indigenous Australians ». Enfocarse en el asunto de la *terra nullius* por requerimientos jurídicos actuales resulta que desorienta bastante a la historiografía <sup>(64)</sup>. El motivo, con denominación no tan codificada, podía existir en el orden de un derecho de gentes o *law of nations*, tenido por derecho de naturaleza, un derecho de factura europea, pero su conocimiento y manejo en Australia no resultaban entonces decisivos. Una cosa es la genealogía de *terra nullius*, desde tiempos antiguos si se quiere, y otra su historia <sup>(65)</sup>. Lo primero ni siquiera sirve para introducir en el pasado colonial de la expropiación cuyo alcance y cuya secuela quieren hoy afrontarse <sup>(66)</sup>.

En general, el sintagma de *terra nullius* es de escasa utilización antes de avanzado el siglo XIX y sólo parece tener un uso significativo desde los años veinte del siglo XX con empleo creciente desde la segunda mitad de los sesenta <sup>(67)</sup>. Cierto es que antes ha podido correr bajo la expresión más añeja de *res nullius*, cosa de nadie, pero

---

J. WEBBER, *Beyond Regret: Mabo's Implications for Australian Constitutionalism*, en *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, eds. Duncan Ivison, Paul Patton y W. Sanders, Melbourne, CUP, 2000, cap. 4.

<sup>(64)</sup> Bruce BUCHAN, *The Empire of Political Thought: Civilization, Savagery and Perceptions of Indigenous Government*, en « History of the Human Sciences », 18 (2005), 2, pp. 1-22; ID., *Traffic of Empire: Trade, Treaty and Terra Nullius in Australia and North America, 1750-1800*, en « History Compass », 5 (2007), 2, pp. 386-405 (387-388).

<sup>(65)</sup> Merete BORCH, *Rethinking the Origins of Terra Nullius*, en « Australian Historical Studies », 32 (2001), 117, pp. 222-239; A. FITZMAURICE, *The Genealogy of Terra Nullius*, en « Australian Historical Studies », 38 (2007), 129, pp. 1-15, inicio: « the term *terra nullius* was not used in the eighteenth and nineteenth centuries to justify the dispossession of Australian Aborigines. *Terra nullius*, it seems, was an impostor. Debate is turning to why we embraced this legal fiction »; ID., *Sovereignty, Property and Empire*, cit., pp. 322-330 en especial. Reténgase el dato del desempleo pretérito en Australia.

<sup>(66)</sup> También por el contexto del índice en la línea de dicho encaramiento, *The Oxford Handbook of the History of International Law*, eds. Bardo Fassbender y Anne Peters, Oxford, OUP, 2012, donde *Terra Nullius* comparece con epígrafe exclusivo propio en un capítulo dedicado a *The Reception of Ancient Thought in Early Modern International Law*, pp. 1012-1033, debido a Kaius TUORI.

<sup>(67)</sup> FITZMAURICE, *Sovereignty, Property and Empire*, cit. Google Ngram Viewer da un resultado bastante similar en tal sentido para textos en inglés, en francés, en español y en alemán. *Terra nullius* no parece que lo use una jurisdicción imperial que

ello también significa que no acaba de acuñarse su aplicación específica a tierra o territorio, *terra* o *territorium nullius*. Se ha argüido que, si no se usaban estas expresiones más concretas, era porque ya se habían impuesto (68), pero que el efecto de expropiación se hubiera producido no significa que el principio de *terra nullius* fuera el aplicado por sí mismo. Ni siquiera habría estado en rigor identificado como tal.

Parece en suma que ha de ampliarse el enfoque más allá de la doctrina de *terra nullius* para comprender la historia de *terra nullius*. Lo ha hecho precisamente respecto a Australia, como aquí nos interesa, un autor ya citado, Bruce Buchan, con su obra *Empire of Political Thought*. El punto de partida de su exploración histórica de todo un paradigma imperialista es el caso *Mabo* y su narrativa de *terra nullius*, lo que para Buchan es simple historia-ficción, pura *post-history*. No se habría tratado de la construcción y aplicación de un principio jurídico, válido como tal en su tiempo, sino de una historia más cruda de producción e imposición de cultura invasora y depredadora que la humanidad no europea, la precolonial, del continente australiano y sus islas habría sufrido especialmente. *Empire of Political Thought* en particular se ocupa de cómo se produjo e impuso lo que puede considerarse la peor versión de esa cultura europea en el caso de Australia a la luz de un requerimiento de partida: « We need to look beyond *terra nullius* to other deeply entrenched European concepts, ideas and assumptions that were applied in the colonial dispossession of Indigenous Australians »,

---

entiende, entre otros asuntos, de adjudicación de territorios: Bonny IBHAWOH, *Imperial Justice: Africans in Empire's Courts*, Oxford, OUP, 2013, p. 34.

(68) Lorenzo VERACINI, *Terra nullius and the 'history wars'*, en « On Line Opinion. Australia's e-journal of social and political debate », post de 10-II-2006; « the fact it did not enter public discourse and was not legally specified until later only means that its application had gone without saying for a long time »; « *terra nullius* was not tested because its legality was not in doubt: this is one proof of its existence, not the contrary »; « *terra nullius* is one of those things that the more it is effective, the less you see it » porque su forma de aplicación ya le encubriría; « lack of evidence might itself be quite solid evidence » en casos como éste. El post es una crítica a CONNOR, *The Invention of Terra Nullius*, cit. El crítico está más acreditado, aunque tampoco exactamente como historiador: L. VERACINI, *Settler Colonialism: A Theoretical Overview*, Nueva York, PMac, 2010.

como ya se había anticipado literalmente por el propio Buchan en un par de artículos. Tenemos en suma que mirar más allá del derecho para entender aquel derecho <sup>(69)</sup>. En la misma Australia ya podía desde luego haberse señalado que « there is a vital connection between [...] their (indigenous peoples') alleged *barbarism, primitiveness, backwardness*, etc and the territorial concept of *terra nullius* » <sup>(70)</sup>, pero ahora se añade un matiz tan decisivo como que, para la propia historia colonial, lo primero, el racismo de fondo, es lo esencial y lo segundo, el derecho, lo ocasional, además de lo postrero.

El binomio de alcance normativo civilización-barbarie, o polinomio más bien por las variantes que admite en el segundo término, es el que realmente preside el constructo colonialista. No se trata de una oposición pura entre partes, sino de la dialéctica mediante la cual una de ellas se figura al tiempo a sí misma y a la otra, a ésta en términos de obligada sumisión y consiguiente heteronomía en beneficio, se entiende, común conforme a la misma presunción civilizatoria. Unos derechos, como el de disposición de la tierra, sólo caben para la parte que se comienza atribuyendo el primario de la determinación de unos criterios. Son las reglas de juego incluso para quienes, en la parte dominante, se oponen a este imperialismo en la metrópolis o a este colonialismo en sus periferias. « Even in opposition to empire, however, the image of European *civilization* was tied to the projection of its supposed opposite, *savagery*. Crucially, these two images were never purely descriptive,

---

<sup>(69)</sup> B. BUCHAN, *Empire of Political Thought: Indigenous Australians and the Language of Colonial Government* (2008), Londres, Routledge, 2016, introducción, pp. 2-3; para la anticipación literal, el par de sus artículos citados, refundidos, junto a otros, en el libro. Es menos incisivo a nuestros efectos Brett BOWDEN, *The Empire of Civilization: The Evolution of the Imperial Idea*, Chicago, University of Chicago Press, 2009. Más a propósito, R.A. WILLIAMS Jr., *Savage Anxieties: The Invention of Western Civilization*, Nueva York, PMac, 2012; FITZMAURICE, *Sovereignty, Property and Empire*, cit.; Mark PEARCEY, *The Exclusions of Civilization: Indigenous Peoples in the Story of International Society*, Nueva York, PMac, 2016; Duncan BELL, *Reordering the World: Essays on Liberalism and Empire*, Princeton, Princeton University Press, 2016, ocupándose éste de pensamiento británico sobre *settler colonialism*.

<sup>(70)</sup> Greg C. MARKS, *Indigenous Peoples in International Law: The Significance of Francisco de Vitoria and Bartolomé de las Casas*, en « Australian Year Book of International Law », 13 (1991), pp. 1-51 (28).

nor simply terms of recommendation or castigation ». Eran categorías de por sí normativas. Ordenaban describiendo, como si fuera ciencia y no disciplina. « These images could then be projected onto others with the appearance of description, thereby assimilating these others into a Eurocentric conceptual framework » (71). No es algo tan sencillo como un principio jurídico o una regla normativa que se aplique o que se desaplique, que inspire o que no inspire determinadas políticas (72).

*Terra nullius*, la idea expresada de una u otra forma, estaba ahí en ese contexto, pero centrarse en la misma no ayuda a percibir el panorama, sobre todo tras un debate como el australiano: « arguments over its application have deflected attention from how a range of other concepts were deployed in this colonial context ». Si nos interrogamos « Whither *Terra Nullius*? », habríamos ahora de responder que por la historia desde luego, pero por una historia bastante más reciente de lo que suele presumirse y además como racionalización postrera de unos acontecimientos al mismo tiempo igual de simples, con el polinomio civilización-barbaries y la forma muy diversificada como ese juego de polaridad se desarrolla tanto en el espacio como en el tiempo. El caso australiano resulta entonces singular, pero tan singular como los otros, no en el grado que se imagina cuando anacrónicamente se le reduce al único en el que se habría aplicado a fondo la doctrina de la *terra nullius*. Cada caso tiene su historia con el trasfondo común del imperio colonial de la cultura europea (73).

No es necesario ocuparnos aquí de las vicisitudes del *empire of political thought* a lo ancho de los espacios y a lo largo de los tiempos del imperialismo británico con la comparación en particular entre los principales casos pasados y presentes de su *settler colonialism*, colonialismo de asentamiento, como lo sean Estados, Unidos, Ca-

---

(71) BUCHAN, *Empire of Political Thought*, cit., pp. 3-4. Insiste ahora en la base racista del binomio Brenna BHANDAR, *Colonial Lives of Property: Law, Land, and Racial Regimes of Ownership*, Durham, Duke University Press (DUP), 2018.

(72) Karin MICKELSON, *The Maps of International Law: Perceptions of Nature in the Classification of Territory*, en « Leiden Journal of International Law », 27 (2014), 3, pp. 621-639.

(73) BUCHAN, *Empire of Political Thought*, cit., pp. 5-6, 17-18 y 141.

nadá, Australia y Nueva Zelanda <sup>(74)</sup>. Nos basta a nuestros efectos con la constatación de que la historia efectiva de la expropiación indígena no es la historia jurídica de la doctrina de *terra nullius*, así como con la evidencia de que ésta tiende a velar a aquella, la doctrina a la historia, no necesariamente a ocultarla por completo, pero sí a encubrir bajo una espesa sombra su entidad de dominación por Europa o por sus diásporas. *Terra nullius* ha operado « as shorthand for occupation, and sometimes even for conquest », como cifra de la ocupación y el dominio coloniales, cual coartada doctrinal del rampante racismo de la parte de humanidad que se entiende civilizada frente a otra tenida por más o menos bárbara <sup>(75)</sup>. A menudo todavía se prefiere no descifrarse, sobre todo entre juristas. En la historiografía actual basta un lenguaje presidido por términos primordialmente jurídicos para que la cifra siga sin deco-dificarse <sup>(76)</sup>. Sigue así el colonialismo sin mostrar su rostro incluso

---

<sup>(74)</sup> Andrew ARMITAGE, *Comparing the Policy of Aboriginal Assimilation: Australia, Canada, and New Zealand*, Vancouver, UBCP, 1995; Paul HAVEMANN, *Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada, and New Zealand*, Oxford, OUP, 1999; Peter KARSTEN, *Between Law and Custom: 'High' and 'Low' Legal Cultures in the Lands of the British Diaspora. The United States, Canada, Australia and New Zealand, 1600-1900*, Cambridge, CUP, 2002; Julie EVANS, Patricia GRIMSHAW, David PHILIPS y Shurlee SWAIN, *Equal subjects, unequal rights: Indigenous peoples in British settler colonies, 1830s-1910*, Manchester, ManUP, 2003; P.G. MCHUGH, *Aboriginal Societies and the Common Law: A History of Sovereignty, Status, and Self-Determination*, Oxford, OUP, 2004; *Aboriginal Title and Indigenous Peoples: Canada, Australia, and New Zealand*, eds. Louis A. Knafla y Haijo Westra, Vancouver, UBCP, 2010; MILLER, RURU, BEHRENDT y LINDBERG, *Discovering Indigenous Lands*, cit.; Lisa FORD, *Settler Sovereignty: Jurisdiction and Indigenous People in America and Australia, 1788-1836*, Cambridge Mass., HUP, 2010; *Between Indigenous and Settler Governance*, eds. L. Ford y T. Rowse, Londres, Routledge, 2013; FITZMAURICE, *Sovereignty, Property and Empire*, cit.; Miranda JOHNSON, *The Land is Our History: Indigeneity, Law, and the Settler State*, Nueva York, OUP, 2016; *Citizenship in Transnational Perspective: Australia, Canada, and New Zealand*, ed. Jatinder Mann, Londres, PMac, 2017, parte III.

<sup>(75)</sup> FITZMAURICE, *Sovereignty, Property and Empire*, cit., p. 330, tras ocuparse del caso *Mabo*: « The great complexity of justifications for European empire was often reduced to a generalised claim that non-European lands and people were simply treated as *terra nullius* ».

<sup>(76)</sup> Martti KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, CUP, 2001, no problematiza *terra nullius*, coherente con el detalle de que no se ocupa del derecho internacional como *bloody*

aunque se le nombre. Esto marca un paradigma encubridor que no necesita de negacionismo como tampoco de la complicidad de quienes lo reproducen (77).

La primera sentencia federal por reivindicación de derecho indígena sobre la tierra en la Australia contemporánea se produjo en 1971. Fue desestimatoria. Reconocía que el tracto normativo de exclusión de derecho indígena no era tan claro como sería de desear, pero esto porque se le tenía desde siempre por evidente: « Had there been any doubt there would have been an express pronouncement either by the government at home or by the authorities in the colony » (78). *Home* se refiere a Gran Bretaña. Dicho de otra forma, la corte se lamentaba de que no se documentase debidamente la *terra nullius*. Si no existe en la historia, se le inventa para las conveniencias del presente, viene a decidirse luego. En definitivas cuentas, para el derecho australiano *terra nullius* ha sido un invento de *Mabo v. Queensland* a fin de aplicársele al pasado y desaplicársele al presente, puede que tan en falso lo uno como lo otro (79). Ahora que estamos en conocimiento de causa es el momento de verlo.

---

*destroyer of peoples*, siendo esos los años cuando la misma se formaliza y aplica de forma explícita. Como muestra, con jurisprudencia, James SIMSARIAN, *The Acquisition of Legal Title to Terra Nullius*, en « Political Science Quarterly », 53 (1938), 1, pp. 111-128.

(77) Para ejemplo, RAY, *Aboriginal Rights Claims and the Making and Remaking of History*, cit., pns. 533-538: « The prevalence of non-Aborigines' ethnocentric perspectives meant that colonial settlement effectively proceeded according to a legal fiction derived from Roman law called *terra nullius* [...]. This meant that [...] the continent had belonged to no one when colonists first arrived ». La fuerza del paradigma puede detectarse en FELLMETH y HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, cit.

(78) Nancy WILLIAMS, *The Yolngu and Their Land: A System of Land Tenure and the Fight for Its Recognition*, Canberra, Australia Institute for Aboriginal Studies, 1986; CURTHOYS, GENOVESE y REILLY, *Rights and Redemption*, cit., pp. 3-5 y 37-38 (con la cita jurisprudencial, del caso *Millirpum v. Nabalco*); SECHER, *Aboriginal Customary Law*, cit., pp. 32-33; RAY, *Aboriginal Rights Claims and the Making and Remaking of History*, cit., pns. 1998-2190.

