

## SOBERANÍA “POSTCOLONIAL” Y EL EVENTO DE LA PLURALIDAD<sup>1</sup>

STEWART MOTHAS<sup>2</sup>

No es posible decir, tal como fue dicho por el juez Marshall de la nación Cherokee, que el pueblo aborigen de Australia está organizado como “una sociedad política separada de las otras”, o que ha sido tratado uniformemente como un estado[...]. El pueblo aborigen está sujeto a las leyes del *Commonwealth* y de los estados o territorios en los cuales viven respectivamente. No tienen un órgano legislativo, ejecutivo o judicial por el cual la soberanía pueda ser ejercida.

Mason, *Coe v The Commonwealth* (1993, 115).

Los fanáticos tienen sus sueños, con los cuales saludan. Un paraíso para una secta; el salvaje también. Desde lo más alto de sus sueños, Adivinan el Paraíso; ...

John Keats, *La caída de Hyperón: Un sueño* (1819).

**Resumen.** Este artículo argumenta que el reconocimiento del derecho de los indígenas en Australia sobre la propiedad, está regulado en una variedad de maneras que se niegan a la pluralidad, afirma que los sistemas normativos indígenas han sido subordinados y existe una negación fundamental de una pluralidad de soberanías o sistemas normativos. Está organizado en tres partes: en la primera se determinará la soberanía “postcolonial” como un problema de “límites”, la segunda parte, delinea la crítica de los límites de Jean-Luc Nancy (de ser Una), y la tercera parte retoma casos recientes de títulos originarios en la Australia “postcolonial” que evidencian la negación de una pluralidad de leyes y comunidades.

**Resumo:** Este artigo argumenta que o reconhecimento do direito dos indígenas em Austrália sobre a propriedade, esta regulado em uma variedade de formas que se negam á pluralidade, afirma que as sistemas normativas indígenas tem sido subordinados e existe uma negação fundamental de uma pluralidade de soberanias o sistemas normativas. Esta organizado em três partes: na primeira se determinara a soberania “postcolonial”, como um problema de “limites”, a segunda parte, delinea a crítica dos limites de Jean-Luc Nancy (de ser uma), e a terceira parte retoma casos recentes de títulos originários em a Austrália “postcolonial”, que evidenciam a negação de uma pluralidade de leis e comunidades.

**Abstract:** This article argues that the recognition of the right of the natives in Australia on the property, is regulated in a variety of ways that refuse to the plurality, affirms that the indigenous normative systems have been subordinated and exists a fundamental negation of a plurality of sovereignties or normative systems. It is organized in three parts: in first the postcolonial "sovereignty like a

<sup>1</sup> Traducido del inglés por Alexis Martha Cepeda Duarte.

<sup>2</sup> Profesor de Derecho en la *University of Kent at Canterbury, UK*. Quisiera agradecerle a Peter Fitzpatrick por sus comentarios en penúltimo bosquejo de este artículo. Su inspiración e influencia ha sido crucial por muchos años. También quisiera agradecerle a Brenna Bhandar por sus numerosas discusiones que retaron y cambiaron mi consideración sobre las acciones manejadas en este artículo. Como siempre, cualesquiera errores, son míos.

problem of" limits "was determined", the second part, it delineates the critic of the limits of Jean-Luc Nancy (of being One), and the third part retakes recent cases of original titles in "postcolonial" Australia that demonstrate the negation of a plurality of laws and communities.

## I. Introducción

Durante la década pasada, los pueblos indígenas en la colonia de los colonos, tales como la de Australia, han exigido y ganado reconocimiento jurídico sobre los derechos de propiedad sobre sus tierras. Por ejemplo, la decisión del Tribunal Supremo de Australia en *Mabo v Queensland (No. 2)* (1992) es mirado, comúnmente, como un refugio de la presunción racista de que Australia era una propiedad vacante o *terra nullius* —una tierra poblada por gente no civilizada sin un sistema normativo. Hasta los comentaristas críticos anunciaron a *Mabo* como el reconocimiento de la "diferencia" (véase *Detmold*, 1995; *Patton*, 1997; *Webber*, 1995). El reconocimiento del tribunal, de que los pueblos indígenas tenían intereses de propiedad sobre la tierra ("título originario") fue elogiado como el reconocimiento pleno de su humanidad, un refugio respecto del patronato jurídico, denigrante de las formaciones normativas y sociales indígenas (para una crítica de los términos y modos de reconocimiento, véase, *Motha*, 1998 y 2002). Sin embargo, la promesa de reconocer formaciones múltiples de normatividad y sociales, determinantes de derechos e intereses, aún no ha sido realizada. Adicionalmente, casos recientes de título originario han reiterado que la ley del colonizador es el único sistema normativo válido, y que las tradiciones y costumbres indígenas tienen que ser consistentes con las manifestaciones precoloniales si han de ser reconocidas como "no lavadas por las corrientes de la historia" (*Mabo*, 60; *Yorta Yorta v Victoria*, 1998 y 2002).

En este ensayo, argumentaré que el reconocimiento del derecho de los indígenas sobre la propiedad, está regulado en una variedad de maneras que se niegan a la pluralidad. Los instantes claves de esta negación, incluyen el hecho de que un "evento" singular, inatacable con argumentos (no-justiciable), está propuesto como la base del derecho y la sociedad australiana (*Mabo*, 31; para un recuento de la historia de la fundación de la colonia, véase, *Castles*, 1982; *Neal*, 1991). Casos subsecuentes han reiterado la singularidad de la soberanía colonial y "postcolonial", y aseverado que únicamente puede haber un solo sistema normativo que de protección a los derechos e intereses. Los sistemas normativos indígenas han sido subordinados en tanto las bases efectivas de los reclamos de los títulos originarios. "Las tradiciones y las costumbres" indígenas tienen que conformarse a las manifestaciones pre-coloniales, y, una vez que estos sistemas han "expirado", no pueden ser revividos. Existe, por tanto, una negación fundamental de una pluralidad de soberanías o sistemas normativos. Mi tratamiento de estos casos contesta la posibilidad misma de la singularidad de la soberanía y el derecho afirmado por los tribunales australianos. Concluyo en la idea de Jean-Luc

Nancy de argumentar que la singularidad es ya siempre plural. Esto es una visión que extiende a la soberanía “postcolonial” y el derecho.

El argumento está organizado en tres partes. En la primera, mostraré la problemática de un “evento” de soberanía singular, tal como emergió en *Mabo*. Caracterizaré la soberanía “postcolonial” como un problema de “límites” —esto es, como una pregunta por la posibilidad misma de una soberanía discretamente alcanzable. En la segunda parte, delinearé la crítica de los límites de Jean-Luc Nancy (de ser Una) —una crítica que extendiendo aquí al (imposible) “evento” singular soberano, afirmado por *Mabo*. El potencial radical emancipatorio de la idea de Nancy, es que caracteriza la imposibilidad de la singularidad (como ser, como estado, etcétera), y demuestra cómo, lo hace este fracaso, es el evento de la pluralidad o comunidad. Extiendo el análisis de Nancy al contexto “postcolonial” al argumentar que el fracaso de una singularidad, límite, evento soberano, es la ocasión de una comunidad sin esencia. En la última parte, regreso al contexto “postcolonial” australiano para considerar casos recientes de títulos originarios. Estos casos evidencian la negación de una pluralidad de leyes y comunidades. La afirmación de una concepción monista de soberanía ha sido acompañada por la afirmación “una norma sobre la tierra”, y la regulación/administración de las normas y costumbres tradicionales del pueblo aborígen a través de la “esencia” de ser un originario “apropiado”. La idea de Nancy será desplegada para subestimar los términos de dicho (des)reconocimiento del derecho y la comunidad indígena.

## 2. Soberanía limitada —¿(Re)acondicionando a la nación “postcolonial”?

En *Mabo*, a la Suprema Corte de Australia, se le pidió determinar si la anexión de las Islas de *Murria* a la Colonia de *Queensland* en 1879 o 1895, transfirió la total propiedad de la tierra a la Corona (la decisión del juez Brennan, es comúnmente considerada como la decisión principal, —(*Mabo*, 16-76). Los actores, representantes del pueblo *Meriam*, reclamaban que la Corona adquirió un “*radical title*”<sup>3</sup> (título al territorio o *imperium*) mas no el “*beneficial ownership*”<sup>4</sup> (posesión o *dominium*) (*Ibid*, 30). El demandado, *State of Queensland*, argumentó que la Corona adquirió el “*beneficial ownership*” absoluto de propiedad sobre la tierra al afirmar su soberanía (*ibid*, 26). Al aceptar la distinción entre el “*radical title*” y “*beneficial ownership*” sobre la tierra, el tribunal confirmó la adquisición

<sup>3</sup> Sólo puede ser explicado como el título sobre un país, adquirido por medio de un acto de soberanía por la Corona. Véase la página de Internet <http://www.brumbwatchaustralia.com/Principality14.htm> (Nota de la traductora).

<sup>4</sup> Proviene de “*beneficial owner*” persona que no goza formalmente de la propiedad de un bien, pero tiene tales derechos relativos a éste que disfruta en realidad de los beneficios de tal propiedad. (Nota de la traductora.)

de soberanía de las Islas Murria, pero reconoció que una forma de título, *sui generis*, llamado "título originario", debía ser reconocido por el *common law* y era, por tanto, una carga sobre el título radical de la Corona. El incidente del título originario sería determinado por las normas y costumbres tradicionales de la comunidad indígena que hacía el reclamo (*Ibid*, 58-9). Señaladamente, si una comunidad indígena perdiera su conexión física con la tierra o dejara de practicar sus normas y costumbres tradicionales, ambas preguntas de hecho determinadas por los tribunales, el título originario no podría ser reconocido:

Quando las corrientes de la historia se ha llevado cualquier reconocimiento real de normas tradicionales y cualquier observación real de costumbres tradicionales, la fundación del título originario ha desaparecido, (*ibid*, 60).

Tal determinación, efectivamente, declararía la "no-existencia" de una comunidad indígena en particular, con normas tradicionales suficientes para mantener un reclamo sobre la tierra. La Suprema Corte también manifestó que el título originario debía considerarse extinguido por la transferencia de tenencias inconsistentes o la apropiación de la tierra por la Corona para sus propios propósitos. El juez Brennan atribuyó actos de enajenación y apropiación solamente a la Corona, ejerciendo su "autoridad soberana sobre la tierra", por tanto, intentando absolver al *common law* de cualquier responsabilidad por extinción del título originario (*ibid*, 68-9).<sup>5</sup> El poder de desposeer al pueblo indígena es, por tanto, un poder "excepcional" cuyas acciones no pueden ser reconsideradas por un sistema jurídico "postcolonial".

### 2.1. Los límites de la soberanía en *Mabo* (No. 2)

Existen varias instancias en *Mabo* donde la inauguración del derecho y una sociedad "postcolonial", está basada en la concepción limitada de la soberanía:

Desposeer al pueblo indígena de sus tierras se atribuye a una soberanía imperial. Una concepción limitada de soberanía, permite que estos actos de desposesión sean relegados a una, ahora, era "colonial" (*ibid*, 31).

Los fundamentos para la recepción del *common law* de Inglaterra en Australia, es una consecuencia de una aceptación imperial de soberanía sobre el territorio considerado como una "propiedad vacante" (*terra nullius*) porque sus habitantes eran "bárbaros" y "bajos en la escala de la organización social" (*Ibid*,

<sup>5</sup> Por *common law* me refiero al derecho aplicado por tribunales distintos en estatutos y convenciones. El *common law* abarca todo el conjunto de decisiones anteriores del tribunal. El *common law* de Australia es derivado del *common law* de Inglaterra. Este último, a su vez, se deriva, como cuenta la historia, del uso inmemorial.

38). Una concepción limitada de soberanía permite al derecho australiano *retener*, y *partir* de, los fundamentos racistas de la recepción del derecho en el territorio. Al considerar la soberanía como monista, singular o limitada, un sistema jurídico previamente preocupado con las exigencias del imperio, ahora tiene la habilidad de madurar en una “ley australiana”, ya no bajo los apremios de los tribunales del imperio (*ibid*, 29, 34-8).

La violencia acompañó la llegada de los colonos y la ocupación del continente australiano. Los pueblos indígenas fueron excluidos y marginados de la sociedad colonial, del marco de trabajo económico y en algunos casos eliminados a través de actos violentos de genocidio (Reynolds, 1997; Comisión de Derechos Humanos de Australia, 1997). Una concepción limitada de soberanía que relega estos eventos a un “pasado” remoto, permite a los tribunales inaugurar, y afirmar una sociedad que refleja “valores contemporáneos basados en los derechos humanos universales”. Relegando violencia y desposesión a un “pasado” remoto, el Tribunal Supremo afirmó la igualdad de todos los australianos al anunciar que Australia ya no está “congelada en una edad de discriminación racial (*Mabo*, 41-2). Por tanto, el derecho y la sociedad australiana dependen, grandemente de la posibilidad de una “limitada”, contenible, y colonial soberanía. Esto es, un límite tendría que separar la soberanía imperial y el derecho nacional, ahora capaz de reconocer los derechos de ciudadanía (como poseedores) de los pueblos indígenas.

Lo que deseo hacer ahora es traer a cuestión la posibilidad de un “singular” “evento” soberano “limitado”, que pareció ser tan esencial para la producción de un derecho y una sociedad “postcolonial”. El Tribunal Supremo de *Mabo* afirmó que un “evento” soberano tuvo lugar en algún momento del pasado y que fue la “causa” de una variedad de consecuencias no-detestables tal como la desposesión de los pueblos indígenas. Un nuevo *common law* auto-suficiente, puede, “ahora” reconocer esta detestabilidad y “cambiar” las implicaciones y consecuencias del “evento” soberano reconociendo el “título originario”. En una decisión subsiguiente del Tribunal Supremo en *Wik Peoples v Queensland* (1996), el juez Gummow confiadamente, afirmó la “presencia” de una soberanía “colonial” y la posibilidad de su alteración:

Por tanto, fue apropiado declarar en 1992 [...] [*Mabo*] [...] el *common law* en una mirada particular de pasados eventos históricos. Esta visión difería de las asunciones, tanto como extendía, la recepción del derecho territorial inglés, sobre el cual fueron formadas las preposiciones básicas del derecho territorial australiano en las colonias antes de su federación. Hasta donde el *common law* “es entendido como la suprema fundación constitucional en Australia, hubo un cambio perceptible en esa fundación”, más allá de lo que fue entendido en la federación. (*ibid*, 182, énfasis agregado).

La *aportía* en este pasaje, es su reconocimiento de la imposibilidad de un limitado, fijo concepto de soberanía, mientras retiene la noción del *common law* como la fundación “suprema”. El único “cambio” perceptible en *Mabo*, fueron las

acompañantes de la soberanía —ya sea que la soberanía resultó en que la Corona se convirtió en el propietario absoluto de la tierra, o ya sea que los derechos de propiedad antecedentes de los pueblos indígenas sobrevivieron a la anexión de sus territorios. El establecimiento de una colonia a través de un acto imperial soberano, los actos subsiguientes soberanos de desposesión y la fundación del *common law*, no fueron turbados por el Tribunal Supremo de *Mabo* (*Mabo*, 31-2).