(79) El tópico se ha reavivado para descalificar al negacionismo: H. REYNOLDS, *Terra nullius reborn*, en *Whitewash: On Keith Windschuttel's 'Fabrication of Aboriginal History'*, ed. Robert Manne, Melbourne, Black Inc., 2003, cap. 3, cuestión que aquí nos excede. Para análisis historiográfico más cuidadoso de la obra negacionista de Keith Windschuttel, el ariete intelectual en materia indígena del giro político referido del primer ministro John Howard, y sobre su confrontación con Henry Reynolds y con otra

4. *Lo que la sentencia dijo y lo que no dijo: la parábola del colonialismo.*

Fundamentando el fallo de *Mabo v. Queensland* la Alta Corte declara que « the common law of this country recognizes a form of native title which, in the cases where it has not been extinguished, reflects the entitlement of the indigenous inhabitants, in accordance with their laws or customs, to their traditional lands »<sup>(80)</sup>. El título nativo a la tierra lo reconoce el *common law*; tras toda la historia habida; puede encontrarse legítimamente extinguido; en la medida en la que así pueda todavía existir o incluso recuperarse, se regula por el propio derecho indígena. El título es heterónomo; su ejercicio, autónomo. Se ha quedado en solitaria minoría el voto conforme al cual no cabría título propio alguno por considerarse que la propiedad indígena, como especie se entiende de *waste land*, sería « a form of permissive occupancy at the will of the Crown », lo que ahora equivaldría a la Commonwealth de Australia, a sus poderes federales. Así es como la mayoría de la Alta Corte se plantea la cancelación de la doctrina de *terra nullius* y un solo voto, su mantenimiento. Pese a esto, la propia mayoría entiende que la discrepancia no lo es tanta. Al fin y al cabo, el título es derivado de *common law* y puede ser extinguido igual que ha podido venir siéndolo<sup>(81)</sup>.

---

historiografía académica, ATTWOOD, *Telling the Truth about Aboriginal History*, cit., parte II.

<sup>(80)</sup> Ya está explicado que la sentencia se conforma por opiniones o votos concurrentes formando la mayoría. La componen Anthony Mason, el presidente, Gerard Brennan, John Toohey, William Deane, Mary Gaudron y Michael McHugh. Discrepa Daryl Dawson. El acuerdo entre los votos que forman la mayoría no es completo. Sólo tres jueces, Deane, Toohey y Gaudron, admiten la posibilidad de reparación por la extinción de derecho indígena, con lo que hay así también dentro de la mayoría una minoría. Mason, el presidente, indica el voto de Brennan como el más representativo de la opinión común que fundamenta la decisión, por lo cual se guían mis citas. Toohey, en la minoría de la mayoría, se significa entre todos porque su voto más apreciativo de derecho indígena se debe a su superior conocimiento de causa: *Uluru (Ayers Rock) National Park and Lake Amadeus/Luritja Land Claim: Report by the Aboriginal Land Commissioner, Mr Justice Toohey, to the Minister for Aboriginal Affairs and to the Minister for Home Affairs*, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1980.

<sup>(81)</sup> Voto de Mason y McHugh, par. 2; voto de Dawson, par. 34: « Aboriginal title (and it is in this context that the word 'title' is misleading) is an occupancy which the Crown, as absolute owner, permits to continue. The permission may be withdrawn ».

Tamañas implicaciones no dejan de especificarse por los razonamientos de los votos concurrentes de la sentencia. Aquí entra con fuerza la historia. Se nos explica que Australia fue objeto de apropiación legítima conforme al derecho internacional de la época. Pudo hacerse por ocupación porque no habría soberano reconocido en el territorio, el supuesto precisamente de la doctrina de marras: « sovereignty of a territory could be acquired under the enlarged notion of *terra nullius*, for the purposes of the municipal law that territory, though inhabited, could be treated as a *desert uninhabited* country. The hypothesis being that there was no local law already in existence in the territory ». Este *municipal* o *local law*, el *law of the land*, se aclara enseguida que hubo de ser ya de entrada el *common law* y ningún otro: « The law of England became the law of the territory, and not merely the personal law of the colonists. Colonies of this kind were called ‘settled colonies’. *Ex hypothesi*, the indigenous inhabitants of a settled colony had no recognized sovereign, else the territory could have been acquired only by conquest or cession. The indigenous people of a settled colony were thus taken to be without laws, without a sovereign and primitive in their social organization. In a settled colony in inhabited territory, the law of England was not merely the personal law of the English colonists; it became the law of the land, protecting and binding colonists and indigenous inhabitants alike and equally », a indígenas tanto como a no indígenas. Un binomio civilización-barbarie se ve que está presente, pero sólo de forma que se entiende incidental. El principio de *terra nullius* habría sido lo decisivo.

Ahora se le repudia no tanto por entenderse que fuera en sus tiempos mal derecho como porque no se habría dado el supuesto de hecho necesario para su aplicación, lo cual, esto último, es lo que lo inhabilitaría para el momento presente. « The facts as we know them today do not fit the ‘absence of law’ or ‘barbarian’ theory underpinning the colonial reception of the common law of England. That being so, there is no warrant for applying in these times rules of the English common law which were the product of that theory ». Para

---

La expresión citada como de Dawson se la atribuyen Mason y McHugh, pero puede verse que responde plenamente a sus planteamientos. Las citas de la sentencia que ahora siguen lo son del voto de Brennan, pars. 33-36, 38, 40, 43, 55, 66 y 68.

la inhabilitación presente el derecho internacional ayuda. « The theory of *terra nullius* has been critically examined in recent times by the International Court of Justice in its Advisory Opinion on Western Sahara ». « The common law does not necessarily conform with international law, but international law is a legitimate and important influence on the development of the common law, especially when international law declares the existence of universal human rights ». La alegación también sirve para despejar la sombra del polinomio civilización-barbaries. « It is contrary both to international standards and to the fundamental values of our common law to entrench a discriminatory rule which, because of the supposed position on the scale of social organization of the indigenous inhabitants of a settled colony, denies them a right to occupy their traditional lands ».

Con todo ello resulta que *terra nullius* habría sido un elemento indeseable adherido al *common law*, a un derecho común a indígenas y no indígenas que ahora vendría a depurarse por sí mismo y con la asistencia del derecho internacional. Así vistas las cosas, suprimir la adherencia no ha de afectar al edificio. Incluso el principio de *common law* de la pertenencia a la Corona de la *waste land*, esto es Australia, debe mantenerse como base de partida. « However, recognition by our common law of the rights and interests in land of the indigenous inhabitants of a settled colony would be precluded if the recognition were to fracture a skeletal principle of our legal system. The proposition that the Crown became the beneficial owner of all colonial land on first settlement has been supported by more than a disregard of indigenous rights and interests. It is necessary to consider these other reasons for past disregard of indigenous rights and interests and then to return to a consideration of the question whether and in what way our contemporary common law recognizes such rights and interests in land ». Al fin y al cabo, de ese derecho de la Corona procede históricamente todo derecho tanto dominical como político en la Australia contemporánea. No es de extrañar lo visto de que la mayoría manifieste que el voto discrepante no lo es tanto.

Todo ello encuadra y condiciona el propio reconocimiento del título nativo a la tierra. En primer lugar se le entiende comprendido en ese *common law* que sería común antes y ahora a indígenas y no

indígenas. Tal mismo derecho de la Corona habría existido siempre en beneficio de una nación que comprendería a todos. « It is right to describe the powers which the Crown — at first the Imperial Crown and later the Crown in right of the respective Colonies — exercised with respect to colonial lands as powers conferred for the benefit of the nation as a whole ». El mismo reconocimiento, ahora, de título indígena no sólo a la tierra, sino también a efectos de la regulación de sus formas de pertenencia, colectiva o individual, y de su régimen de transmisión y sucesión, ha de acomodarse a dicho cuadro. « The common law can, by reference to the traditional laws and customs of an indigenous people, identify and protect the native rights and interests to which they give rise. However, when the tide of history has washed away any real acknowledgment of traditional law and any real observance of traditional customs, the foundation of native title has disappeared ». « the transmission or acquisition of rights and interests on death or marriage, the transfer of rights and interests in land and the grouping of persons to possess rights and interests in land are matters to be determined by the laws and customs of the indigenous inhabitants, provided those laws and customs are not so repugnant to natural justice, equity and good conscience ». Aunque más limitadamente por supuesto, incluso el derecho reconocido queda, igual que para el voto discrepante, « at the will of the Crown », esto es ahora de la Commonwealth de Australia, de sus legislaturas y sus magistraturas, pese al énfasis de la mayoría en rechazar de plano la idea <sup>(82)</sup>. El derecho indígena rige, como ha regido, por tolerancia. Según acaba de decirsenos, « the tide of history », el tsunami de la historia, puede seguir arrasándolo.

¿Ha habido reconocimiento de derecho indígena a la tierra y los recursos de sus territorios? No se aprecia así de parte indígena: « Native title recognition of rights to land was a hollow victory emanating from the High Court decision in *Mabo (No. 2)*. [...] We

---

(82) También el voto de Deane y Gaudron, par. 34, rechaza tajantemente que ni siquiera en el pasado, una vez que se ha rechazado la adherencia de *terra nullius*, « the common law native title recognized by the law of a British Colony was no more than a permissive occupancy which the Crown was lawfully entitled to revoke or terminate at any time ». En todo caso, este mayor énfasis es lo que les permite la defensa de un derecho a la reparación que no logró hacerse con la mayoría.

are still bedevilled by the legacy of *terra nullius* » (83). « The common law doctrine enunciated in *Mabo* did not of itself put an end to dispossession ». A nuestras alturas, lo más común es señalar que no se ha dado el desarrollo que *Mabo* anunciaba, pero desde temprano pudo entenderse otra cosa. Ahí que los problemas proseguían para la parte indígena y comenzaban para otros, inclusive juristas: « it remains the case that few (lawyers) are conceptually equipped to bridge the gap between the two systems of law with which the legal pluralism of *Mabo* confronts them » (84). Entre estos « dos sistemas jurídicos », dos o más pues el pluralismo es también indígena, y su relación profundamente desigual por efecto del colonialismo anida por supuesto la dificultad primaria, pero hay más niveles o espacios como también más brechas. ¿Se halla la jurisprudencia, la judicial y la doctrinal, preparada para el triple o cuádruple frente de integración que el propio planteamiento de la sentencia estaría requiriendo? Se trata no sólo de concurrencia de *common law* y órdenes indígenas, éstos en plural, sino también entre derecho australiano, con su complejidad federal, y derecho internacional. En la misma sentencia pesan severamente unos problemas.

En la sentencia, el mismo encuadramiento en el derecho internacional podía quedar inhabilitado por el reforzamiento paralelo del *common law* como referencia exclusiva para el reconocimiento del título indígena. Resulta que el segundo ni siquiera tendría nada que ver con el efecto de desposesión masiva que ahora se imputa a la doctrina de *terra nullius*. El *common law* comparece como un derecho immaculado que se habría contaminado por ese elemento externo. Empieza por hacerlo como si su solo arribo

---

(83) Irene WATSON, *First Nations, Indigenous Peoples: our laws have always been here*, en *Indigenous Peoples as Subjects of International Law*, Londres, Routledge, 2018, ed. Ead., cap. 5, pp. 112-113.

(84) Hall WOOTTEN, *The end of dispossession? Anthropologists and lawyers in the native title process*, en *The Native Title Era: Emerging Issues for Research, Policy and Practice*, eds. J. Finlayson y D.E. Smith, Canberra, ANUP, 1995, pp. 101-118 (102 y 107); no solo para ulterior contraste entre profesiones, BURKE, *Law's Anthropology*, cit., caps. 2 sobre Islas Murray y, como ya sabemos, 3 sobre *Mabo*; para problemática de relaciones y mediaciones entre « los dos sistemas », indígena y no indígena, *Indigenous Australians, Social Justice and Legal Reform: Honouring Elliott Johnston*, eds. Hossein Ismaeili, Gus Worby y Simone Tur, Sidney, The Federation Press, 2016.

despejase el terreno de todo derecho indígena <sup>(85)</sup>. La sentencia ni se plantea otra posibilidad. Tampoco se imagina que el mismo *common law* hubiese podido generar desde temprano por su propia cuenta, internamente y en sus aledaños, el binomio que se iría conformando como de civilización-barbarie <sup>(86)</sup>, el que, con variantes, vendría a acentuarse a medida que avanzara la expansión británica fuera de Europa. El propio derecho de gentes, luego internacional sin solución de continuidad a este respecto <sup>(87)</sup>, tampoco es perceptible para la sentencia como criatura que se gestara en el mismo caldo de cultivo de tal polaridad. *Terra nullius* constituiría siempre, en una historia tan inverosímil, una adherencia, como tal entendida por fácilmente depurable ahora.

Otra se figura que sería la historia en lo referente al derecho internacional actual. Aquí ya se produciría una sintonía confesable. Lo hemos visto. La sentencia invoca, por una parte, en lo que toca a *terra nullius*, el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia sobre Sahara Occidental y, por otra, con carácter más general, el derecho internacional de los derechos humanos. No

---

<sup>(85)</sup> Sobre la bastante más problemática exportación del *common law* a las colonias, Christian BURSET, *Why Didn't the Common Law Follow the Flag?*, a publicarse en « Virginia Law Review », 2019, anticipado online en *Social Science Research Network*. Entre metrópolis y colonias es relativa incluso la doctrina de las *waste lands of the Crown*: Vittoria DI PALMA, *Wasteland: A History*, New Haven, Yale University Press, 2014, pp. 12-19, las *waste lands* como *commons* para gentes del común en el siglo XVII.

<sup>(86)</sup> Mark NETZLOFF, *England's Internal Colonies: Class, Capital, and the Literature of Early Modern English Colonialism*, Londres, PMac, 2004; Laura O'CONNOR, *Haunted English: The Celtic Fringe, the English Empire, and De-Anglization*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2006; Michael HECHTER, *Internal Colonialism: The Celtic Fringe in English National Development (1975), with a new introduction and a new appendix*, Londres, Routledge, 2017.

<sup>(87)</sup> Alpheus Henry SNOW, *The Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations: Including a Collection of Authorities and Documents*, Washington, US Government Printing Office, 1919; M.F. LINDLEY, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law: Being a Treatise of the Law and Practice Relating to Colonial Expansion*, Nueva York, Longman, Greens and Co., 1926. En el ámbito teórico eran tiempos de repesca de teología católica legitimadora de la primera expansión ultraoceánica europea idealizándosele de forma que desfigura la misma continuidad: Antony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (1999), Cambridge, CUP, 2005, cap. 1: *Francisco de Vitoria and the colonial origins of international law*.

obstante, ha podido achacársele que no se haya situado en un ámbito de derecho público que habría de incluir al derecho internacional. « Instead of a *common law* framework, the High Court, in *Mabo No. 2*, should have relied on principles, standards and values of the public law: including the international law of human rights »<sup>(88)</sup>. Efectivamente, habrá podido constatarse cómo la resolución se encierra en el mundo del *common law* viniendo el derecho internacional como simple refuerzo o más bien adorno exterior. De haberse situado el caso en su ámbito, otra tendría que haber sido la resolución o al menos no podría haber resultado tan favorable al mantenimiento del tracto colonial del propio *common law*. Sin hablar ya por supuesto de colonialismo, hemos visto como esto mismo se fortalece.