¿Puede la afirmación imperial de la soberanía ser tratada cómo un "evento" limitado discreto? Según Fitzpatrick, la afirmación colonial de soberanía es "parcial y contingente" (Fitzpatrick, 2002, 234). La soberanía era, desde un principio, imperfecta, y precisaba ser confirmada por la ocupación y la colonialización (*Mabo*, por los jueces Deane and Guadron, 78). Y la aseveración de soberanía no desposeyó inmediatamente a los habitantes indígenas, puesto que esto pasó al otorgar soberana garantía de ocupación "parcela por parcela" (*Mabo*, Juez Brennan, 69). Tampoco está claro cuándo Australia se convirtió en una "nación" (*New South Wales v The Commonwealth*, 1975, por el juez Stephens). La usurpación de la soberanía y del territorio no resultó en que la Corona obtuviera propiedad absoluta de la tierra. Ni erradicó, a pesar de los genocidas esfuerzos para hacerlo, las normas y costumbres tradicionales de los pueblos indígenas, que están condicionadas, de acuerdo con *Mabo*, en su reconocimiento como propietarios de un interés subordinado sobre la tierra. A pesar de estas múltiples razones para negar una unitaria limitada concepción de la soberanía, para el Tribunal Supremo, la soberanía es un evento constitutivo que habita un tiempo singular y un espacio "de entonces". La soberanía es un fenómeno monista que no puede ser llamado a cuestionarse en un tribunal municipal (*Mabo*, 31). Sin embargo, existe la posibilidad de una ley renovada, purificada de una excepcionalidad imperial:

El derecho australiano no es tan sólo el sucesor histórico, sino que es una forma orgánica de desarrollo, del derecho inglés. A pesar de que nuestro derecho es prisionero de su historia, no está sujeto a las decisiones del tribunal en la jerarquía de un Imperio, entonces pre-ocupado con el desarrollo de sus colonias. (*Ibid*, 29).

El ejercicio de la soberanía colonial es vista como limitada e ilimitada, un evento que tuvo lugar "entonces", pero también uno que es capaz de alcanzar hasta el presente y el futuro como la fuerza que "aprisiona" el derecho australiano. Pese a su sometimiento a una soberanía ilimitable, el Tribunal Supremo australiano ahora tiene la "máxima responsabilidad de declarar el derecho de una nación" (*ibid*). El juez Brennan afirma que la "paz y el orden de la sociedad australiana está construida sobre el sistema jurídico" (*ibid*, 30). Son "principios que constituyen el esqueleto" de un sistema jurídico en lugar de excepciones soberanas que son invocadas para delimitar el alcance con el cual los tribunales pueden ahora partir desde su soberanía anterior (ejecutiva) y decisiones legislativas cuando responden a los reclamos de justicia (*ibid*).

En suma, el Tribunal Supremo en *Mabo* desplegó los lineamientos contradictorios de la soberanía identificados por Fitzpatrick —una delimitada, finita soberanía que estableció el *common law* de “entonces”, sobre la base de que los habitantes indígenas eran “bárbaros”, “careciendo de un derecho estable”, y, por tanto, muy abajo en la escala de la organización social (*ibid.*, 37-8). Pero esta afirmación de soberanía no es justificable en los tribunales establecidos por la soberanía, y, de ese modo, la afirmación de soberanía es “elevada más allá de sus límites”. La identidad de la soberanía como un fenómeno limitado, capaz de ser distinguido y desmentido por el derecho “postcolonial” es, así, paradójicamente socavado por la afirmación de la no-justificabilidad que eleva a la soberanía “más allá de sus límites” (la soberanía cómo infinita). La “postcolonialidad” del *common law*, en sí mismo, es puesta en duda por la elevación más allá de sus límites de la soberanía imperial, ¿cuál es el límite que marca la diferencia entre la afirmación colonial de la soberanía sobre un “desierto inhabitado” (*terra nullius*), y un derecho fundado sobre esa afirmación? El juez Brennan intentó socavar la teoría que explicaba la afirmación de la soberanía, la “noción engrandecida de *terra nullius*”, al separar la soberanía y el derecho. Pero esto es una afirmación de una diferencia que es imposible si la soberanía es inasible. Éste es el motivo por el cual el límite (im)posible que marca la diferencia entre soberanía y derecho, requiere elaboración —una tarea que encaro en la siguiente parte de este ensayo. El evento “singular” de la soberanía es central al derecho como su fundamento, pero también excede al derecho como un evento que no es justiciable. Poner en duda un evento de soberanía que excede al derecho, es precisamente lo que está en juego en los intentos de inaugurar lo “postcolonial” —un intento de resucitar las identidades enterradas, las leyes y las comunidades que han sobrevivido en la periferia de la sociedad imperial colonial.

¿Qué cuenta puede darse de este “espacio” entre la soberanía y el derecho? ¿Qué calidades están siendo atribuidas al “evento” de soberanía cuando se asume que puede ser tanto preservada como desmentida? En mi discusión de *Mabo* he identificado una calidad finita e infinita atribuida a la soberanía. En lo subsiguiente deseo dar cuenta de la imposibilidad de una soberanía (in)finita. Quiero argumentar que la soberanía no puede verse como un “evento” “posterior a” (soberanía finita), ni puede ser la voluntad “absoluta” o esencia que funda el derecho y la comunidad (soberanía infinita). La imposibilidad de una concepción de soberanía finita o infinita es un acotamiento a la soberanía, lo cual desarrollaré a través de la crítica de Jean-Luc Nancy sobre la “finitud del ser”. Argumentaré, a través de Nancy, que la imposibilidad de la soberanía finita e infinita implica una “relación” —una pluralidad que es la ocasión de la “comunidad”.

### 3. La imposibilidad de la Soberanía Finita/Infinita

En "La Comunidad Inoperable" Nancy pone en cuestión la posibilidad de un sujeto atomístico "absoluto", como individuo o Estado, el cual existe en totalidad "por sí mismo" (Nancy, 1991, 4). Según Nancy, el sujeto individual o "Estado total" no puede ser "perfectamente separado, distinto o cerrado" (*ibid*). No puede haber un "ser sin una relación" (*ibid*). Nancy trata de establecer que todo ser atomístico, finito, ya sea éste un individuo, o el Estado, implica una relación en su separación:

Una lógica simple y temible siempre implicará que dentro de su misma separación lo separado absolutamente se acerca, si podemos decir esto, más de lo que simplemente está separado. Lo cual es decir de la separación misma, de su ser cercada, que el cerco no sólo debe cercarse alrededor del territorio (mientras continúa expuesta, en sus límites, con otro territorio, con el cual, por tanto, se comunica), sino también alrededor del cerco mismo para poder completar lo absoluto de su separación, (*ibid*).

En este pasaje, Nancy afirma que los "límites" que marcan la separación del ser (del individuo o del Estado), para poder ser una separación absoluta, tendría que ser tan meticulosa, y "puramente" reducida, que no podría comunicarse en las orillas con el sujeto, el territorio, el espacio junto a él. Una separación tan absoluta, argumenta Nancy, es imposible: "para estar solo absolutamente, no es suficiente que yo lo esté; también tengo que estar solo al estar solo —y esto obviamente es contradictorio" (*ibid*). La idea de un ser finito se viola a sí misma al grado que "finitud" implica una separación que es al momento una "comunicación" con aquello que está a su lado. Al afirmar su separación, lo absoluto se deshace por la "relación" (comunicación, comunidad) con la cual está expuesta. La "presencia" de lo absoluto como absoluto es, por tanto, llamada a ser cuestionada, deshecha por la lógica del absolutismo (*ibid*). La finitud es imposible por que el ser finito implica una comunicación y una relación. Es, por tanto, dentro de "la lógica de lo absoluto" que "la comunidad viene forzosamente a *cortar dentro*" del sujeto/ser/estado (*Ibid*). Es esta crítica de finitud la que deseo traer para fundamentar la "presencia" de un "evento" soberano como discreto.

En *Mabo* fue desarrollado un "acto del estado". El "evento" soberano fue presentado como el origen del derecho y la sociedad de "la colonia" —un "evento" de la cual el derecho y la sociedad "postcolonial", orientada hacia el futuro, necesitaba desasociarse. Al mismo tiempo, este "evento" soberano fue preservado como el derecho australiano original, el cual no podía ser analizado o negado, y se le concedió una calidad infinita. Nancy se pregunta sobre la finitud de un ser absoluto o una totalidad que no tiene respaldo más allá de él mismo. Así, el "espacio" de la soberanía en relación con el derecho, en *Mabo*, el distanciamiento asegurado como una condición para hacer una distinción entre colonial/"postcolonial", derecho y sociedad, es cuestionado por la crítica de Nancy.

La soberanía no puede ser una totalidad infinita o un evento discreto. Crucialmente, este fracaso de finitud es el motivo de una relación, una comunidad. No elaboraré por el momento el cómo, según Nancy, el fracaso de la finitud es el motivo de “una comunidad”.

### 3.1 La pluralidad original del ser o “el ser en común”

La caracterización de Nancy de la imposibilidad de una finitud demuestra que la lógica del “ser-uno” es el motivo de “una comunidad”. La imposibilidad de un ser-solitario “individual” no resulta en la imposibilidad de un “ser-singular”. Más bien, su punto es que la “singularidad” implica una pluralidad de seres singulares (*ibid*, 6). La singularidad no toma lugar en el “nivel de los átomos” sino en la “inclinación” (“*clinamen*”) entre un ser y otro (*ibid*, 3-4,6-7). Es esta inclinación la que abre la posibilidad de un “ser-en-común” (*Ibid*, 4). Entonces, ¿qué es un “ser-en-común”? Nancy explica un “ser-en-común” en diversas formas en varios textos (Nancy, 1991; 1993, Cap. 7; 2000, 56-65). Una aproximación es la discusión acerca de la muerte. Él argumenta que la muerte de un individuo no puede ser desasociada de los individuos siendo-en-comunidad. Un individuo no puede experimentar su propia muerte. La muerte del individuo, el testimonio supremo de la finitud de la existencia, no puede revelarse a este ser finito. A pesar de que la muerte de un individuo, la muerte del “yo”, es “lo más propio e inalienablemente suyo”, yo “no puedo decir que esto es la muerte” (Nancy, 1991, 14). Existe, así, una “revelación recíproca” de la muerte y la comunidad (*ibid*). La muerte de un individuo es revelado por “estar” con otros, y, ésta es la comunidad que siente la muerte de uno de sus miembros (*ibid*). La muerte no se siente en un “sentido auténtico” por la comunidad —“siempre estamos ahí a un lado” (*ibid*, 33). El “compartir” el conocimiento de la muerte (de otros) es sólo un reconocimiento de que “no existe nada reconocible” (*ibid*). El ser-en-común tampoco es una aseveración de un límite *entre* comunidades o una comunidad absoluta:

El compartir se resume en lo siguiente: lo que la comunidad me revela, al presentarme mi nacimiento y mi muerte, es mi existencia exterior. Lo cual no significa que mi existencia está reinvertida dentro o por la comunidad, como si la comunidad fuera otro sujeto el cual me postergue, de una manera dialéctica o comunal. *La comunidad no redetermina la finitud que expone. La comunidad en sí misma, en suma, no es más que esta exposición.* Es la comunidad de seres finitos, y, como tal, la misma es una comunidad finita. En otras palabras, no una comunidad limitada *contrario sensu*, una comunidad absoluta, sino una comunidad de finitud, porque la finitud “es” comunitaria, y, porque la finitud, en sí misma, es comunitaria. (*ibid*, 26-7) (Subrayado por el autor).

La finitud sólo puede ser experimentada en comunidad. Lo que significa estar *en* comunidad es estar “expuesto” al hecho de que el ser finito es siempre

ya "ser-en-común". Como argumenta Nancy, la comunidad no absorbe o "re-determina"<sup>6</sup> finitud. De lo contrario, la comunidad es una exposición de finitud. "Uno" no puede ser "uno" sin esta exposición en comunidad. Lo que es significativo en esta discusión, para mis propósitos, es que el "compartir" que toma lugar en la "muerte" es el compartir el conocimiento de lo "limitado" —una "experiencia" de finitud, lo cual sólo puede "suceder" en comunidad.

¿Cuáles son las implicaciones de esta idea para la crítica de una concepción finita de soberanía? Como vimos, en el contexto "postcolonial" australiano, se desarrolla una concepción soberana de finitud como la "base" o fundación del derecho y la sociedad australiana. La soberanía colonial sólo puede ser preservada y negada como el fundamento de un derecho y sociedad "postcolonial", si la soberanía puede ser contenida, esto es, presentada como un ente discreto finito. Una de las implicaciones de la crítica de Nancy, cuando es usada para apoyar el intento de inaugurar un derecho y una sociedad "postcolonial" en Australia, es que deshace la posibilidad de una soberanía finita como discreta, delimitada, fundamento de un derecho y una comunidad ("postcolonial"). Como la finitud no tiene una "presencia" fuera de su compartir o relación, la mera posibilidad de auto-suficiente, una soberanía finita queda refutada. La soberanía-como-uno no puede estar "aislada". El nacimiento de la finitud, Nancy argumenta, es sin "fundamento":

Los "fundamentos" son en sí mismos y como tales, ya la finitud de las singularidades. Es un "fundamento" sin fundamento, no tanto en el sentido en que abre un enorme hoyo de un abismo como que tan sólo está hecho de una red, tejida, y las singularidades del compartir. [...] No existe nada detrás de las singularidades —pero existe fuera de él, y dentro de él, el espacio inmaterial y material que lo distribuye y comparte como una singularidad (*ibid.*, 27).

Si la finitud es sin "fundamento", si sólo tiene lugar en, y a través de, la distribución y el compartir singularidades, y entonces existe un motivo para preguntarse por la posibilidad misma de un fundamento absoluto del derecho y sociedad, el cual puede ser preservado y negado como un "evento" que tuvo lugar "entonces". Ésta fue la problemática que identifiqué en mis lecturas sobre *Mabo*. La crítica de Nancy de la finitud, sugiere que es la distribución de "singularidades" y el compartir, la que toma lugar en el "límite" de la singularidad que permite la posibilidad de un ser finito. Al exponer esta idea para soportar una concepción finita de soberanía, necesitamos preguntar: ¿cuáles son sus límites, cuáles son las redes en las cuales se distribuye? La comunidad no es un resultado, el "producto", de la ausencia de un fundamento de finitud. La comunidad es un "co-aparcamiento" de finitud. Esto demanda más explicaciones.

<sup>6</sup> Preguntado el autor por la traductora respondió que la palabra "*sublate*", aquí traducido como "re-determinar", equivale a la palabra alemana "*aufheben*" de Hegel, que incluye la idea de superar, pero también retener lo positivo de lo superado. (Nota de la traductora).