Por su parte, la referencia habría de ser a un derecho internacional que ya lleva décadas, desde 1960, pugnando por hacer cuentas con su pasado constitutivamente colonial mediante la emergencia consiguiente de los pueblos indígenas a una posición de sujetos de derechos no dependientes de acreditación por Estados o por el colonialismo anterior<sup>(89)</sup>. A nuestras alturas las cosas han cambiado además bastante. Ya lo hemos visto. En 2007 la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha cancelado radicalmente la doctrina de *terra nullius*. Recordemos: « Indigenous peoples have the right to the lands, territories and resources which they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired »; « States shall provide effective mechanisms for prevention of, and redress for: [...] any action which has the aim or effect of dispossessing them of their lands, territories or

---

(88) Imtiaz OMAR, *The Semantics of 'Mabo': An Essay in Law, Language and Interpretation*, en « James Cook University Law Review », 2 (1995), pp. 154-171 (155). Ya advertimos que se le dice *Mabo 2* porque hay una *Mabo 1*, ésta algo, sólo algo, más receptiva de derecho internacional, en concreto de la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial: <http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1988/69.html>, la *Mabo 1*.

(89) B. CLAVERO, *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014, cap. 3 especialmente. Para el estado del derecho indígena a la tierra en el orden internacional a las vísperas de la Declaración a la que ahora regresamos, Jérémie GILBERT, *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: From Victims to Actors*, Ardsley, Transnational Publishers, 2006.

resources »<sup>(90)</sup>. Esto marca el final de la historia de *terra nullius*. Debiera hacerlo. Habría de ser el actual término de referencia de derecho para Australia como por doquier<sup>(91)</sup>.

La colación de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el Sahara Occidental, tan socorrida todavía hoy sobre todo entre iusinternacionalistas, no compromete en cambio a nada<sup>(92)</sup>. El supuesto de Australia no es exactamente el mismo. El africano es de colonialismo exterior y el australiano, del ya interiorizado. Mas la historia es parecida a la de *Mabo*, sobre todo en la medida en la que no se enfrenta con los problemas de fondo heredados del colonialismo europeo, hispano o británico que sea. Por parte de Argelia se dio el intento de reconducir el asunto de forma que el derecho internacional afrentase las exigencias de su propia descolonización intestina. Francia era quien había introducido en la región el tópico de la *terra nullius* con el objeto vano de retener el Sahara argelino bajo la pretensión de que, por reputarlo tierra de nadie, le pertenecía. De ahí cercanamente procedían los términos de la pregunta dirigida por la Asamblea General de Naciones Unidas a la Corte Internacional de Justicia: « Was Western Sahara (Río de Oro and Sakiet El Hamra) at the time of colonization

---

<sup>(90)</sup> El reconocimiento de derecho indígena a la tierra y el territorio ya lo había formulado en 1989 la Organización Internacional del Trabajo con su Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, pero este instrumento necesita, como tratado, ratificación que Australia nunca ha prestado. Respecto a la Declaración, Australia votó en contra en la Asamblea General en 2007, pero la aceptó en 2009, con ceremonia en el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la que fui testigo más bien escéptico, pasándose finalmente a una posición ambigua: Sheryl R. LIGHTFOOT, *Selective endorsement without intent to implement: Indigenous rights and the Anglosphere*, en « The International Journal of Human Rights », 16 (2012), 1, *Indigenous peoples' rights: new perspectives*, pp. 100-122.

<sup>(91)</sup> *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, eds. Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, Copenhagen, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2009; *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, eds. Stephen Allen y A. Xanthaki, Oxford, Hart, 2011; Charmaine WHITE FACE (Zumila Wobaga), *Indigenous Peoples' Rights in the Balance: An Analysis of the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, St. Paul, Living Justice Press, 2013; *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary*, eds. Jessie Hohmann y Marc Weller, Oxford, OUP, 2018.

<sup>(92)</sup> [http://www.icj-cij.org/files/case-related/61/061-19751016-ADV-01-00-E\\_N.pdf](http://www.icj-cij.org/files/case-related/61/061-19751016-ADV-01-00-E_N.pdf), la Opinión Consultiva.

by Spain a territory belonging to no one (*terra nullius*)? »<sup>(93)</sup>. A lo que aquí nos interesa, en resumidas cuentas, ¿qué aporta el caso de Sahara Occidental, salvo comparación y contraste, a la jurisprudencia o a la historiografía australianas?

El caso de la doctrina de *terra nullius* no es único. Hay otras de derecho internacional que igual juegan cual eufemismos cómplices y encubridores de historias de colonialismo europeo. He ahí el caso más cercano de la doctrina de *uti possidetis*, « así como poseéis », conforme a la cual los nuevos Estados se delimitan legítimamente mediante fronteras preexistentes<sup>(94)</sup>, unas fronteras debidas de hecho menos al establecimiento de pueblos que a la acción de potencias coloniales. He aquí una presunta aportación de América Latina al derecho internacional como si hubiera atravesado una temprana experiencia de descolonización<sup>(95)</sup>. Ya también en este espacio, bien avanzando el siglo XIX, se invocaba el principio de *terra nullius*, con uno u otro lenguaje, precisamente para negarlo. No la habría a esas alturas a todo lo largo y ancho de las Américas. Con esto no sólo se estaba negando la existencia de territorios indígenas independientes, sino también saliendo al paso de las tentaciones

---

(93) Karen KNOP, *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge, CUP, 2002, pp. 110-167; Jacques Eric ROUSSELLIER, *Elusive Sovereignty — People, Land and Frontiers of the Desert: The Case of the Western Sahara and the International Court of Justice*, en « The Journal of North African Studies », 12 (2007), 1, pp. 55-78; Umut ÖZSU, *Determining New Selves: Mohammed Bedjaoui on Algeria, Western Sahara, and Post-Classical International Law*, en *The Battle of International Law in the Decolonization Era*, eds. Jochen von Bernstorff y Philipp Dann, a publicarse en Oxford University Press, capítulo anticipado en *academia.edu*.

(94) FELLMETH y HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, cit., p. 287: « *Uti possidetis (iuris)*: 'So that you may (rightly) possess'. A modern principle according to which a change in sovereignty over a territory, especially due to independence following decolonization, does not ipso facto alter that territory's administrative boundaries as established by colonial authorities out of respect for succession to legal title by the new sovereign ».

(95) Julio A. BARBERIS, *Les règles spécifiques du droit international en Amérique Latine* (1992), Leiden, Brill, 2008, parte II, cap. 1, sec. 1; Jairo RAMOS ACEVEDO, '*Uti possidetis*'. *Un principio americano y no europeo*, en « Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales », 5 (2012), pp. 145-163.

europas de hacerse todavía con ellos <sup>(96)</sup>. A los mismos efectos, de igual modo y de forma también postrera, comenzó a invocarse el principio de *uti possidetis* en virtud del cual todas las fronteras entre Estados americanos serían contiguas, sin espacios indígenas, tal y como con toda inconsistencia se presume que lo habrían ya sido las fronteras coloniales, lo que interiormente permitía, sin necesidad de alegar *terra nullius*, la anexión por unos u otros medios, bélicos incluidos. No es de esperar que vaya a venir de momento ninguna jurisprudencia, ni internacional ni de Estado, a cuestionar el principio de *uti possidetis* una vez que rinde tan buenos servicios neocoloniales, en las Américas y a través de otros continentes <sup>(97)</sup>, como fórmula para la descolonización sólo exterior y no interna, con el efecto adicional de redondeo del mapa de un derecho internacio-

---

<sup>(96)</sup> Como ejemplo que interesa al imperialismo británico, Wolfgang GABBERT, *The Kingdom of Mosquitia and the Mosquito Reservation: Precursors of Indian Autonomy?*, en *National Integration and Contested Autonomy: The Caribbean Coast of Nicaragua*, ed. Luciano Baracco, Nueva York, Algora, 2011, cap. 1. Y hay *Terra Australis Nullius* también por América: Sue BALLYN, *La Australia Argentina: From 'Terra Nullius' to Tierra de Fuego*, en «Journal of European Association of Studies on Australia», 1 (2009), pp. 90-96. Lanzó la expresión Roberto J. PAYRÓ, *La Australia argentina. Excursión periodística a las Costas Patagónicas, Tierra del Fuego e Isla de los Estados*, Buenos Aires, Imprenta La Nación, 1898, con *carta-prólogo* de Bartolomé Mitre, quien había sido presidente de la República, utilizando el concepto cancelatorio de presencia indígena, p. VI: «territorio [...] considerado durante siglos como *res nullius*».

<sup>(97)</sup> Dirdeyri M. AHMED, *Boundaries and Secession in Africa and International Law: Challenging 'Uti Possidetis'*, Cambridge, CUP, 2015, ya de partida (pp. 1-5) advirtiendo sobre unas fronteras establecidas «paying little attention to the cohesiveness of peoples randomly fenced or divided by them», así como señalando la inexistencia de una regla internacional vinculante de *uti possidetis* por mucho que se pretenda que la hay desde las independencias latinoamericanas y por mucho que la Corte Internacional de Justicia también pretenda otra cosa; DOYLE, *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Recourses*, cit., p. 218: la alegación del principio *uti possidetis* por los Estados y su aplicación por dicha Corte sirve «to deny potential challenges to their (indigenous peoples') non-consensual inclusion within new created States irrespective of the manner in which title over their territory had been acquired by the colonial powers». También rinde ahora servicios estatales, no mas sensibles a la identificación de pueblos, en contextos no tan coloniales: Jure VIDMAR, *Democratic Statehood in International Law: The Emergence of New States in Post-Cold War Practice*, Oxford, Hart, 2013, cap. 8.2: *The Creation of New States and the 'Uti Possidetis' Principle*, con la constatación de la arbitrariedad del principio como fórmula de descolonización (p. 205).

nal como orden de Estados y entre Estados, pero bueno es que se cuestione por la historiografía <sup>(98)</sup>.

En lo que importa a *terra nullius*, tanto la opinión consultiva de la Corte internacional como la sentencia de la australiana gozan de buena prensa, pero el escrutinio nos ha dejado un sabor, como poco, agri dulce. « *Mabo* cannot be considered an anticolonial revolution in legal reasoning » por razones bien a la vista si se aplica la mirada. El reconocimiento del *native title* ni siquiera tiene fuerza para invalidar derechos adquiridos ilegítimamente a la luz de la propia cancelación del principio de *terra nullius*. « Where the existence of native title may produce possible conflict with non-indigenous interests, it would be the rights of the native title holders that would yield. Thus, not one millimetre of not indigenous land was at risk from the principles led out by *Mabo* » <sup>(99)</sup>. Previo y todo, una vez que no hay *terra nullius*, el derecho indígena no prevalece sobre los derechos e intereses de tracto, en último término, colonial. Lo más que se prevé es el acomodo del título indígena con derecho no-indígena o incluso con intereses creados por concesiones administrativas como, por ejemplo, de pastos o de minas. Sólo hay posibilidad de derecho propiamente dominical de no darse o de caducar dichas interferencias. Título nativo resulta mera expectativa <sup>(100)</sup>.

---

<sup>(98)</sup> LORENTE, '*Uti possidetis, ita domini eritis*', cit., bien advertida (p. 138): « I am aware that both the analysis of the causes and consequences of acknowledging *uti possidetis* as a principle of international law, and the assessment of the arguments in favour and against it that are discussed these days, are of greater interest than the history of the principle or the historiography generated by its implementation »; pp. 144-145 y 152-153, acerca de la incidencia indígena del juego entre *uti possidetis* y *terra nullius*.

<sup>(99)</sup> SHORT, *Reconciliation and Colonial Power*, cit., pp. 38-42 (39).

<sup>(100)</sup> Maureen TEHAN, *To Be or Not to Be (Property): Anglo-Australian Law and the Search for Protection of Indigenous Cultural Heritage*, en « University of Tasmania Law Review », 15 (1996), 2, pp. 267-305; Patrick CULLINANE, *The Co-Existence of Native Title and Common Law Proprietary Interests: 'Wik Peoples v. Queensland'*, en « James Cook University Law Review », 4 (1997), pp. 111-114; Janice GRAY, *Is Native Title a Proprietary Right?*, en « Murdoch University Electronic Journal of Law », 9 (2002), 3, artículo 9. No entro en los ejercicios doctrinales de aprovechar las peculiares sutilezas de raíz feudal de los derechos reales en el *common law* (*freehold, leasehold, copyhold, fee-simple, fee-tail...*) para ubicar el *native title* distinguiéndole categóricamente del derecho de propiedad, como tampoco entro en el australiano *Torrens Register* que elude el riesgo de que la otorficación de *common law* condujere a derecho indígena. Lo que

Puede acusarse que, si *Mabo* declara solemnemente la anulación de la *terra nullius*, ni el intento hace con el *aqua nullius*, la especie de equivalente para mares y para aguas interiores <sup>(101)</sup>. Es extensión relevante para el pueblo meriam, un pueblo que se presenta a sí mismo como *saltwater people*, gente de agua salada <sup>(102)</sup>. Y respecto al derecho a la tierra ha de empezar por probarse el tracto de alguna relación con ella y de algún derecho consuetudinario desde tiempos precoloniales, lo que los efectos del mismo colonialismo dificultan, cuando no imposibilitan <sup>(103)</sup>. Sigue

---

interesa es que una jerarquía colonial se mantiene: L. BEHRENDT y Loretta KELLY, *Resolving Indigenous Disputes: Land conflict and beyond*, Sidney, The Federation Press, 2008, p. 3: « Freehold title — the title under which most Australians hold their land — is [...] superior to native title ». Sobre el registro de invención australiana, BHANDAR, *Colonial Lives of Property*, cit., cap. 2.

<sup>(101)</sup> BECKETT, *Encounters with Indigeneity*, cit., cap. 5: *The Torres Strait islanders and the pearling industry: A case of internal colonialism* (1977); S.B. KAYE, *Jurisdictional Patchwork: Law of the Sea and Native Title Issues in the Torres Strait*, en « Melbourne Journal of International Law », 2 (2001), 2, pp. 381-413; N. SHARP, *Saltwater People: The Waves of Memory*, Toronto, UTP, 2002, p. 5. « The Meriam are seafarers and fishers and for them the sea is life »; Lauren BUTTERLY, *Clear Choices in Murky Waters: 'Leo Akiba on behalf of the Torres Strait Regional Seas Claim Group v. Commonwealth of Australia*, en « Sidney Law Review », 35 (2013), 1, pp. 237-252; Katie O'BRYAN, *More Aqua Nullius? The 'Traditional Owner Settlement Act 2010' (Vic) and the Neglect of Indigenous Rights to Manage Inland Water Resources*, en « Melbourne University Law Review », 40 (2017), 2, pp. 547-593. No entro en la función colonial de las reglas del mar libre o abierto y de las aguas territoriales de Estados versus derechos de pueblos indígenas. Lauren BENTON, *A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires, 1400-1900*, Nueva York, CUP, 2010, sobre mares e islas a la luz de dicha función colonial, sin alcanzar al Torres Strait.

<sup>(102)</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=wNMOa3vs5g4>: Juegos de Papúa-Nueva Guinea del 2014, canción interpretada por Christine ANU, meriam, adaptando un poema, que originalmente se refería a la isla de Elcho o Galiwinku, de Neil MURRAY, *My Island Home*: « For I come from a saltwater people / We always lived by the sea ». Se habrá observado el título de SHARP, *Saltwater People*, cit. Arranca con el poema, ubicando la interpretación en los Juegos Olímpicos de 2000 en Sidney, Elizabeth McMAHON, *The gilded cage: From utopia to monad in Australia's island imaginary*, en *Islands in History and Representation*, ed. Rod Edmond y Vanessa Smith, Londres, Routledge, 2003, cap. 12. SALTWATER BAND es el nombre del grupo musical liderado por Gurrumul Yunupingu, del pueblo yolngu de dicha isla de Galiwinku, archipiélago de Wessel, al norte centro de Australia.