### 3.2. Disposición de los orígenes — Rehusando un origen del derecho

Para Nancy, “la finitud por sí misma no es nada” (*Ibid*, 28). No es un fundamento, una esencia o una substancia (*ibid*). La finitud es siempre el compartir. Nancy, persistentemente, hace esta propuesta, en varios textos: no existe un “origen u origen de identidad” (*ibid*, 33) el cual toma forma a través de la “exclusión”, ni siquiera una “inclusión de exclusión” (Nancy, 2000, 24). En lugar de un ser auto-suficiente, o un ser constituido por la exclusión, Nancy propone la “disposición” original de los seres (Nancy, 2000, 24-5). Para Nancy, el “origen” del ser es una “disposición” (*ibid*, 25). En el centro de este enunciado, está la proposición de que “lo ‘exterior’ del origen está en su ‘interior’” (*ibid*, 11, 13). No existe una delimitación pura de “exterior” que fundamenta o constituye el ser. Brevemente expondré lo que Nancy quiere decir por “disposición” original.

Nancy se aproxima a esta cuestión a través de un recuento de lo original, lo cual rehúsa un fundamento esencial del ser en comunidad como razón o humanidad —la apelación a “un-origen” (*ibid*, 24). En su lugar, propone una ontología del origen donde el acceso a un origen es refutado por su ocultamiento en la multiplicidad (*ibid*, 10-11). “Nosotros” no podemos identificarnos en, o como, el origen —“nosotros” sólo podemos identificarnos con él. Nancy se refiere a esto como la “coexistencia originaria” (*ibid*, 11). Para tratar de exponerlo simplemente, yo soy un ser *singular entre* una multiplicidad de seres singulares. Yo, y cada otro yo, somos originalmente singulares, pero es una singularidad que es, al mismo tiempo, plural: la palabra *singuli* del latín quiere decir “uno por uno” (una palabra que sólo existe en plural) (Nancy, 2000<sup>a</sup>, 156). Lo otro de un ser-original singular no es el “desconocido, esencial que está opuesto a lo que es apropiado” (Nancy, 2000, 11) como en tantos instantes constructivistas. Lo del ser-origen es “uno de los dos” (*ibid*). Este “otro”, es “uno” entre tantos en la medida en que, como son tantos, es *cada uno*, y es *cada vez* uno, uno entre todos y uno *entre* todos nosotros” (*ibid*). Cada uno es el origen de todos nosotros porque no podemos “estar solos estando solos”. Yo soy, nosotros somos, pluralidad singular. De esta manera el “estar-con” nunca es secundario respecto de un origen. El origen mismo es una coexistencia de orígenes. Esto es lo que esencialmente se expresa en las frase “Ser pluralmente singular”: “La pluralidad de seres está en la base del “Ser” (*ibid*, 12). El significado del Ser, la importancia de la relación entre ser(es) y Ser, y la disposición original de seres es explicado en el siguiente pasaje, el cual vale la pena citar en extenso:

Un ser singular es una contradicción de términos. Tal ser, el cual sería su propio fundamento, origen e intimidad, sería incapaz de *Ser*, en todo los sentidos que la expresión pueda tener aquí. “Ser” no es ni estado ni calidad, sino acción, de acuerdo con lo que Kant llama “la [sola] posición de una cosa” toma lugar (“es”). La simplicidad de la “posición” no implica nada más que el ser discreto, en el sentido matemático, o su *forma* distintiva, en el sentido de *estar*, otro (al menos posible) de las posiciones, o su distinción *entre*, en el sentido de estar en medio, de otras posiciones. En otras palabras, cada posición también es una dispo-

sición, y considerando la apariencia que toma el lugar de, y en la posición, todas las apariencias son co-apariencias [*com-parution*]. Éste es el motivo por el cual al Ser se le da existencia, siendo-en-uno mismo-fuera-de uno mismo, el cual *hacemos* explícito, nosotros los "humanos", pero lo cual hacemos explícito, como he dicho, *para*, la totalidad de los Seres. (*ibid*, 12) (Subrayado por el autor).

La disposición es el momento del compartir. Junto con Nancy quiero argumentar que la soberanía no ocupa una posición finita "fuera" del derecho. Ni puede ser "contenida" con el propósito de "preservación" o "negación", como hemos observado en el intento de inaugurar un derecho y una sociedad australiana "postcolonial".

La "posición" de la soberanía es siempre ya una "disposición". Esto es, la soberanía siempre aparece con, a un lado, junto a, una ley que es una ley de la comunidad. Así como un ser finito no puede ser separado, no puede "estar solo estando solo", la soberanía no es capaz de tal finitud. La singularidad es, siempre como hemos observado en la discusión antedicha, un ser expuesto a la "pluralidad". Nancy también afirma este punto en "La comunidad inoperante":

[...] lo que mantiene el lugar del "origen" es el compartir las singularidades. Esto quiere decir que el "origen" —el origen de la comunidad o el de comunidad originaria— no es otra que el límite: el origen es el calco de las fronteras sobre las cuales, o por las cuales, los seres singulares están expuestos (Nancy, 1991, 33).

La finitud aparece, se expone, y, por tanto, existe, como una comunicación (*ibid*). La finitud "co-aparece", "*compears*" (*ibid*, 28). Esto es, el ser finito siempre se presenta a sí mismo junto con:

[...] por que la finitud siempre se presenta a sí misma estando-en-común y como siendo en sí mismo, y siempre se presenta a sí misma en una *audiencia* y antes de una sentencia de la ley de la comunidad, o, más originariamente, antes de una sentencia de la comunidad como derecho (*ibid*) (Subrayado por el autor).

Un ser singular, finito (uno que tomo por ser indicativo de una soberanía monista —lo que implica, que es también indicativo de la imposibilidad de tal monismo) se presenta a sí mismo, de acuerdo con Nancy, ante el "derecho de la comunidad", y "como derecho de la comunidad". ¿Qué es el "derecho de la comunidad" antes que tal finitud se presente a sí misma? En corto, el "derecho de la comunidad" connota la ontología de "ser-en-común". El ser-en-común es como la finitud: siempre se presenta a sí misma. "La comunidad es derecho", es la presentación, o la co-presentación originaria, la co-presencia, de la finitud. No existe Un origen. Nancy conforma esto en su reciente reflexión sobre en "La Comunidad Inoperante", cuando afirma que:

Ha existido ya, siempre ya, un "trabajo" de comunidad, una operación de compartir lo que siempre ha sido anterior a cualquier existencia singular o genérica, una comunicación y un contagio sin el cual sería impensable el tener, en una manera puramente general, cualquier

*presencia* o cualquier mundo, ya que cada uno de estos términos trae consigo la implicación de una co-existencia o de una co-pertenencia [...] (Nancy, 2003, 32) (Subrayado por el autor).

El origen es siempre ya una co-origenación. La “presencia” de un concepto tal como la soberanía, o el derecho, es siempre ya una co-apariencia, la cual trae consigo el problema del límite que separa —el límite que es un sitio de un compartir, una pluralidad.

Cuando se afirma que la soberanía es un “evento” finito que no permite el reconocimiento de la soberanía aborígen o sus estructuras normativas, está negando precisamente la necesaria existencia de la pluralidad. Un origen del derecho o de la sociedad es siempre ya un exposición al otro lado del “límite” —uno que es representado como un “evento” fundacional singular. El “evento” soberano no puede ser contenido dentro de un “límite” y es siempre ya el “evento” de la pluralidad, la comunidad —para reiterar: “Lo que mantiene el lugar de un “origen” es el compartir singularidades” (Nancy, 1991,33). Esto es verdad del “evento” del fundamento del derecho, quisiera alegar, tal como lo es para la fundación de una colonia que luego pretende haberse convertido en una “sociedad que respeta los derechos humanos” (el tipo de sociedad que *Mabo* pretendía haber inaugurado en Australia). La fundación nunca puede ser contenida dentro del “límite” del monismo. La idea de Nancy, por tanto niega la posibilidad de una soberanía singular, o un derecho, al subestimar los “eventos” monistas por los cuales estos están apoyados. En lugar de la necesaria “disposición” de orígenes que observamos a través de Nancy, *Mabo* retiene “Un origen” del derecho y de la sociedad, y meramente ajusta el reconocimiento del derecho del interés del propietario dentro de “una” unida “civilizada” sociedad, que respeta los derechos humanos. Este reconocimiento también es convertido en objeto de las cualificaciones de una tradición “apropiada” que no debe ser repugnante a “la justicia natural, la equidad y la buena consciencia”. En la siguiente parte de este trabajo, regreso al contexto “postcolonial” australiano para demostrar cómo la insistencia de una soberanía singular y “el derecho a la tierra” es contingente respecto de su negación de una pluralidad de leyes —la negación de reconocer un sistema normativo aborígen.