<sup>(103)</sup> Karin DERKLEY, *Ancient customs, legal first*, en « The Law Institute Journal », 71 (1997), 1, pp. 14-16; Kent McNEIL, *The Vulnerability of Indigenous Land Rights*

así comprometiéndose no sólo la propiedad indígena, sino también, por necesitarla, las posibilidades de subsistencia de comunidades políticas indígenas capacitadas por título y derecho propios así como, con ello, la recuperación de los correspondientes pueblos. Se estorba el derecho privado a la tierra y se impide el derecho político al territorio. Con todo y en suma, subsistiendo los efectos de fondo del colonialismo, *terra nullius* parece que no se ha desactivado realmente ni por Australia ni por algunas otras latitudes significadas <sup>(104)</sup>.

Tras *Mabo* el efecto del derecho colonial expropiatorio no ha desaparecido, pero ¿lo ha hecho la misma idea de *terra nullius*? Hay quien lo pone en duda. « Even with the overturning of the legal doctrine in the *Mabo* case, the myth of *terra nullius* flourishes ». Ya no sigue floreciendo con su nombre propio, pero lo hace con otros seudónimos que no le faltan, fundamentalmente con los que se vinculan a la identidad nacional de Australia: « This nationalist identity perpetuates the legal fiction of *terra nullius* with a psychological *terra nullius*. It feeds into the notion of ‘white’ British superiority and justifies the theft of land and labour, leaving Indigenous people and their rights either as an historical footnote or absent completely ». Hay un *terra nullius* psicológico que no confiesa su nombre. Lo tiene ahora mejor: Australia como nación. « The legal fiction of *terra nullius* meant that the dominant culture’s legal system was imposed in Australia at the time of the British invasion », lo que permanece con independencia de la ilegalización del principio por *Mabo*. Es el sistema del *common law* de trazo colonial <sup>(105)</sup>.

El *common law* produce el bloqueo: « While the Australian

---

*in Australia and Canada*, en « Osgoode Hall Law Journal », 42 (2004), 2, pp. 271-301; SIMON YOUNG, *The Trouble with Tradition: Native Title and Cultural Change*, Sidney, The Federation Press, 2008, parte IV: *Post-Mabo: The Australian Anomaly*; SHORT, *Reconciliation and Colonial Power*, cit.

<sup>(104)</sup> ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, cit., pp. 111-112, tras referirse a la aparente cancelación de *terra nullius* respecto al Sahara Occidental y a Australia: « the doctrines consolidated by nineteenth-century jurists continue to establish the framework within which indigenous peoples struggle to assert their rights ».

<sup>(105)</sup> L. BEHRENDT, *Achieving Social Justice: Indigenous Rights and Australia’s Future*, Sidney, The Federation Press, 2003, pp. 54 y 170-173; para la insistencia en la

common law has proved largely more amenable to protection of property than to protection of individual rights, it has not yet provided adequate property recognition for Indigenous Australians, despite the *promise of Mabo* »<sup>(106)</sup>. Podría pensarse que, pese a todo, el giro llamativo de la sentencia ha debido tener un efecto cultural que esté socializando la apreciación de la presencia indígena abriendo así posibilidades para el derecho. Tampoco parece que sea así. Desde temprano se detectó que dicha socialización no estaba produciéndose: « The *Mabo* decision of the High Court in 1992 overruled the legality of *terra nullius*, but it has not yet erased its legacy from the present. Nor has it overturned non-Aboriginal understandings of Australian History, and these in turn shape present public opinion »<sup>(107)</sup>.

Atendamos a un juicio procedente de la antropología respecto

---

idea de la *terra nullius* « sicológica » o cultural tras la supresión de la jurídica, pp. 3, 20, 48, 99, 108, 120, 133 y 135.

<sup>(106)</sup> Barbara Ann HOCKING y M.A. STEPHENSON, *Why the Persistent Absence of Foundational Principle? Indigenous Australians, Proprietary and Family Reparations*, en *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, ed. Federico Lenzerini, Oxford, OUP, 2008, pp. 477-522 (479). La expresión procede de M. TEHAN, *A Hope Disillusioned, an Opportunity Lost? Reflections on Common Law Native Title and Ten Years of the Native Title Act*, en « Melbourne University Law Review », 27 (2003), 2, pp. 523-571, ep. II: *The Promise of 'Mabo': The High Court's 'Great Leap Forward'* (« Gran Salto Adelante » es la conocida expresión maoísta, aquí irónica). No se encontrará un juicio tan crítico como el de dichas autoras en obras generales sobre derechos de pueblos indígenas que no dejan de referirse a *Mabo*: Patrick THORNBERRY, *Indigenous peoples and human rights*, Manchester, ManUP, 2002; ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, cit.; Ben SAUL, *Indigenous Peoples and Human Rights: International and Regional Jurisprudence*, Oxford, Bloomsbury, 2016. Hay también confusión: Antonio CASSESE, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge, CUP, 1995, p. 358, apreciando *Mabo* por « recognizing the native title of aboriginals over the lands of the Murray Islands and, in many ways, even restructuring the government-aboriginal relationship ».

<sup>(107)</sup> Ann McGRATH, *A national story*, en *Contested Ground: Australian Aborigines under the British Crown*, ed. Ead., Sidney, Allen and Unwin, 1995, cap. 1, p. 4; L. VERACINI, *Between a 'Contested Ground' and an 'Indelible Stain': A Difficult Reconciliation between Australia and its Aboriginal History during the 1900s and 2000s*, en « Aboriginal History », 27 (2003), pp. 224-239. El otro término de referencia es H. REYNOLDS, *An Indelible Stain? The Question of Genocide in Australia's History*, Melbourne, Viking, 2001, que veremos. McGrath lamentó luego su temprano apasionamiento crítico por pensar que pudo tener un efecto más disuasorio que incentivador: A.

a una historia y a un presente: « As progressively encoded into Australian law, *terra nullius* was, of course, a rationalization rather than a motive for colonial invasion »; actualmente, « the introduction of land rights was not a repudiation of *terra nullius* ». Por resultados de *Mabo*, « rather than removing *terra nullius* » el derecho australiano está ahora acercándose a « its fulfilment »<sup>(108)</sup>. En la medida en la que hemos visto fortalecerse por *Mabo* el *common law* de tracto colonial y aparte el efectivo acomodamiento de títulos como los del pueblo meriam, ¿no hay base para llegarse a unas conclusiones tan desesperanzadas? Lo que está claro es que, igual que *terra nullius* no basta para explicar la historia de despojo indígena, su repudio no es suficiente para cancelar sus efectos. En fin, llamando a las cosas por su nombre, tras *Mabo* a lo que se llega es a un « balance of power between interests, the result of which was the protection of commercial interests and the perpetuation of the established colonial order », con una legitimación ahora procedente del reconocimiento de título nativo que no compromete a tales intereses corporativos<sup>(109)</sup>.

Para la sentencia *Mabo*, el principio sigue siendo el *common law*, lo que significa que la cifra de *terra nullius* no deja de operar. Antes de que un europeo pusiera pie en Australia, podría discutirse si la *Terra Australis* fuera entonces *terra aboriginum* o, de no haberlos, *terra nullius*, tierra efectivamente de nadie<sup>(110)</sup>. Lo que así no cabe, una vez que el conocimiento se produce, cuando comienza a desvelarse la *terra australis incognita*, es que sea en principio y hasta hoy *terra anglorum* con todas sus consecuencias no sólo

---

CURTHOYS y A. McGRATH, *How to Write History that People Want to Read*, Sidney, UNSWP, 2009, pp. 195-196.

<sup>(108)</sup> Patrick WOLFE, *Nation and Miscegenation: Discursive Continuity in Post-Mabo Era*, en « Social Analysis: The International Journal of Social and Cultural Practice », 36 (1994), pp. 93-152; ID., *Settler Colonialism and the Transformation of Anthropology: The Politics and Poetics of an Ethnographic Event*, Nueva York, Cassell, 1999, pp. 27, 190 y 293.

<sup>(109)</sup> SHORT, *Reconciliation and Colonial Power*, cit., p. 60 y 159-164.

<sup>(110)</sup> R.J. KING, *Terra Australis: Terra Nullius aut Terra Aboriginum*, en « Royal Australian Historical Society Journal », 72 (1987), 2, pp. 75-91.

jurídicas <sup>(111)</sup>. El sinsentido se eleva a la máxima potencia al asegurarse que, en consecuencia, siendo tierra británica, el *common law* se extendió a indígenas ya desde un principio <sup>(112)</sup>. Aun con todo, el optimismo en relación a la sentencia *Mabo* no puede decirse que haya en la práctica decaído, bien que por lo común bajo la tendencia al acomodo con intereses corporativos <sup>(113)</sup>. También se recurre a la universalidad de los derechos humanos para ahogar los específicos indígenas y en particular el derecho a la tierra <sup>(114)</sup>. *Mabo* puede servir también por supuesto alternativamente para la defensa de derechos indígenas contra el viento de la historia y la marea de la jurisprudencia. Sirve incluso para otras cosas buenas como para planteamientos ecologistas, inclusive en términos de teonaturismo <sup>(115)</sup>.

Los sinsentidos jurídicos se corresponden con presuposiciones históricas de la sentencia, de la historiografía que la misma repre-

<sup>(111)</sup> Emily J. PETTIT, *Aborigines' Dreaming or Britain's Terra Nullius: Perceptions of Land Use in Colonial Australia*, en «Iowa Historical Review», 5 (2015), 1, pp. 23-60.

<sup>(112)</sup> Para la mejor puesta en evidencia respecto a *common law* y a derecho de gentes, BUCHAN, *Empire of Political Thought*, cit., caps. 3 y 4.

<sup>(113)</sup> *Native Title from Mabo to Akiba: A Vehicle for Change and Empowerment?*, eds. Sean Brennan, Megan Davis, Brendan Edgeworth y Leon Terrill, Sidney, The Federation Press, 2015, incluso con capítulo de recepción de la doctrina económica insidiosamente más favorable a intereses corporativos frente a derecho indígena por las Américas, la del peruano Hernando de Soto.

<sup>(114)</sup> Sarah HOLCOMBE, *Remote Freedoms: Politics, Personhood and Human Rights in Aboriginal Central Australia*, Stanford, Stanford University Press (StUP), 2018.

<sup>(115)</sup> Whitney BAUMAN, *Theology, Creation, and Environmental Ethics: From 'Creatio ex Nihilo' to 'Terra Nullius'*, Nueva York, Routledge, 2009, con trabajos sobre *Mabo* en la bibliografía; Jogi Hale HENDLIN, *From 'Terra Nullius' to 'Terra Communis': Reconsidering Wild Land in an Era of Conservation and Indigenous Rights*, en «Environmental Philosophy», 11 (2014), 2, pp. 141-174; Kathryn MILUN, *The Political Uncommons: The Cross-Cultural Logic of the Global Commons*, Nueva York, Routledge, 2011, cap. 2: 'Terra Nullius', 'Res Nullius' and 'Res Communis': A conceptual confusion of terms, confusión por calificarse hoy como *res nullius* lo que es o debiera ser *res communis*; además, caps. 6 sobre Sahara Occidental y 8 sobre el caso *Mabo*. Mas ubicarnos en este otro terreno puede afectar negativamente a derecho indígena, como constata Timothy NEALE, *Wild Articulations: Environmentalism and Indigeneity in Northern Australia*, Honolulu, University of Hawai'i Press, 2017, con el cap. 4 sobre *after-Mabo*.

senta. Es, como bien se nos ha dicho, una historia al servicio de un presente. Fantasma alentando y mito encubriendo siguen ahí. Pesa todavía incluso el racismo a estas alturas bien solapado del polinomio civilización-barbaries. Con todo esto, una órbita se completa <sup>(116)</sup>. Se cierra la trayectoria de bumerán entre colonialismo y colonialismo, entre colonialismo imperial británico y colonialismo constitucional australiano <sup>(117)</sup>. Entre pasado y presente, de imperialismos europeos a constitucionalismos coloniales, hay recorridos que se resisten a la exploración de la historiografía <sup>(118)</sup>. Se juegan con ello presunciones y sus pretensiones, todo un supremacismo euroglobal en suma, euroaustral en el caso. Es el contexto en el que hemos visto que *Mabo* se predica *urbi et orbe* u *orbi*, sea dicho con

---

<sup>(116)</sup> Raelene WEBB, *Mabo (No. 2) to Yorta Yorta — turning the full circle*, en « Balance: Journal of the Law Society Northern Territory », November 2004, pp. 9-19; Ben GOLDER, *Law, History, Colonialism: An Orientalist Reading of Australian Native Title Law*, en « Deakin Law Review », 9 (2004), 1, pp. 41-60; Emma CUNLIFFE, *Anywhere but Here: Race and Empire in the Mabo Decision*, en « Journal for the Study of Race, Nation and Culture », 13 (2007), 6, pp. 751-768. Con este escenario me excuso de entrar en la boyante literatura sobre *reconciliation* de alcance constitucional sobre bases tan débiles como las sentadas por *Mabo*: Sangeetah CHANDRA-SHEKERAN, *Challenging the Fiction of the 'Reconciliation' Texts of 'Mabo' and 'Bringing Them Home'*, en « Australian Feminist Law Journal », 11 (1998), 1, *Legalising the Soul: Native Title Rights and Colonisation*, pp. 107-133.

<sup>(117)</sup> Por si hiciera falta confirmación por parte de la misma jurisprudencia de la Alta Corte, véase cómo cunde la alarma: Natasha CASE, *Tide of History or Tsunami? The Members of the Yorta Yorta Aboriginal Community v. the State of Victoria and Others* (1998), en « Indigenous Law Bulletin », 4 (1999), 17; S. YOUNG, *The Trouble with 'Tradition': Native Title and the Yorta Yorta Decision*, en « University of Western Australia Law Review », 30 (2001), 1, pp. 28-50; Melissa CASTAN y Sue KEE, *The Jurisprudence of Denial*, en « Alternative Law Journal », 28 (2003), 2, pp. 83-87; Benjamin LANGFORD, *The Hide of History or a Trace of Racism? The Yorta Yorta Native Title Tragedy*, en « Journal of Indigenous Policy », 4 (2004), pp. 65-83; L. STRELEIN, *From Mabo to Yorta Yorta: Native Title Law in Australia*, en « Washington University Journal of Law and Policy », 19 (2005), pp. 225-271 (EAD., *Compromised Jurisprudence*, cit., cap. 7); RAY, *Aboriginal Rights Claims and the Making and Remaking of History*, cit., pns. 2604-2623.

<sup>(118)</sup> B. CLAVERO, *Constitucionalismo colonial. Oeconomía de Europa, Constitución de Cádiz y más acá*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2016; ID., *Constitucionalismo latinoamericano: Estados criollos entre pueblos indígenas y derechos humanos*, Santiago de Chile, Olejnik, 2016.

uno de los latinajos que ha pasado del lenguaje religioso católico al de derecho internacional <sup>(119)</sup>.

5. *Terra nullius como genocidio y otras decodificaciones de derecho y de historia.*

5.1. *Genocidio, derecho internacional e historia constituyente.*

«Prior to *Mabo*, *terra nullius* legitimised genocide, while post-*Mabo* genocide continues to run unchallenged and unmonitored as the principle of extinguishment has become essential to the jurisprudence of native title». Esto de la extinción del título es lo que habría sustituido al «fraud of *terra nullius*». «*Mabo* (No. 2) endorsed the genocidal policy of extinguishment». Con sus consecuencias ya más que sabidas, ambos dispositivos jurídicos, la *terra nullius* premabo y la extinción de título posmabo, pueden resultar «other names» del genocidio, de la extinción deliberada de grupos humanos en cuanto que tales grupos, «genocide in disguise», disfrazado por derecho en suma. Salvo ardua prueba en contrario, «the tide of history», el tsunami de la historia, produce la extinción del título indígena, igual, a efectos prácticos, que la *terra nullius*. Lo ha dicho la Alta Corte: «When the tide of history has washed away any real acknowledgment of traditional law [...] the foundation of native title has disappeared». Así se convierte la historia, lo que es decir en el caso las resultas del colonialismo, en fuente del derecho o, mejor dicho, de su denegación, con el riesgo aparejado de exterminio humano <sup>(120)</sup>.

«The extermination of the Aborigines produced the no-

---

<sup>(119)</sup> FELLMETH y HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, cit., p. 284: «*Urbi et orbi*: 'To the city and to the world'. To everyone; to all; with universal effect», ilustrando su uso en el seno de la Corte Internacional de Justicia. En origen, *urbs* predica como *caput mundi*, no a La Haya, sino a Roma; hoy la primera se pretende *legal capital of the world*, nada menos, por ser sede de cortes internacionales.

<sup>(120)</sup> I. WATSON, *Aboriginal Peoples, Colonialism and International Law: Raw Law*, Nueva York, Routledge, 2015, cap. 9: *Dressed to kill*, ep. penúltimo: *Genocide: it has other names*, pp. 130-131. Entre las citas se estará viendo cómo esa expresión de la *tide of history*, de origen judicial en el mismo caso *Mabo* (voto de Brennan, par. 66) o la de *tsunami* aparecen en títulos historiográficos o jurídicos.

man's-land, which according to the doctrine of *terra nullius* gave the white settlers rights to the land »; el exterminio, eso que « since 1948 it has been known as *genocide* ». La destrucción de humanidad indígena representa la consumación del despojo con la entronización consiguiente, vacío el territorio, del derecho del invasor. No es ironía <sup>(121)</sup>. ¿Quién va a bromear con el genocidio? ¿Quién lo hace con la destrucción de humanidad? La cadena de genocidios puede concluir en el genocidio global <sup>(122)</sup>. Respecto al caso indígena, el principio doctrinal tendría alguna responsabilidad: « The fiction of Australia as a *terra nullius* demanded a mental suppression of the Aborigines », esta especie de « mental block » ante su misma presencia, un tamaño genocidio potencial ya de entrada <sup>(123)</sup>.

Para genocidio virtual, he ahí, como bien nos consta, lo dispuesto por la Constitución Australiana desde 1901 hasta el referéndum de 1967: « In reckoning the numbers of people of the Commonwealth, or of a State or other part of the Commonwealth, aboriginal natives shall not be counted » <sup>(124)</sup>. Y parece ciertamente

---

<sup>(121)</sup> LINDQVIST, *Terra Nullius*, cit., p. 219 y 220. 1948 (corrijo la evidente errata de 1949) remite a la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio. Podría también ser 1944, cuando se acuñó el término, o 1946, cuando la Asamblea General de Naciones Unidas lo adoptó para condenarlo ya antes de la Convención.

<sup>(122)</sup> *Ibíd.*, p. 167: « Auschwitz was the modern industrial application of a policy of extermination on which European world domination had long since rested », y su cita ya registrada, p. 315: « The entire world can be turned into *terra nullius* » literal, en relación a las pruebas nucleares británicas en Australia con posterioridad a Auschwitz y a Hiroshima.

<sup>(123)</sup> *Ibíd.*, p. 349. Ya C.D. ROWLEY, *Aboriginal Policy and Practice*, vol. I, *The Destruction of Aboriginal Society*, Canberra, ANUP, 1970, p. 8: « the mental block has by no means disappeared », aun siguiendo una explicación más bien banal: « It seems partly to result from a majority sentiment that raking up the misdeeds of the past serves no good purpose. What is done is done and should now be forgotten ». Ni que decir tiene que *terra nullius*, como igualmente *genocide*, es expresión desconocida para la obra pionera del equipo de investigación dirigido por Rowley que produjo los tres volúmenes de *Aboriginal Policy and Practice*. La investigación se cerraba en 1967, el año de la reforma constitucional vista.

<sup>(124)</sup> No faltaron esfuerzos de quitarle punta a esta disposición constitucional convirtiéndola en poco menos que en una regla de derecho administrativo en relación a censos de población a diversos efectos; para ilustración baste SAWER, *The Australian Constitution and the Australian Aborigine*, cit., pp. 25-30 (banalizando, p. 25: « Does it

no haber sido tan solo virtual el genocidio conforme a la tipificación por parte del derecho internacional <sup>(125)</sup>. La política referida pro Australia blanca, *White Australia Policy*, pretendía no sólo un *Asian-Free Country*, sino también un *Black-Free Country*, un país sin asiáticos y sin aborígenes salvo necesidad de mano de obra o servidumbre sin derecho de ciudadanía <sup>(126)</sup>. Así se potencia una cultura genocida. Genocidio virtual y genocidio efectivo se vinculan. El vínculo tiene el apellido de colonial. No se piense que estamos en tiempos poscoloniales. El colonialismo sigue aquí <sup>(127)</sup>. Lo mantiene

---

prevent the private student of demography from estimating the aboriginal population, or from publishing a total Australian population which includes the aborigines? »).

<sup>(125)</sup> Michael LEGG, *Indigenous Australians and International Law, Racial Discrimination, Genocide and Reparations*, en « Berkeley Journal of International Law », 29 (2002), 2, pp. 387-435; A. Dirk MOSES, *Moving the Genocide Debate Beyond the History Wars*, en « Australian Journal of Politics and History », 54 (2008), 2, pp. 248-270; Norbert FINZSCH, 'The aborigines... were never annihilated, and still they are becoming extinct': *Settler Imperialism and Genocide in Nineteenth-century America and Australia*, en *Empire, Colony, Genocide: Conquest, Occupation, and Subaltern Resistance in World History*, ed. A.D. Moses, Nueva York, Berghahn, 2008, cap. 11; B. CLAVERO, *¿Es que no hubo genocidio en las Américas? (A propósito de la historiografía sobre 'settler genocide', comparativamente)*, en « Quaderni fiorentini », 47 (2018), pp. 647-687, incluyendo el caso australiano. Australia tiene prestada ratificación a los dos instrumentos internacionales pertinentes, Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y Estatuto de la Corte Penal Internacional, aun entre prevenciones: Shirley SCOTT, *Why Wasn't Genocide a Crime in Australia? Accounting for the Half-century Delay in Australia Implementing the Genocide Convention*, en « Australian Journal of Human Rights », 10 (2004), 2, pp. 159-178. La resistencia colonialista operaba contra la prevención y sanción del genocidio aunque se ratificase la Convención: Karen E. SMITH, *Genocide and the Europeans*, Cambridge, CUP, 2010, p. 43.

<sup>(126)</sup> Respecto al territorio emblemático del *Black-Free Country*, Benjamin MADLEY, *From Terror to Genocide: Britain's Tasmanian Penal Colony and Australia's History Wars*, en « Journal of British Studies », 47 (2008), 1, pp. 77-106; Tom LAWSON, *The Last Man: A British Genocide in Tasmania*, Londres, I.B. Tauris, 2014; Jesse SHIPWAY, *The Memory of Genocide in Tasmania, 1803-2013: Scars on the Archive*, Londres, PMac, 2017. Hay novela histórica sobre el genocidio en Tasmania: MCKINNON, *Terra Nullius*, cit.

<sup>(127)</sup> La aseveración de P. WOLFE, *Settler Colonialism and the Elimination of the Native*, en « Journal of Genocide Research », 8 (2006), 4, pp. 387-409, en el sentido de que el « settler colonialism is inherently eliminatory but not invariably genocidal » (p. 387) ha catalizado la investigación y la reflexión sobre el nexo entre colonialismo y genocidio; ID., *Race and the Trace of History: For Henry Reynolds*, en *Studies in Settler Colonialism: Politics, Identity and Culture*, eds. Fiona Bateman y Lionel Pilkington,

el mismo derecho, un derecho que en el caso se llama *common law* o también de gentes e internacional, otros nombres para genocidios, u otro disfraz que los encubre más bien <sup>(128)</sup>.

En sí, el mismo concepto de *terra nullius* ya comete el genocidio virtual, la supresión potencial de la humanidad indígena. ¿De *terra nullius* ha sido entonces la historia? ¿Con *terra nullius* comienza y sin *terra nullius* concluye? Según lo visto, la historia de *terra nullius* puede ser tan incierta como el resultado de *terra nullius* es sin duda cierto <sup>(129)</sup>. Hay y no hay *terra australis nullius*. Con o sin ella, se tendría una historia en todo caso necesaria para la recuperación de derecho indígena, una historia entonces contra la historia <sup>(130)</sup>. Sin ella como con ella, el caso *Mabo* significa, dentro y fuera de Australia, más, mucho más, de lo que la sentencia contiene.

---

Londres, PMac, 2011, cap. 17, con otra entrada de antología: « The term *postcolonial* does not have a good name among Indigenous scholars. The problem lies, of course, in the *post*. Indigenous people's colonizers never went home. National independence only deepened the settlers' stranglehold on their lives » (p. 272). Patrick Wolfe fue antropólogo e historiador australiano. Para registro historiográfico, CLAVERO, *Europa y su diáspora*, cit., cap. 1.

<sup>(128)</sup> Jarigga meenya bomunggur, « El olor del blanco mata », es proverbio aborígen bastante citado desde que lo registrara Daisy BATES, *The Passing of the Aborigines: A Lifetime spent among the Natives of Australia* (1938), Oxford, Benediction Classics, 2010, p. 82 (no dice de qué lengua, quizás nyungar).

<sup>(129)</sup> Para un caso tan flagrante como descuidado por las Américas, el de Paraguay como *Terra Nullius*, CLAVERO, ¿Hay genocidios cotidianos?, cit., pp. 215-218. Y véasele, aun sin el empleo del término, en el informe de 2010 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, bien representativo de tiempos *pos-terra nullius*.

<sup>(130)</sup> Chris HEALY, *From the Ruins of Colonialism: History as Social Memory*, Melbourne, CUP, 1997; D. RITTER, *No Title Without History*, en *Through a Smoky Mirror: History and Native Title*, eds. Mandy Paul y Geoffrey Gray, Canberra, Aboriginal Studies Press, 2002, pp. 81-92; Elizabeth A. POVINELLI, *The Cunning of Recognition: Indigenous Alterities and the Making of Australian Multiculturalism*, Durham, DUP, 2002; A. McGRATH, *History and land rights*, en *Proof and Truth: The Humanist as Expert*, eds. Iain McCalman e Ead., Canberra, Australian Academy of the Humanities, 2003, pp. 233-250; B. BUCHAN y Mary HEATH, *Savagery and Civilization: From 'Terra Nullius' to the 'Tide of History'*, en « Ethnicities », 6 (2006), 1, pp. 5-26; James F. WEINER, *History, oral history, and memoriation in native title*, en *The Social Effects of Native Title: Recognition, Translation, Coexistence*, eds. Benjamin R. Smith y Frances Morphy, Canberra, ANUP, 2007, pp. 215-222; BUCHAN, *Empire of Political Thought*, cit., pp. 142-145; CURTHOYS,

Frente a su propio tenor, por la forma como se le recibe, puede marcar un horizonte de esperanza <sup>(131)</sup>. *Terra nullius* resulta un mito con fuerza por sí mismo. Lo efectivamente incierto puede ser virtualmente cierto. No es caso único <sup>(132)</sup>. Cabe que una historia irreal de presente lo sea premonitoria de futuro. Y no nos llamemos a engaño. La historia de *terra nullius* no ha concluido. Sigue incluso también siendo, dependiendo del contexto, baza colonial <sup>(133)</sup>.

Hay consecuencias para la historia del derecho internacional. El derecho de gentes y su prosecución bajo este otro nombre no representan órdenes autónomos, sino subsidiarios del proyecto de imposición de la supuesta civilización frente a la presunta barbarie. No es sólo que el colonialismo lo condicione. Lo constituye. Principios como el de *terra nullius* o el de *uti possidetis*, cuales propios de un orden histórico que habría evolucionado hasta superarlos, encubren la historia de un colonialismo que operaba sin necesidad de andar siempre formalizando sus acciones como conducta atendida o incluso debida a derecho. Si lo hacía era más por definirse las relaciones entre colonizadores, dada la competición entre potencias coloniales, que con el colonizado <sup>(134)</sup>. El genocidio es piedra de toque. Se admitía por el derecho como una forma plausible de

---

GENOVESE y REILLY, *Rights and Redemption*, cit., cap. 3: *Native title: Proof and historical evidence*.

<sup>(131)</sup> Sundhya PAHUJA, *Letters from Bandung: Encounters with Another International Law*, en *Bandung, Global History, and International Law: Critical Past and Pending Futures*, eds. Luis Eslava, Michael Fakhri y Vasuki Nesiah, Cambridge, CUP, 2017, pp. 552-573 (557), sobre *terra nullius* ahora como la *tabula rasa* legada por el colonialismo, así útil para ponerlo de manifiesto.

<sup>(132)</sup> Sobre los *mitos* de signo opuesto de Westfalia y de Bandung, L. ESLAVA, M. FAKHRI y V. NESIAH, *The Spirit of Bandung*, en *Bandung, Global History, and International Law*, cit., pp. 3-32 (15-17).

<sup>(133)</sup> L. VERACINI, *The Settler Colonial Present*, Nueva York, PMac, 2015, pp. 62-94; BHANDAR, *Colonial Lives of Property*, cit., cap. 3; Alexander KEDAR, Ahmad AMARA y Oren YIFTACHEL, *Emptied Lands: A Legal Geography of Bedouin Rights in the Negev*, Stanford, StUP, 2018, introducción: '*Terra nullius*' in Zion?, cap. 4: *Formulating the Dead Negev Doctrine During the Israeli Period*; p. 9: « *Terra nullius* is obviously more than a legal concept. It is a frame of mind typifying settler societies », como la de Israel.

<sup>(134)</sup> Patricia SEED, *Ceremonies of Possession in Europe's Conquest of the New World, 1492-1640*; Cambridge Mass., CUP, 1995, cap. 3: *The Requirement: A Protocol for Conquest*, donde además, sintomáticamente, *terra nullius* como comparece es concluyendo (p. 183) a guisa de ejemplo de latinajo usado por el lenguaje jurídico; EAD.,

sujeción de gentes no europeas <sup>(135)</sup>. Sólo como satélite de la polaridad civilización-barbaries o, dicho de otra forma, como instrumento eventual, ni siquiera necesario, del colonialismo <sup>(136)</sup>, cabe abordar la historia de este derecho con visos de percepción y posibilidades de explicación. Pasos se están dando en la dirección <sup>(137)</sup>. La cuestión de fondo es que, tras una historia de colonialismo genocida de responsabilidad europea, no hay un derecho internacional que sitúe en pie de igualdad a los pueblos y gentes de la humanidad <sup>(138)</sup>.

Algo equivalente cabe decir respecto a la historiografía constitucional. La historia constituyente de Australia no es la que conduce a la Constitución de 1901, sino la del colonialismo que ésta consolida, ampara y enquistas. Constituyente es el estrato de pasado

*American Pentimento: The Invention of Indians and the Pursuit of Riches*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2001, pp. 155-156 y, con referencia a *Mabo*, 165.

<sup>(135)</sup> CLAVERO, *¿Es que no hubo genocidio en las Américas?*, cit., ep. 7: *Presente con genocidio, pasado sin genocidio: derecho internacional y derecho de gentes*.