#### 4. Una soberanía, una ley —la negación de la pluralidad

En recientes casos de propiedad, la “aboriginalidad” a sido objeto de varias “esencias” determinantes. Existe en una idea “esencial” de “tradición y costumbre”, la cual puede “desaparecer” o ser demasiado “repugnante” para ser reconocida. El incidente de título originario, es el de ser decidido por las leyes y costumbres tradicionales “visto que esas leyes y costumbres no sean repugnantes a la justicia natural, la equidad y la buena conciencia con que tienen que ser aceptadas las sanciones jurídicas, bajo el nuevo régimen”, (*Mabo*, 61). Aunque el juez

Brennan reconozca que la toma de tierras de los aborígenes sucedió a la fuerza, las consecuencias de esa toma, sobre las leyes y costumbres indígenas, es una alteración o "desaparición" (*ibid*, 60-1). Las implicaciones son que el pueblo indígena ha "perdido" sus leyes y costumbres —un final que es terminal para la comunidad indígena y el reconocimiento de sus intereses de propiedad sobre la tierra. Aunque las tradiciones aborígenes sólo deben ser observadas tanto "como sean practicables", se tienen que conformar a los estándares de "reconocimiento real" y "observancia real" (*ibid*). Estos estándares son impuestos por los tribunales colonizadores. Povinelli argumenta que esto sustituye la noción de "cultura" de una "versión antigua de una raza" en virtud de la cual, si "una cultura aborigen se cruza con otra 'cultura' hasta un grado indefinido" renuncia a sus derechos antecedentes (Povinelli, 2002, 164). O, como Borrows lo ha puesto de manera tan conmovedora en relación con los casos canadienses que establecieron un régimen similar para regular los derechos aborígenes, los jueces están decidiendo qué es ser aborigen: "Ser aborigen es retrospectivo", quiere decir "hubo una vez en algún momento" (Borrows, 2002, 60, hablando sobre *R v Van der Peet*, 1996). Con esta noción de pureza cultural, la cual, en el discurso del multiculturalismo, es transformada en "ser distinto" (Povinelli, 165), la comunidad aborigen, las leyes y tradiciones, son lanzadas a un proceso que tiene su "presencia" determinada por actos soberanos y sus consecuencias jurídicas.

El ejemplo más notorio de la insistencia de un grupo esencialmente comunitario como el precursor para el reconocimiento del derecho de propiedad originario, es el caso de *Yorta Yorta Comunidad Aborigen v El Estado de Victoria* (1998).<sup>7</sup> El caso *Yorta Yorta* es indicativo del asunto general que quiero poner en esta parte del trabajo —que un fundamento "esencial" de comunidad, en el contexto de los casos de título de propiedad originaria a través de la noción de "derecho tradicional y costumbres", es central para mantener una finitud, una concepción monista de soberanía. En los casos de título de propiedad originaria, la aseveración colonial de soberanía se hace para desplazar el sistema normativo existente de los pueblos indígenas y establecer una "derecho del territorio". La aseveración de *Una* ley es central para mantener el singular y unitario sentido de soberanía.

El Juez Olney, juez de primera instancia, en su aplicación de este título originario de propiedad, encontró que los actores habían perdido su "persona-

---

<sup>7</sup> Ésta fue la primera demanda en llegar a juicio después de la enmienda del *Acta de Propiedad Originaria* de 1993. La demanda fue apelada en 1995, y finalmente, dictaminada por la Suprema Corte en diciembre de 2002. La deL juez Olney, el juez de primera instancia, fue apelada ante el Tribunal Superior Federal que decidió a favor del juez por mayoría de 2-1. La decisión fue apelada ante el Tribunal Colegiado de Circuito, que, a pesar de variar algunos elementos de la prueba aplicada por Olney J, desestimó el caso. La consecuencia fue que la Comunidad Aborigen Yorta Yorta no pudo establecer de manera exitosa ningún derecho de título de propiedad originaria.

lidad” de “comunidad tradicional aborigena” *ibid*, párrafo 128).<sup>8</sup> Dada esta pérdida de personalidad “tradicional”, los actores no pudieron probar que ellos mantenían derechos e intereses de acuerdo con las leyes y costumbres tradicionales. Esta conclusión fue tomada por la aplicación de los principios fijados en *Mabo*. Aquí proveo un breve recuento de cómo fue decidido el caso. El Juez Olney sumariizó lo que el consideró eran los elementos que el grupo de actores tenían que establecer para que ellos pudieran hacer una demanda de título de propiedad originario (*ibid*, párrafos 3-4). Vale la pena exponerlos por pasos:

1. El grupo de actores, ya fuera un clan, una comunidad o de otra manera, debe mostrar que ellos son descendientes del pueblo indígena que ocupó el área reclamada antes de la aseveración de la Soberanía de la Corona;
2. Debe establecerse la naturaleza y el contenido de las leyes y costumbres tradicionales y su observación, en relación con la tradición del territorio;
3. Los actores tienen que demostrar que la conexión tradicional con el territorio, ha sido “mantenida substancialmente” desde el momento en que la soberanía fue aseverada;
4. Una vez que todo esto sea establecido, la demanda quedará sujeta a sí los derechos e intereses son de un tipo reconocido por el *common law* australiano. (*ibid*, párrafo 4).

Como mencioné anteriormente, el peso puesto en la existencia de leyes y costumbres tradicionales, es separado del hecho de que el título de propiedad originaria puede ser extinguido “válidamente” por otro acto de soberanía. Es sólo cuando el terreno reclamado no ha sido vendido por actos soberanos, que una “comunidad” puede intentar satisfacer los elementos fijados previamente para establecer un título de propiedad originaria.

Es ampliamente reconocido, incluso en *Mabo*, que las comunidades indígenas fueron desplazados a la fuerza de sus tierras tradicionales durante el proceso de la colonización. Luchas violentas en las fronteras de los asentamientos, y, más tarde, la asimilación forzosa del pueblo indígena, han conducido a la “adaptación” y transformación de las normas y costumbres tradicionales. El punto central contencioso en la decisión de la demanda de *Yorta Yorta*, entonces, fue si el grupo actor, la Comunidad Aborigen de *Yorta Yorta*, pudiera decirse que posee las leyes y las costumbres tradicionales como teniendo una “continuidad” recono-

---

<sup>8</sup> Para un resumen beneficioso de la consideración de este hecho por la Suprema Corte y el Tribunal Colegiado de Circuito en sus confirmaciones de estos hallazgos, véase la decisión de la Suprema Corte, del ministro Gleeson y los jueces Gummow, y Hayne, *Yorta Yorta Comunidad Aborigen v Victoria*, (2002, párrafos 16-27).

cible desde el tiempo que se aseveró la soberanía colonial. El juez Olney concluyó que no había tal continuidad:

Las pruebas no apoyan la demanda según la cual los descendientes de los habitantes originales del territorio demandado, han ocupado el territorio en sentido relevante desde 1788, o que han continuado observando y reconociendo, durante ese periodo, las leyes y las costumbres tradicionales en relación con el territorio de sus ancestros. Los hechos, en el caso, inevitablemente condujeron a la conclusión de que antes del final del Siglo XIX, los ancestros por los cuales los actores demandaban su derecho de propiedad, habían dejado de ocupar sus territorios tradicionales de acuerdo con sus leyes y costumbres tradicionales. La corriente del tiempo ha lavado cualquier reconocimiento real de sus leyes tradicionales, y cualquier observancia real de sus costumbres tradicionales, (*ibid*, párrafo 129).