<sup>(136)</sup> Para ejemplo de una visión relativamente distinta y más usual en la historiografía que se ocupa del asunto, Lindsay G. ROBERTSON, *Conquest by Law: How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands*, Nueva York, OUP, 2005. También por mi parte, B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, Robbins Collection, 2005. En el otro extremo, como si el dominio colonial directo hubiera sido ajeno al derecho, Sven BECKERT, *Empire of Cotton: A Global History* (2014), Nueva York, Vintage, 2015, p. 38 para la distinción entre lo interior y lo exterior al orden jurídico.

<sup>(137)</sup> ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, cit.; D. ARMITAGE, *The Foundations of Modern International Law*, Cambridge, CUP, 2013; L. BENTON y L. FORD, *Rage for Order: The British Empire and the Origins of International Law, 1800-1850*, Cambridge Mass., HUP, 2016; A. ANGHIE, M. KOSKENNIEMI y Anne OXFORD, *Imperialismo y derecho internacional: historia y legado*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2016, y su presentación, pp. 11-93; L. ESLAVA, Liliana OBREGÓN y René URUEÑA, *Imperialismo(s) y derecho(s) internacional(es): ayer y hoy; International Law and Empire: Historical Explorations*, eds. M. Koskenniemi, Walter Rech y Manuel Jiménez Fonseca, Oxford, OUP, 2017; Andrea BIANCHI, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford, OUP, 2016, cap. 10, ep. *The Emergence of TWAIL II*.

<sup>(138)</sup> Paul KEAL, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*, Cambridge, CUP, 2003; PEARCEY, *The Exclusions of Civilization*, cit.; Charles W. MILLS, *Black Rights / White Wrongs: The Critique of Racial Liberalism*, Nueva York, OUP, 2017, cap. 10: *The Whiteness of Political Philosophy*.

que cementa presente. El caso de Australia no es exclusivo al efecto <sup>(139)</sup>. Ya se sabe que « Constitutions — at least in the lawyer's sense of the term — constitute less in practice than in theory » <sup>(140)</sup>. Constituyente es incluso la depuración demográfica de la pretérita *White Australia Policy*. El genocidio es, debe ser, parte integrante de unas y otras historias especializadas, de la del derecho tanto internacional como constitucional.

### 5.2. *La historia redentora y los límites culturales de la historiografía profesional.*

¿Qué historias jurídicas, con todo, necesitamos? No basta con la historiografía crítica a uso académico. Hace falta también, con tanta iniquidad y tanta ceguera como se arrastran, *redemptive history*, historia redentora que ha de ser local antes que global. Ha de incluir tradición oral con su propio patrimonio de ficciones, elaboradas o primarias, locales siempre de entrada aun siendo de interés ultralocal, dígase internacional <sup>(141)</sup>. Para la historiografía profesional la oralidad es más que mero complemento pues cuestiona la

---

<sup>(139)</sup> B. CLAVERO, *Constitucionalismo y colonialismo en las Américas: El paradigma perdido en la historia constitucional*, en « Revista de Historia del Derecho », 53 (2017), pp. 23-39.

<sup>(140)</sup> Harry W. ARTHURS, *Governing the Canadian State: The Constitution in an Era of Globalization, Neo-Liberalism, Populism, Decentralization and Judicial Activism*, en « Constitutional Forum », 13 (2003), 1, pp. 16-23 (16), con desarrollo también interesante para el caso de Australia.

<sup>(141)</sup> CURTHOYS, GENOVESE y REILLY, *Rights and Redemption*, cit., caps. 5 y 6, dedicados a casos sobre genocidio y sobre las *stolen generations*, las generaciones robadas por políticas públicas de secuestro e internamiento de infancia y adolescencia para hacerles perder su cultura, lo cual también constituye de por sí tal crimen conforme al derecho penal internacional: *Genocide and Settler Society: Frontier Violence and Stolen Indigenous Children in Australian History*, ed. A.D. Moses, Nueva York, Berghahn, 2004. Con sus efectos arranca COLEMAN, *Terra Nullius*, cit., p. 8: « Nothing remained of the time before they gave him a new religion, a new language, a broken degenerate version of the Settler tongue he could never learn to speak well enough. [...] From the school he was sent to a house to be a servant, so long given orders, so long without freedom of action that he had almost forgotten who he was. [...] I belong somewhere, I had a family once, I have a family who misses me », pensó; p. 217: « Stealing everything, that is just good government », robar no solo tierra y recursos, sino hasta generaciones. Y no solo afectaba a infancia: Aidan FORTH, *Barbed-Wire Imperialism: Britain's Empire*

suficiencia de sus presupuestos y sus métodos <sup>(142)</sup>. La historia oral encierra por sí sola la capacidad de poner en entredicho la misma condición de autoridad de la representación histórica como profesión <sup>(143)</sup>. Puede comenzar por ser una forma de representarse a sí misma una humanidad sometida al prejuicio y el sesgo de las representaciones ajenas como, sin ir más lejos, sea hoy el caso de la humanidad de condición indígena <sup>(144)</sup>.

La ficción además no es exclusiva de nadie. Todo documento,

of *Camps, 1876-1903*, Berkeley, University of California Press, 2017, con referencias al caso de indígenas en Australia.

<sup>(142)</sup> M. HOKARI, *Reading oral histories from the pastoral frontier: A critical revision*, en «Journal of Australian Studies», 72 (2002), pp. 21-28; ATTWOOD, *Telling the Truth about Aboriginal History*, cit., pp. 42-48; en p. 45: «Aboriginal people have told their own histories and those of their own families and kin, and they have done so for their own people. [...] Consequently, a question of authorship and authority — of who could, would and should do Aboriginal history — became a critical one. [...] Aboriginal spokespersons have argued that the problem lies not in the fact that their past has continued to be represented by settler historians, but in how they do this and what authority they claim for their knowledge». Sobre *stolen generations* con apreciación del valor específico del testimonio, Diane MOLLOY, *Cultural Memory and Literature: Re-Imagining Australian Past*, Leiden, Brill, 2015, pp. 73-83.

<sup>(143)</sup> M. HOKARI, *Gurindji Journey: A Japanese Historian in the Outback*, Sidney, UNSWP, 2011 (prefero el título original de la tesis doctoral, de 2001: *Cross-culturalising history: Journey to the Gurindji way of historical practice*; gurindji es un pueblo aborigen del noroeste de Australia), pp. 35-36: «Who is an historian? If, instead of only us academic historians collecting the stories of informants, we were to consider the informants themselves to be historians, what kind of historical practice might they be engaged in? [...] What happens is that it (oral history) calls into question what history itself is». Minoru Hokari no deja de acusar las limitaciones del planteamiento académico representado por Paul THOMPSON, *The Voice of the Past: Oral History* (1978), edn. revisada, Oxford, OUP, 2017.

<sup>(144)</sup> Marcia LANGTON, *Aboriginal art and film: the politics of representation*, en *Blacklines: Contemporary Critical Writings by Indigenous Australians*, ed. Michele Grossman, Melbourne, MelUP, 2003, cap. 9; Kylie SOLONEC, *Shifting Representation of Aboriginality in Australian Cinema: Re-Presenting from an Anti-Colonial Perspective*, Joondalup, Edith Cowan University Research Online, 2005, p. 8: «Representing yourself challenges the representations that are imposed upon you by others». La polémica provocada por Elisabeth BURGOS, *Me llamo Rigoberta Menchú y así me nació la conciencia*, La Habana, Casa de las Américas, 1983, mostró cómo momentos de ficción pueden servir al testimonio. Para un cierto equivalente más elaborado y menos incisivo, Marilyn LAKE, *Faith: Faith Bandler, Gentle Activist*, Sidney, Allen and Unwin, 2002 (cap. 7: *The 1967 referendum*, del que Faith Bandler fue una promotora).

como toda tradición, es de parte. Sus mismos procesos de producción y conservación responden, aparte el azar, a intereses determinados. Toda historia selecciona fuentes o testimonios. Todo archivo está de por sí sesgado, ya no digamos el producido por el colonialismo <sup>(145)</sup>. Nuestros conocimientos de historia nunca son totales, sino *as if*, « como si », basándose en abstracciones o presuposiciones aunque de este modo condicionado no suelen desde luego percibirse <sup>(146)</sup>. Y opera un trasfondo de presente conformando siempre la percepción del pasado <sup>(147)</sup>. Frente a esto, para control, cuando menos, de la propia subjetividad, a fin de neutralizar la contaminación producida por quienes investigamos, se precisan autolocalización e interacción, unos requisitos más caracterizadamente antropo-

---

<sup>(145)</sup> Linda Tuhiwai SMITH, *Decolonising Methodologies: Research and Indigenous Peoples*, Dunedin, University of Otago Press, 1999; Steven J. HEMMING, *Taming the Colonial Archive: History, Native Title and Colonialism*, en *Through a Smoky Mirror*, cit., pp. 49-64; *Handbook of Critical and Indigenous Mythologies*, eds. Norman K. Denzin, Yvonna S. Lincoln y L.T. Smith, Los Angeles, Sage, 2008; Ian COBAIN, *The History Thieves: Secrets, Lies and the Shaping of a Modern Nation*, Londres, Portobello, 2016; Trish LUKER, *Decolonising Archives: Indigenous Challenges to Record Keeping in 'Reconciling' Settler Colonial States*, en « Australian Feminist Studies », 91-92 (2017), *Archives and New Modes of Feminist Research*, pp. 108-125; Victoria HASKINS, *Decolonizing the archives: a transnational perspective*, en *Sources and Methods in the History of Colonialism: Approaching the Imperial Archive*, eds. Kirsty Reid y Fiona Paisley, Londres, Routledge, 2017, cap. 3.

<sup>(146)</sup> A efectos más generales o, mejor dicho, más descontextualizadamente teóricos, Kwame Anthony APPIAH, *As If: Idealization and Ideals*, Cambridge Mass., HUP, 2017. El motivo del « as if » se ha hecho presente en la literatura jurídica en sede de ficciones como vía doctrinal para adaptación de derecho irrealista, no a efectos epistemológicos: Geoffrey SAMUEL, *Is Law a Fiction?*, en *Legal Fictions in Theory and Practice*, eds. Maksymilian Del Mar y William Twining, Londres, Springer, 2015, cap. 3.

<sup>(147)</sup> Tengo para mí que sí, por ejemplo, el ciudadano australiano Henry Reynolds hubiera sido de entera descendencia aborígen (pues alguna ha descubierto que tiene), no habría pasado, con toda su acreditada honestidad, del estudio solvente de los hechos a la negación problemática de la responsabilidad: H. REYNOLDS, *The Other Side of the Frontier: Aboriginal resistance to the European invasion of Australia* (1981), con nueva introducción, Sidney, UNSWP, 2006; ID., *An Indelible Stain?*, cit. Sobre el descubrimiento de « Aboriginal ancestry », algo « taboo » para la memoria familiar de su parte paterna, ID., *Nowhere People*, Camberwell, Penguin, 2005, prólogo: *Family Secrets: Secrets and Silences*, y posescrito: *Family Secrets: Research and Revelation*.

lógicos que historiográficos <sup>(148)</sup>. Cuando más, tales prevenciones permiten la extensión del control a aquellas ficciones *as if* por contraste en la interactividad o concienciación en el autoanálisis. La interdisciplinariedad académica, entre congéneres, no afronta estos requerimientos. Se trata de otra agenda, la profesional consabida <sup>(149)</sup>.

Las historias, unas y otras, no tienen por qué ser de distinto género. No tiene por qué ser menos crítica la no documentada o incluso la no documentable. Hay muy diversas formas de análisis crítico. Y puede haber integración. Porque a la postre no son tan diferentes, literatura o narraciones de ficción e historiografía de archivo pueden confluír de fondo y no sólo de forma revelando ante todo la pluralidad en presencia <sup>(150)</sup>. En nuestro escenario, entre palabra y documento, oralidad y escritura, no se trata de hacer una historia de Australia que comprenda a los pueblos indígenas, sino las historias en plural de cada colectividad más la historia en singular que sea común o, dicho de otro modo, las antropologías, inclusive las de no-indígenas, antes que la historiografía que interese al

---

<sup>(148)</sup> A. CURTHOYS y John DOCKER, *Is History Fiction?*, Sidney, UNSWP, 2006, p. 232: « where evidence is sparse and partial, our moral sympathies, political understanding, and cultural assumptions all affect what we judge as likely to be true »; *Indigenous Studies and Engaged Anthropology: The Collaborative Moment*, ed. Paul Sillitoe, Nueva York, Routledge, 2015; *Sources and Methods in Indigenous Studies*, eds. Chris Andersen y Jean M. O'Brien, Londres, Routledge, 2017, introducción de los editores: *Indigenous Studies: An appeal for methodological promiscuity*; PAHUJA, *Letters from Bandung*, cit., p. 573, inclusive la última nota, autolocalizándose responsablemente entre Australia, la India y Gran Bretaña.

<sup>(149)</sup> Julie Thompson KLEIN y Robert FRODEMAN, *Interdisciplining Humanities: A Historical Overview*, en *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity* (2010), eds. los mismos y Roberto C.S. Pacheco, edn. actualizada, Oxford, OUP, 2017, cap. 11. Incluso para algo en teoría tan dislocalizado hoy como el derecho internacional requiere ahora autolocalización de su doctrina M. KOSKENNIEMI, *Foreword* a Anthea ROBERTS, *Is International Law International?*, Nueva York, OUP, 2017, pp. XIII-XVI.

<sup>(150)</sup> CURTHOYS y DOCKER, *Is History Fiction?*, cit., p. 2: « our interest in history's literary aspects — constituted through language, narrative, metaphor, rhetoric, and allegory — and the connection we see between questions of literary form and the desire for historical truth », sobre confluencia de forma, pero relacionada de fondo como ilustra particularmente su cap. 3: *Leopold von Ranke and Sir Walter Scott*, el historiador y el autor de novela histórica por antonomasia comparados de forma que no acredita la creencia de que el primero es quien ofrece una visión más solvente del pasado.

conjunto <sup>(151)</sup>. La responsabilidad social de la academia es lo que requeriría.

No es ésta desde luego la forma como suelen barajarse esas agencias y en especial las que se presentan como historiográficas. Se mira más a la distinción y, con ello, menos a la confluencia. Como mucho, se piensa en la referida interdiscipliniedad desde el mismo supuesto de las distinciones disciplinares que excluyen por completo las prácticas consideradas indisciplinadas. De entrada se tiende a distinguir precisamente para adoptarse, mediante la contraposición, precauciones, como si sólo una « *juridical history* » o historia forense, la que mira ante todo a justicia, a reclamarla o a servirla con su necesaria dosis de oralidad, corriera el peligro de caer en el reduccionismo de una « *instrumental presentist perspective* », de un utilitarismo jurídico, político, económico o de otra índole <sup>(152)</sup>. ¿No hay, empero, un fondo de presentismo en toda historiografía?

En la propia historiografía que mira inmediatamente a un objetivo de justicia ha podido también distinguirse entre aquella que mira « *to establish a legal mechanism for reparations* » y otra que persigue desvelar « *the normative features of international law in need of critique for revision* ». ¿Hay que optar? ¿No pueden integrarse, sin hipotecas, en una sola, local y global? ¿No se benefician mutuamente con la integración? <sup>(153)</sup>. La misma historia

<sup>(151)</sup> Gahssan HAGE, *White Nation: Fantasies of white supremacy in a multicultural society*, Melbourne, Pluto Press, 1998, respecto a la fantasía actual de una nación australiana multicultural inclusiva; HOKARI, *Anti-Minorities History*, cit., como proyecto, frustrado por la muerte prematura del autor, de emancipar de la historiografía australiana las historias indígenas y las de otras mal llamadas minorías.