¿Qué son pruebas de una comunidad “tradicional”? ¿Qué cualidades y características tiene que poseer una comunidad para poder ser suficientemente “tradicional”? Las conclusiones alcanzadas en relación con estas preguntas, fueron basadas privilegiando la “historia” escrita —las observaciones aficionadas de un “squatter”<sup>9</sup> (término que se utiliza para denotar un colono en Australia)— sobre la historia oral del grupo de actores.<sup>10</sup> Haré un recuento de los aspectos más insidiosos de las pruebas (salvajes inútiles serían “necesarios”) poco después —y luego consideraré cómo la Suprema Corte incorporó este recuento de tradición dentro de su versión de la relación entre soberanía, “sistema normativo pre-soberanía” y lo que ellos le llamaron “sociedad” (*Yorta Yorta*, 2002, 37-57).<sup>11</sup>

Las pruebas de “tradición” buscadas en el caso de *Yorta Yorta*, con una crueldad sin intención de tener disculpas, se desarrolla algo así como: el juez

<sup>9</sup> Ocupante. (Nota de la traductora).

<sup>10</sup> El juez Olney privilegió los escritos de un ocupante sobre la historia oral de los actores: “La fuente más creíble de información concerniente a las leyes y costumbres tradicionales del área en la cual Edward Walker y Kitty Atkinson/Cooper [actores] señalaron a los primeros ancestros, fueron encontrados en los escritos de Curr. Él, cuando menos, observó la sociedad aborigen, que aún no se desintegraba, y, obviamente, estableció un grado de relación con los aborígenes con los que estuvo en contacto. Los *records* de sus propias observaciones debían, por tanto, tener peso considerable. El testimonio oral de los testigos del grupo de actores, es una fuente más de prueba, pero, al estar basada en la tradición oral, de pasar la información a través de tantas generaciones, extendiéndose sobre un período mayor de 200 años, menos peso debe serle concedido, que el que se le dio a la información escrita de Curr”, (*Yorta Yorta*, 1998, párrafo 106). Yo simplemente esbozaré un ejemplo de las pruebas de Curr.

<sup>11</sup> El razonamiento conjunto del ministro Gleeson, y los jueces Gummow y Hayne, es considerado como una resolución principal. Ellos desestimaron la demanda de la Comunidad *Yorta Yorta*. Los jueces McHugh y Callinan escribieron sus resoluciones separadamente, y también desestimaron la demanda. Los jueces Guadron y Kirby se negaron a producir una resolución conjunta que permitiera la apelación.

Olney concluyó que los actores ya no eran “tradicionales” al comparar sus prácticas actuales con aquéllas del pasado.<sup>12</sup>

En referencia a sus prácticas relacionadas con el consumo de recursos alimenticios, Curr escribió (*Recolecciones*, p. 262):

Es un hecho destacable conectado con los Bangeran (ancestros de la comunidad *Yorta Yorta*), [...] ya que ni siembran ni cosechan, y nunca se abstienen de comerse el todo de cualquier alimento que han adquirido con miras hacia las necesidades del mañana. Si algo les quedara para el martes, es solamente porque no pudieron consumirlo el lunes. Así, eran como las bestias en el bosque. Hoy tendrán una comilona, *aye-george*, sin importar el mañana. Así, además, nunca le perdonaron la vida a un animal joven con miras a que crecería y sería más grande. [Y en la página 263]: Los he visto muchas veces, por ejemplo, adquirir una gran cantidad de peces en sus redes y dejar a todos los pequeños morir a una yarda del agua. (*Yorta Yorta*, 1998, párrafo 115).

No hay un esfuerzo por demostrar por qué estas prácticas en particular sobresalen como “tradicionales” o, más pertinentes aún, como la tradición de leyes, del “pasado”. No obstante, el juez Olney compara las prácticas observadas por Curr con las prácticas del presente:

Otra práctica contemporánea la cual se dice es parte de la tradición *Yorta Yorta*, es la conservación de los recursos alimenticios. Un número de testigo dio evidencia de que cazaban y pescaban en el territorio y en las aguas del área reclamada, y, hasta cierto punto, recolectaban “*bus tucker*” [flora y fauna no cultivada recolectada para alimento] para su consumo personal. De estas actividades, la pesca parece ser la más popular de todas, pero, actualmente, es vista como una actividad recreativa, en lugar de un modo de sustentar sus vidas. Un número de testigos dijo que es consistente con las leyes y costumbres tradicionales, su práctica de tomar de la tierra y del agua sólo aquella comida que es necesaria para el consumo inmediato. Esta práctica, encomiable como es, no es una que, de acuerdo con las observaciones de Curr, era adoptada por el pueblo aborígen con los cuales él tuvo contacto, y no puede ser considerada como la continuación de una costumbre tradicional, (*Yorta Yorta*, 1998, párrafo 123).

En “esencia”, la comunidad aborígen es reducida a un conjunto de prácticas que tienen que demostrar alguna continuidad entre el pasado y el presente. No existe una determinación de si las prácticas particulares tienen una “normatividad” suficientemente cualitativa para que se les designe como las leyes y

<sup>12</sup> La fuente de las prácticas del “pasado” fue Edward M. Curr, uno de los primeros ocupantes en establecerse en el área reclamada. Los dos libros de Curr fueron: *Las memorias de un ocupante en Victoria, entonces llamada el Distrito de Port Phillip (De 1840 a 1851)*, publicado en 1883, y un trabajo en cuatro volúmenes titulado *La carrera australiana: Sus orígenes, lenguajes, costumbres, lugar de arribo a Australia, y las rutas por las cuales se extendieron en el continente*, publicado por primera vez en 1886. La decisión de la Suprema Corte, del ministro Gleeson y los jueces Gummow y Hayne, señala que esto era parte del material escrito ofrecido por los actores —una práctica adoptada, irónicamente, tgiene sus consecuencias en el caso, porque tal material “histórico” es considerado necesario para establecer la “ley y costumbres tradicionales”, (*ibid*), párrafo 59).

costumbres tradicionales. La "adaptación significativa" que ha tenido lugar, fue suficiente para suponer la muerte de una tradición (*Yorta Yorta*, 2002, párrafo 44). La relación entre las leyes tradicionales de una comunidad y la existencia de *Un* sistema normativo después de la aseveración de soberanía fue, sin embargo, la llave central en la confirmación del punto de vista del juez Olney en la Suprema Corte.

En *Fejo v Northern Territory*, la Suprema Corte articuló la relación entre el título de propiedad originario de acuerdo con las leyes y costumbres tradicionales, y el reconocimiento de ese derecho por el *common law*, como la "intersección" de leyes (la tradicional y el *common law*), (*Fejo v Northern Territory*, 1998, 128). En *Yorta Yorta*, esta metamorfosis de "intersección" fue ampliada o clarificada aún más (*Yorta Yorta*, 2002, párrafo 38ff). *Yorta Yorta*, confirmó aquello que no fue entendido en *Mabo* o *Fejo*, fue la pluralidad de leyes con la cual el sistema normativo "nativo" continuaría generando leyes y costumbres, después de la aseveración de la soberanía colonial, lo cual puede ser reconocido por el *common law*. En su lugar, la ley tradicional era "peso muerto" del pasado. El ministro Gleeson y los jueces Gummow y Hayne lo expusieron de la siguiente manera:

En el momento en que la corona adquirió la soberanía, el sistema normativo o creación de leyes que existía entonces, no podría, por tanto, ser válido para crear nuevos derechos, deberes o intereses. Derechos e intereses en el territorio, creados después de la soberanía y la cual le debía su origen e existencia continua sólo a un sistema normativo distinto que aquél del nuevo poder soberano, no se le podría o sería dada ninguna efectividad por el orden jurídico de una nueva soberanía, (*ibid*, párrafo 43). (Énfasis del autor).