<sup>(152)</sup> P.G. MCHUGH, *The Common-Law Status of Colonies and Aboriginal 'Rights': How Lawyers and Historians Treat the Past*, en « *Saskatchewan Law Review* », 61 (1998), pp. 393-429; RAY, *Aboriginal Rights Claims and the Making and Remaking of History*, cit., pns. 4350 (« *Is claims research more suspect than scholarly research? Has the claims process encouraged innovative research?* »), 4369, 4373 (« *there is no question that it — claims research — has had a number of positive effects in the realm of aboriginal rights and scholarship regarding native peoples* ») y 4391 (« *Claims research has also had a cumulative impact on the development of aboriginal rights law* »).

<sup>(153)</sup> John LINARELLI, Margot E. SALOMON y M. SORNARAJAH, *The Misery of International Law: Confrontations with Injustice in the Global Economy*, Oxford, OUP, 2018, p. 7, formulando la distinción a fin de optar por el segundo tipo de historia, esto

indocumentable que busca justicia puede aportar orientación y conocimiento por encima y hasta a la contra de la documentada o, dicho de otra forma, de la profesionalmente académica <sup>(154)</sup>. Hay mucho pendiente para la historia, tantas cosas perdidas por la vieja función de blanqueo de la historiografía todavía imperante <sup>(155)</sup>. Mas la historia, afortunadamente, no sólo la figura la historiografía de profesión.

Pese a la historia profesional, *Terra Nullius*, con la doble mayúscula, puede ser hoy un motivo de afirmación indígena. Hay quien argumenta que la defensa de derecho indígena necesita de la *terra nullius* como término identificativo de contraposición <sup>(156)</sup>. *Terra Nullius* parece que fuera el nombre indígena de Australia ahora que justamente se fomenta la recuperación de patronímicos y toponímicos, lo que tiene su vertiente práctica: la toponimia en lengua indígena prueba relación del pueblo correspondiente con la tierra respectiva y la patronimia puede hacer también referencia a lugares de pertenencia <sup>(157)</sup>. El continente australiano carece de

---

es, por la justicia global como si pudiera independizarse a efectos prácticos de la justicia respecto a los sujetos afectados; y p. 146 para registro de *terra nullius* como mecanismo colonial con referencia explícita al caso *Mabo*.

<sup>(154)</sup> ATTWOOD, *Telling the Truth about Aboriginal History*, cit., p. 158: « How does one relate a past that was only partially registered at the time it occurred because of its very nature? [...] How should we respond to alternative ways of relating the past, such as myth, given that they have different regimes of knowledge and so have ways of realising truth that diverge from those championed traditionally by academic history? [...] Are new forms of history-telling required in order to include Aboriginal voices or perspectives that do not meet the discipline's traditional requirements regarding evidence? ».

<sup>(155)</sup> *Lost in the Whitewash*, cit.; *Whitewash: On Keith Windschuttel*, cit.

<sup>(156)</sup> VERACINI, *Terra nullius and the 'history wars'*, post cit. (« *Terra nullius* and native title are so dialectically intertwined that they conceptually need each other: while *terra nullius* identifies native title so that it can be denied, native title establishes *terra nullius* so that it can be discontinued »). Ya hemos visto que la jurisprudencia australiana había hecho uso de este mismo argumento con la intención contraria de negar el título indígena.

<sup>(157)</sup> *The Land is a Map: Placenames of Indigenous Origins in Australia* (2002), eds. Luise Hercus, Flavia Hodges y Jane Simpson, 2009, *Appendix: Committee for Geographical Names in Australia, Guidelines for the Recording and Use of Aboriginal and Torres Strait Islander Placenames; Aboriginal Placenames: Naming and Re-Naming the Australian Landscape*, eds. Harold Koch y L. Hercus, Canberra, ANUP, 2009; Nick

denominación originaria en curso. La que tiene es sobrevenida por efecto de la invasión. Australia es nombre colonial en la medida en la que mantiene a Europa como término geográfico de referencia ubicando un norte sobre un sur. Y para nombre colonial, Queensland. Ni la geografía es inocente <sup>(158)</sup>. La descriptiva puede resultar normativa. Nueva Zelanda, otra denominación colonial donde las haya, lo tiene también y antes indígena, Aotearoa, en maorí. La misma América lo está adoptando, Abya Yala, en kuna <sup>(159)</sup>. En Australia hay un vacío de denominación propia que podría algún día llegar a colmar, con toda su brutal contradicción, *Terra Nullius* como nombre del continente e islas anexas.

No es el primer caso en el que una apelación peyorativa se asume con orgullo por quienes han sido sus víctimas revirtiendo en redondo su implicación de negativa a positiva <sup>(160)</sup>. Así está al menos procediendo alguna literatura de ficción, lo cual significa que pudiera tener también su valor para la historia, para una historia de

---

PAPER, *Saltwater Placenames around Mer in the Torres Strait*, en *Indigenous and Minorities Place Names: Australian and International Perspectives*, eds. Ian D. Clark, L. Hercus y Laura Kostanski, Canberra, ANUP, 2014, cap. 9.

<sup>(158)</sup> MOLLOY, *Cultural Memory and Literature*, cit., p. 17: « In Australia, land operates as *lieux de mémoire* for Aboriginal and White Australians. *Terra nullius* began as a legal concept, but over time, along with land and landscape, the concept has acquired ‘a fictive dimension’ that enabled particular physical spaces to become memory spaces »; « land [...] is a palimpsest ».

<sup>(159)</sup> Aotearoa ya lo hemos visto aparecer en alguna cita como otro nombre de Nueva Zelanda, el primero o el segundo según perspectiva más, menos o nada indígena. Tomándosele un tanto en vano, pero bastante menos de lo que el título podría hacer sospechar, *Magna Carta and New Zealand: History, Politics and Law in Aotearoa*, eds. Stephen Winter y Chris Jones, Londres, PMac, 2017. Adoptando un nombre ciertamente menos establecido, pues el kuna es lengua mucho más localizada en relación a todo el continente, B. CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala, Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. Se usa también, como indígena, el nombre de *Turtle Island* (en seneca, *Obwehno-Habnuwab*), pero éste sólo se refiere a América del Norte.

<sup>(160)</sup> Como la asunción de *Indian* en Estados Unidos: Joane NAGEL, *American Indian Ethnic Renewal: Red Power and the Resurgence of Identity and Culture*, Nueva York, OUP, 1996; David E. WILKINS y Heidi Kiiwetinepinesiiik STARK, *American Indian Politics and the American Political System* (2001), Lanham, Rowman and Littlefield, 2017.

presente <sup>(161)</sup>. Ofrece en efecto ese brutal contraste para poner ante la vista una presencia humana primera, una presencia con un primer derecho, un derecho anterior al *common law* británico y a la Commonwealth australiana. Ayuda a generar memoria no meramente conmemorativa, sino seriamente reivindicativa. Contribuye a la realización de un derecho a la verdad, esto es a la averiguación que pueda conducir a la justicia <sup>(162)</sup>. Puede responder al mismo propósito tanto el repudio como la apropiación de *terra nullius*. Una y otra historia encierran su valor por contradictorias que parezcan.

A veces una historia indocumentable, como la que da por sentada la fuerza pretérita de *terra nullius*, se yuxtapone con fuerza a la historia documentada, como la que hace la constatación de que no es tanto el papel de *terra nullius*. Dado el caso, no hay por qué optar. Cada una cumple su función. Una se guía por la justicia; la otra, por la crítica. Al derecho interesan ambas. Y el derecho importa más que la historiografía; el presente más que el pasado. Todas las historias caben. Puede hacerlo incluso la *junk history*, la

---

<sup>(161)</sup> COLEMAN, *Terra Nullius*, cit., p. 290: « This novel is a work of pure fiction yet it was influenced both shallowly and deeply by Indigenous Australian survival narratives », registrando referencias de obras que le han inspirado de autores indígenas, Sally Morgan, Kim Scott, Doris Pilkington Garimara y Banjo Woornmurra; Id., *When we encountered the nomads*, en « Meanjin », 76 (2017), 4, pp. 88-94. Para otra novelista australiana aborigen, profesora e investigadora de formación jurídica además, ya citada como tal, que recurre al tópico de la *terra nullius* en su misma obra de ficción, L. BEHRENDT, *Home* (2004) y, con el argumento referido de su persistencia « sicológica » hasta hoy, *Legacy* (2009); EAD., *Finding Eliza: Power and Colonial Storytelling*, St. Lucia, UQP, 2016. Autora en cambio no indígena, VISCIGLIO VECCHIO, *Terra Nullius*, cit., expone en su primer relato, el que da título a la colección, la otra perspectiva, la de unos colonos que llegan a mediados del siglo XIX: « Why aren't they here, then? Because we're here, that's why », ellos indígenas y nosotros invasores (edn. electrónica, pns. 67-68).

<sup>(162)</sup> SHARP, *Saltwater People*, cit., cap. 3: *Seascape and Memory*, epígrafe 'Terra Nullius' and the denial of memory; cap. 9: *Waves of Memory: Power and Memory in the Torres Strait*; ATTWOOD, *Telling the Truth about Aboriginal History*, cit., caps. 9 y 10; *Rethinking settler colonialism: History and memory in Australia, Canada, Aotearoa New Zealand and South Africa*, ed. Annie E. Coombes, Manchester, ManUP, 2006; *Passionate Histories: Myth, Memory and Indigenous Australia*, eds. Frances Peters-Little, A. Curthoys y J. Docker, Canberra, ANUP, 2010; N. SHARP, *Burying genocide: Official remembrance and reconciliation in Australia*, en *Remembering Genocide*, eds. Nigel Eltringham y Pam Maclean, Londres, Routledge, 2014, cap. 9.

historiografía basura, la que se pretende ciencia y es política sectaria, pues la colación del resto puede controlarla <sup>(163)</sup>. También existe la *junk justice*, la jurisprudencia chatarra, planteándonos la misma necesidad del ejercicio continuo del contraste. Lo propio se diga para una *junk anthropology*, una antropología bazofia como la que en juicio encubre colusión de parte con peritaje de profesión <sup>(164)</sup>. Por no hablar de la *junk fiction*, literatura excrecencia, producto destilado y hasta exquisito del supremacismo de raíz europea <sup>(165)</sup>.

---

<sup>(163)</sup> Peter W. HUBER, *Galileo's Revenge: Junk Science in the Court Room*, Nueva York, Basic Boons, 1991; Gary EDMOND y MERCER, *Keeping 'Junk' History, Philosophy and Sociology of Science out of the Courtroom: Problems with the Reception of 'Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.'*, en « University of New South Wales Law Review », 20 (1997), 1, pp. 48-100. Mas hemos visto que CONNOR, *The Invention of Terra Nullius*, cit., ha podido contribuir a la incitación de una revisión historiográfica.

<sup>(164)</sup> BURKE, *Law's Anthropology*, cit., p. 21: « The unmasking of the pretensions of the science becomes the unmasking of the authority of the judge. The judge who puts his faith in ideal images of science has no cloths », debiendo comprenderse en *ciencia* por supuesto la presunta del derecho, pues puede además que « the law's uncritical ideas of science », de la ciencia más propiamente dicha, resulte « a concealment of its own jealous guarding of the power of courts to declare what counts as science for the purpose of law »; p. 22: « will anthropological research for claims be rejected as *junk anthropology*? »; cap. 8: *Apocalypse 'Yulara'? The emergence of a judicial discourse of 'junk' anthropology*.

<sup>(165)</sup> Podría incluirse hasta a un premio Nobel (2003): Derek ATTRIDGE, *Age of Bronze, State of Grace: Music and Dogs in Coetzee's 'Disgrace'*, en « Novel: A Forum on Fiction », 34 (2000), 1, pp. 98-121; más deferente, Rosemary JOLLY, *Going to the Dogs: Humanity in J.M. Coetzee's 'Disgrace', 'The Lives of Animals', and South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, en *J.M. Coetzee and the Idea of the Public Intellectual*, ed. Jane Poyner, Athens, Ohio University Press, 2006, pp. 148-171. J.M. Coetzee emigró de su Sudáfrica natal a Australia (2002), nacionalizándose australiano (2006); su primera novela posapartheid, *Disgrace* (1999), figura el avasallamiento de la Sudáfrica blanca por la Sudáfrica negra. En *Waiting for the Barbarians* (1980), la presencia subalterna indígena presagiaba degradación. Su causa política conocida, entre Sudáfrica y Australia, es la de denuncia, por sí mismo y por medio de su personaje Elizabeth Costello, del holocausto animal en la industria de la alimentación. Por supuesto que no apoyó el apartheid, pero se muestra tan esquivo respecto al empeño de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica como efusivo con la Australia blanca de adopción. El acomodo del racismo en la ambigüedad no se le escapa a Graham HUGGAN, *Australian Literature: Postcolonialism, Racism, Transnationalism*, Oxford, OUP, 2007, cap. 3: *Interrogating Whiteness*. La indiferencia en su momento hacia el apartheid, pese a rememoraciones literarias al cabo del tiempo, la testimonia un compañero de más que generación: Jonathan CREWE, *In the Middle of Nowhere: J.M. Coetzee in South Africa*, Lanham,

La literatura australiana indiferente a la presencia indígena ya tiene su epitafio: «There is nothing now for fiction but silence» o también salvo el recurso a una narrativa minimalista <sup>(166)</sup>. Mas todo interesa si se le ubica, inclusive el silencio o el minimalismo tan cómplices como la palabra y la prodigalidad de estilo previas.

En Australia, a partir del caso *Mabo*, se ha manifestado con fuerza la tensión entre ejercicio profesional de la historiografía y de la antropología de una parte y, de otra, la representación de la historia por parte de quienes no cuentan con más archivo que la propia remembranza colectiva. Es tensión entre lo documentado y lo indocumentable. ¿Un ejemplo? La memoria indígena registra masacres de las que nunca hubo documentación ni ahora se encuentran restos. ¿Con qué nos quedamos? ¿El criterio resolutorio ha de ser el de la historiografía profesional? ¿Merece la profesión esta confianza? El dilema no sólo interesa al conocimiento del pasado, sino también, neurálgicamente, a la política de presente, al acceso a derechos en el seno de una ciudadanía en pie de desigualdad, incluyéndose el derecho a la indagación, la memoria, la justicia y la reparación. Se habla, entre la política y la academia, de *history wars* que remueven los cimientos tanto, en lo mayor, de una identidad nacional como, en lo menor, de unas profesiones académicas. ¿A quién pertenece el pasado? <sup>(167)</sup>. Quienes se resisten a participarlo es

---

University Press of America, 2016, pp. 7-9. Equivale a la ceguera respecto a la Australia indígena.

<sup>(166)</sup> Anthony UHLMANN, *Silence and Sound in the Sentences of Gerald Murnane's 'A Million Windows'*, en «Journal of the Association for the Study of Australian Literature», 15 (2015), 1, art. 8 (p. 4). Murnane de estirpe irlandesa, y Coetzee, de descendencia neerlandesa, son autores cuyas ficciones y abstracciones sintonizan: A. UHLMANN, *Signs for the Soul*, en «Sidney Review of Books», 9 de julio de 2013.

<sup>(167)</sup> Stuart MACINTYRE y Anna CLARK, *The History Wars* (2003), *with a new afterword*, Melbourne, MelUP, 2004; COLLINS y DAVIS, *Australian Cinema after Mabo*, cit., parte I: *Australian Cinema and the History Wars*; VERACINI, *Between a 'Contested Ground' and an 'Indelible Stain'*, cit.; ID., *A Prehistory of Australia's History Wars: The Evolution of Aboriginal History during the 1970s and 1980s*, en «Australian Journal of Politics and History», 53 (2006), 2, pp. 439-454; Inga CLENDINNEN, *The History Question: Who Owns the Past?*, en «Quarterly Essay», 23 (2006), pp. 1-72; CURTHOYS y DOCKER, *Is History Fiction?*, cit., cap. 11; MOLLOY, *Cultural Memory and Literature*, cit., pp. 187-188: «The problem for Australia is that the rich legacy of memories shared by

porque tampoco están en la buena disposición de compartir el presente. Y quieren monopolizar la mediación. Se topan con preguntas incómodas <sup>(168)</sup>.

Añadamos un par: ¿tanta necesidad hay de antropología y de historiografía sobre *los otros* cuando estos otros tienen su propia voz incluso, a estas alturas, como parte, colectivamente, en juicio? ¿No seguimos funcionando como ventrílocuos quienes no somos indígenas? <sup>(169)</sup>. Hay otra: ¿por qué es la parte indígena la que ha de apechar con la carga de la prueba de su derecho mediante historiografía y antropología cuando la historiografía y la antropología lo primero que ponen en evidencia es su desposesión? <sup>(170)</sup> La Alta Corte de Australia ya sabemos que tiene a mano una respuesta desde el propio caso *Mabo*: es el tsunami de la historia, *the tide of history*, estúpido. Dicho en términos jurídicos, unos términos contrarios a la secuencia histórica: primero va el *common law*; luego, a considerable

the dominant culture stems from violent founding events that the state has legitimised ». Por identidad nacional y profesión académica se preocupa ATTWOOD, *Telling the Truth about Aboriginal History*, cit.

<sup>(168)</sup> ATTWOOD, *Telling the Truth about Aboriginal History*, cit., p. 37: « Many have interrogated historical narratives by asking questions like: Whose history is this? Who is telling this story? Whose interests are served by it? What kind of truth does this history tell? This has been apparent in a number of historical fields in Australia, but none more so than the one that came to be referred to as Aboriginal history ». Y otra pregunta incómoda más que se nos hace: « Whose international law is it? » (KOSKENNIEMI, *Foreword*, cit., p. XIV).

<sup>(169)</sup> Incluso la autora que ya sabemos más sensible para con la voz meriam, SHARP, *Stars of Tagai*, cit., no deja de ceder a la tentación académica de superponer la suya propia. Intenta corregir la superposición más resuelta de BECKETT, *Torres Strait Islanders*, cit., quien en todo caso ya había tenido ocasión de corregirse en alguna medida ante la presencia de la voz meriam en el caso *Mabo* en cuyo proceso actuó como experto: SHARP, *No Ordinary Judgment*, cit.; BURKE, *Law's Anthropology*, cit., pp. 73-82.

<sup>(170)</sup> Ya que andamos entre latinajos, respecto al de *prior in tempore, potior in iure* que se aplica precisamente entre europeos ignorándose la prioridad indígena, Richard A. EPSTEIN, *Property Rights Claims of Indigenous Populations: The View from the Common Law*, en « University of Toledo Law Review », 31 (1999-2000), 1, pp. 1-15, p. 4: « a practical monkey-wrench », « a source of irony », pues el derecho de conquista « allows the latecomer to prevail in their own courts ». Siempre tan acrílicos como representativos, FELLMETH y HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, cit., p. 229: « *Prior in tempore, potior in iure*: 'First in time, greater in right'. A maxim meaning that the law favors those who establish their rights earlier rather than later ».

distancia, el *native title*. El primero admite desde luego voz indígena <sup>(171)</sup>, lo mismo que puede aceptar título nativo, cómo no, pero para lo que no tiene cabida es para las voces de los pueblos indígenas <sup>(172)</sup>. Prevalece el *common law* con o sin *terra nullius*, con una o con otra historia que se figure, con la anterior o con la posterior al caso *Mabo*. La historiografía vale para el roto como para el descosido.

De quién es hoy la historia fue cuestión suscitada tras *Mabo* intentándose que la jurisprudencia volviera a hacer historiografía. Lo mismo que había negado la existencia de *terra nullius* debía afirmar la comisión de genocidio <sup>(173)</sup>. De parte demandante indígena se reivindicó su propia autoridad respecto tanto al pasado como al presente: « I would like the judges to keep an open mind that the victims of genocide are the experts in the facts of what has happened and how genocide is affecting them ». El pasado está presente porque lo es. La víctima bien lo sabe. El caso no prosperó, aunque hubo jueces que reconocieron « that acts of genocide were commit-

---

<sup>(171)</sup> Paul ROTH, *Indigenous Voices at Work*, en *Voices at Work: Continuity and Change in the Common Law World*, eds. Alan Bogg y Tonia Novitz, Oxford, OUP, 2014, cap. 5, se atiende al espacio documentable del trabajo legal por cuenta ajena, con explicaciones subsiguientemente de lo más primarias: « Indigenous people have lacked much of a voice in the workplace because of their low numbers in the workforce, their precarious position in it, as well as their historical concentration in the more remote parts of Australia », bien que haciendo también referencia a sus dificultades específicas en el ámbito sindical por el peso de la *White Australia policy* en este mismo mundo del trabajo (p. 105).

<sup>(172)</sup> Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, sitio oficial cit., art. 3, conforme a los artículos primeros de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos: « Indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development »; art. 38: « States, in consultation and cooperation with indigenous peoples, shall take the appropriate measures, including legislative measures, to achieve the ends of this Declaration », habiendo de comprenderse, para guardarse congruencia, en « medidas legislativas » las constitucionales. Y todo el resto de los artículos desde luego, como los citados referentes al derecho a la tierra y al territorio, mucho más que el *native title*.

<sup>(173)</sup> R. VAN KRIEKEN, *Liberalism and Civilization: between Assimilation and Cultural Genocide*, en *Grenzgängerin / Bridges between disciplines. Festschrift für Irmingard Staebble*, ed. Christiane Kraft Alsop, Heidelberg, Asanger, 2001, pp. 210-228.

ted during the colonisation of Australia »<sup>(174)</sup>. No hay sentencia que lo condene. El genocidio sigue ahí presente en la historia y ausente en el derecho. *Mabo* parece al final un espejismo, uno de esos espejismos que se prodigaron por la euroesfera en el año emblemático de 1992, cinco siglos redondos desde su inicio. El festejo pasó, no la historia, no el pasado presente.

En un volumen que, a propósito de las *history wars*, abre un interrogante sobre la ética de quienes nos dedicamos a la historiografía se pretende que una víctima colateral de dichas guerras figuradas ha sido la de unas buenas relaciones entre ficción e historia con el auge anterior de la novela histórica, juzgándosele a éste positivo sin reservas de alcance<sup>(175)</sup>. Me temo que hablamos de diversos entendimientos de la ficción, de la historia e incluso de la ética o, dicho de otra manera, que tenemos un diverso concepto de la responsabilidad moral de una tarea y de la otra, de la indagación y de la imaginación de historia, literaria o popular que la mitopoyesis resultante de esta última sea. Hay posibilidad y necesidad de integración. Al efecto, entre historia testimonial e indocumentable que responde a aspiración de justicia e historia profesional y documen-

---

<sup>(174)</sup> CURTHOYS, GENOVESE y REILLY, *Rights and Redemption*, cit., pp. 198 (palabras de Wadjularbinna Nulyarimma encabezando el capítulo 5 ya citado) y 125. Entre piezas probatorias, se presenta alguna obra de Reynolds, pero éste nunca ha admitido la comisión de genocidio en la historia de Australia, cuánto menos en su presente. Dejó bien clara esta postura a continuación: REYNOLDS, *An Indelible Stain?*, cit.

<sup>(175)</sup> I. McCALMAN, *Flirting with Fiction*, en *The Historian's Conscience: Australian Historians on the Ethics of History*, ed. S. Macintyre, Melbourne, MelUP, 2004, cap. 13. Jerome DE GROOT, *The Historical Novel*, Londres, Routledge, 2010, señala el florecimiento en Australia incluso para lectura juvenil (pp. 41 y 89), pero sin detenerse en su peculiaridad como agente performativo del orgullo masculino y colonial en sintonía con una literatura imperial británica comparativamente más datada: Angelia POON, *Enacting Englishness in the Victorian Period: Colonialism and the Politics of Performance*, Londres, Routledge, 2008; Patrick BRANTLINGER, *Victorian Literature and Postcolonial Studies*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 2009, cap. 2, epígrafe final: *Can Subalterns Speak?*, replicando, respecto a indígenas de Australia, el interrogante de Gayatri Spivak, habida cuenta de una presencia humana acreditada hasta judicialmente (p. 100: « as the Australian High Court acknowledged in 1992, Aboriginal Australia was never *terra nullius* », tierra sin gente ahora se entiende en el sentido más prosaico). En todo caso, la ética es la primera cuestión que se plantea el mismo DE GROOT, *Remaking History: The Past in Contemporary Historical Fictions*, Nueva York, Routledge, 2016.

tada que se precia de atender a crítica y de autocuestionarse así continuamente lo que se requiere es integridad, una integridad desde luego ante todo y sobre todo ética.

« It is not knowledge we lack. What is missing is the courage to understand what we know and to draw conclusions », ha podido concluirse tratándose precisamente de genocidios <sup>(176)</sup>. Hace falta menos avanzar en la investigación que hacerse cargo de las evidencias a efectos antes prácticos que académicos. La historia no es patrimonio de la historiografía ni el derecho de la jurisprudencia. No pertenecen a sus profesionales <sup>(177)</sup>. El ordenamiento es algo demasiado importante como para confiárselo a juristas. Y los derechos lo son aún más como para que sigan en manos de supremacistas. « A fact's a fact / It belongs to them / Let's give it back » <sup>(178)</sup>. Con tanta

---

<sup>(176)</sup> S. LINDQVIST, 'Exterminate All the Brutes', en *The Dead Do Not Die*, cit., libro primero, pp. 13 y, abundando, 177 (« It is not knowledge that is lacking. The educated general public has always largely known what outrages have been committed and are being committed in the name of Progress, Civilization, Socialism, Democracy, and the Market. At all times it has also been profitable to deny or suppress such knowledge ») y 180. Tanto « Exterminate all the brutes » como los « Dark places » de CLARKE, *Travel Writing from Black Australia*, cit., proceden sabidamente de la ficción real, del *Heart of the Darkness* (1898-1899) de Joseph Conrad, Józef Konrad Korzeniowski. Hay usos figurados quizá solo en comparación; así, respecto a la Organización Mundial del Comercio, M. ABÉLÈS, *Heart of Darkness: An Exploration of WTO*, en *Palaces of Hope*, cit., cap. 2.

<sup>(177)</sup> RAY, *Aboriginal Rights Claims and the Making and Remaking of History*, cit., pn. 275: « I had always thought that questions on these topics were of interest only to academics. It was not until my involvement in litigation as an expert witness that I discovered » lo contrario, algo que no tiene por qué limitarse ni al factor indígena ni a la función forense y cuyo valor se reduce drásticamente si sigue manteniéndose una visión histórica de fondo todavía complaciente con el colonialismo y el supremacismo europeos, euroamericanos y euroaustrales, como sucede en el caso, según sabemos, y como suele ocurrir, aún en mayor grado y con excepciones desiguales, en la academia tanto jurídica como no jurídica.

<sup>(178)</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=ejorQVy3m8E>: otro grupo rock australiano, MIDNIGHT OIL, *Beds Are Burning*, del álbum *Diesel and Dust*, Columbia Records, 1987. *Them* hace referencia a indígenas, desde cuya perspectiva hay un tema en el mismo álbum, *The Dead Heart*: « White man listen to the songs we sing / White man came took everything [...] Mining companies, pastoral companies / Uranium companies, collected companies / Got more right than people / Got more say than people ». Ambas canciones se estrenaron en una gira, *Black Fella / White Fella*, que visitó comunidades aborígenes y de la que se publicó crónica: Andrew McMILLAN, *Strict Rules: The Black*

jurisprudencia, tanta historiografía y tanta antropología de las que disponemos, la ficción y el rock lo expresan mejor: un hecho es un hecho y el derecho habrá de ser conforme (179).

La música que se tiene por menor y nada clásica, sin pedigrí de latines como *opera*, *magnificat*, *te-deum* o *requiem*, se anticipó y superó a *Mabo*. Ficción y rock no son derecho por supuesto, pero inciden en el rumbo de una cultura social que, cuando menos, lo refleja y, cuando más, lo condiciona y hasta lo determina (180). No es todo jurisprudencia ni todo legislación para el derecho. Tampoco lo es todo ni Constitución ni ordenamiento internacional. No lo son todo ni éstos ni cualesquier otros órdenes con su componente de ficción todos ellos (181). Pero, entre tantas cosas que ignoro, carezco

*Fella White Fella Tour*, Sidney, Hodder and Stoughton, 1988. Con características de himno, MURRAY y ANU, *My Island Home*, cit.

(179) Ian McFARLANE, *Encyclopedia of Australian Rock and Pop* (1999), Gisborne (Turanga-nui-a-Kiwa), Third Stone, 2017, s.v. (otro latín; *sub voce*), *Goanna* y *Midnight Oil*. No se tiene en cambio una buena prosopografía judicial: Sarah BURNSIDE, *Australian Judicial Biography: Past, Present and Future*, en « Australian Journal of Politics and History », 57 (2011), 2, pp. 719-726; R. PITTY, *Judicial Biography, Creativity and Diversity in Australia*, en « Australian Journal of Political Science », 46 (2011), 4, pp. 719-726; Tanya JOSEV, *Judicial Biography in Australia: Current Obstacles and Opportunities*, en « University of New South Wales Law Journal », 40 (2017), 2, pp. 842-861. Si alguien me preguntase por una lectura para empezar a introducirse en la Australia indígena, le recomendaría sin dudarle, no desde luego mi trabajo, sino, historiador y jurista como soy, *Terra Nullius* de Claire Coleman, una novela.

(180) De lo más a propósito, en dicho contexto y con tal efecto, sobre ópera que aquí, para contraste, interese, hay clásico en buen sentido: Edward W. SAID, *Culture and Imperialism* (1993), Londres, Vintage, 2014, cap. 2.IV: *The Empire at Work: Verdi's 'Aida'*, y de paso, por supuesto, cap. 1.III: *Two Visions in 'Heart of Darkness'*, con cita de encabezamiento de la novela de Joseph Conrad, de su personaje y narrador ficticio Charlie Marlow: « The conquest of the earth, which mostly means the taking it away from those who have a different complexion or slightly flatter noses than ourselves [...] ».

(181) La frase recién citada de Charlie Marlow, frase doblemente, como mínimo, de ficción, preside una obra de no-ficción que conduce a una cruda realidad, la colonial, a través de más y más ficciones de un imperialismo, el europeo, entre las cuales se comprenden las mismas narraciones de Conrad, pues, aún con todo, según el propio Edward Said pone de manifiesto, tales resultan, imperiales, por falta de ubicación e incapacidad de representación del otro, el colonizado, sin conciencia de la limitación, lo decisivo. Lo propio puede decirse de Sven Lindqvist, quien recorre África y Australia preocupándose por genocidios, pero sin hacer el intento tan siquiera de comunicarse con víctimas o con descendientes. Aplíquese a la historiografía y a la jurisprudencia, inatentas

de medios para averiguar cómo anda la afición al rock entre el personal judicial, parlamentario y demás de la Commonwealth y de sus Estados de allá por las antípodas de Europa a lo largo, a lo ancho y en los aledaños de la *Terra Australis Nullius*.

---

o atentas a la presencia indígena que estén, así como a la antropología tan atentísima, pues en la atención no radica la diferencia. Difícilmente progresará otra cosa mientras que el supremacismo impere.