No puede existir un sistema de creación de leyes paralela. En sentido contrario, los jueces nos dicen "que sería la negación de la adquisición de la soberanía" (*ibid*, 44). El concomitante de *Una* soberanía es *Una* ley. El reconocimiento se hace de acuerdo con los derechos e intereses que existen en el momento en que la soberanía fue adquirida. Si el sistema normativo (tradicional) sobre el cual los derechos e intereses fueron construidos deja de existir, entonces ni los derechos, ni los intereses, ni el sistema sobre el cual se basa, puede ser reconstruido (*ibid*, 47). La continuidad de las leyes y costumbres tradicionales es determinada por la formulación circular, en cuanto a que la continuidad depende de la existencia de una "sociedad", la cual, a su turno, es determinada por su "unificación" de leyes y costumbres. No puede existir una "ley tradicional" sin la existencia de una "sociedad tradicional", y viceversa. El punto determinante de la existencia de una "ley tradicional" está vagamente definida en la idea de que la "sociedad" necesita tener una continuidad desde el momento del cambio de la soberanía: "La sociedad ha de ser entendida como un cuerpo de personas unidas en y por el reconocimiento y observancia de un cuerpo de leyes y costumbres" (*ibid*, 49). Las leyes y las costumbres son "derivados sociales", y la "sociedad" es la entidad unificada por las leyes y costumbres (*ibid*, 49, citando a Julius Stone, 1946, 649:

las leyes y costumbres son “socialmente derivadas y no autónomas”). Esta unificación, en el caso de los originarios, no puede ser revivida después de que ha caducado o sea nuevamente creada:

En tanto a su utilidad para analizar el problema en términos jurisprudenciales de una ley positiva, la norma relevante de reconocimiento de una ley o costumbre tradicional, es una norma de reconocimiento encontrada en las estructuras sociales de la sociedad indígena relevante, como existían en el momento de la soberanía. No es una norma de reconocimiento creada y después arraigada en la estructura social de una sociedad, aún una sociedad indígena, si esas estructuras son estructuras creadas después, o aún hasta el cambio en la soberanía. Necesariamente demasiado se sigue como consecuencia de una aseveración de soberanía y encuentra reflejo en la definición de un título de propiedad originario y su referencia a la posesión de derechos e intereses bajo las leyes y costumbres tradicionales (*Yorta, Yorta*, 2002, 54).

La concepción monista de la soberanía, empleada por la Suprema Corte en los casos principales de título de propiedad originario, *Mabo*, *Fejo*, y *Yorta Yorta*, insiste en un orden normativo singular como la fuente de los derechos e intereses indígenas. Una vez que la soberanía colonial es aseverada, la nueva soberanía puede reconocer los derechos e intereses antecedentes de la población indígena visto que esa población “substancialmente” mantiene su “estructura social”. En el caso de Australia, este reconocimiento tiende a ser retrospectivo —un desarrollo jurídico que tiene sus fuentes en una “sociedad emergente que ahora respeta los derechos humanos universales”. Sin embargo, el intento de inaugurar un ley y una sociedad “postcolonial” involucra la reaseveración de un sistema normativo singular, como lo dijo la Suprema Corte en el caso *Yorta Yorta*. Aún más, el sistema normativo de una nación “postcolonial” no puede permitir un sistema normativo paralelo.

## 5. Conclusión

La crítica de Jean-Luc Nancy sobre la finitud de ser, refuta la posibilidad de un discreto ser finito capaz de ser absolutamente separado. He extendido esta crítica de finitud a la noción monista de soberanía desarrollada en *Mabo*. Yo argumento que la aseveración de un ente discreto, es siempre ya la aseveración de la relación —la pluralidad, la comunidad. La soberanía es una singularidad absoluta que puede ser desarrollada indefinidamente para ser la base de lo que ahora también fracasa. La contradicción que resulta de tales “máximas” bases, fue observado en los intentos contradictorios de mantener las bases del derecho y “maniobrarlas” (El juez Gummow en *Wik*). La soberanía infinita no sería capaz de un mentís tan central para la inauguración de una ley “postcolonial”.

Nancy caracteriza la pluralidad del ser al cual ya se le da una existencia. La necesaria existencia de pluralidad no es sobre el reconocimiento de una “diferencia” —la “inclusión” de lo previamente “excluido”, ni siquiera una “exclusión

inclusiva". No es "pluralismo" lo que se celebra, es la multiplicidad, y se afirma con las condiciones del reconocimiento. La pluralidad descrita por Nancy es una ontología que rechaza la posibilidad de un ser finito singular con un límite que lo separa absolutamente. El fracaso de la finitud, el estar expuesto a un límite, es un evento de una comunidad. El potencial radical de esta idea, es que deshace la posibilidad de un fundamento o esencia absoluto como las bases de una comunidad. La pluralidad, ya sea ésta una multiplicidad de leyes o comunidades, es siempre ya la condición de la existencia. Una comunidad, y los derechos e intereses particulares de la misma, no pueden ser determinadas por una esencia externamente administrada por los tribunales. Ciertamente, los términos del reconocimiento, las diferencias indígenas determinadas por su calidad de ser "tradicional", son en sí mismos informados por el imperativo de mantener una ley y sociedad "australiana" unificada —una condición que ahora es manifestada a través de la distinción de (una ley aborígen) pre-colonial y una (ley australiana) "postcolonial". En ambos casos, la soberanía y el orden normativo que mantiene están de acuerdo con un carácter monista. Como los casos de título de propiedad originario demuestran, es una imposición y una re-imposición de un imperialismo absolutista, y una hegemonía que mantiene el "sueño fanático" de una singular "sociedad política distinta separada de las demás" (*Coe v Commonwealth*, 1993).

### Bibliografía

- John Borrows (2002) *Recovering Canada: The Resurgence of Indigenous Law*. (Toronto: University of Toronto Press).
- A. C. Castles (1982) *An Australian Legal History* (Sydney: The Law Book Company).
- Michael Detmold (1995) "Law and Difference: Reflections on Mabo's case" 17 *Sydney Law Review* 159
- Peter Fitzpatrick (2002) "'No Higher duty': Mabo and the Failure of Legal Foundation" 13 (3) *Law and Critique* 233.
- Immanuel Kant (1970), *Kant's Political Writings (The Metaphysics and Morals)*. Trans. H.B. Nisbet. (Cambridge: Cambridge University Press).
- Stewart Motha (1998) "Mabo (No 2): The Epistemic Limits of the Recognition of 'Difference'" Vol: 7(1) *Griffith Law Review* 79-96.
- Stewart Motha (2002) "The Sovereign Event in a Nation's Law" Vol: 13 *Law and Critique* 311.
- Jean-Luc Nancy (1991) "The Inoperative Community" in Jean-Luc Nancy, *The Inoperative Community* (Minnapolis: University of Minnesota Press). pp. 1-42.
- Jean-Luc Nancy (1993) "Sharing Freedom: Equality, Fraternity, Justice" in Jean-Luc Nancy, *The Experience of Freedom*. Trans. Bridget McDonald (Stanford, California: Stanford University Press). Chapter 7.

- Jean-Luc Nancy (2000) "Of Being Singular Plural" in Jean-Luc Nancy, *Being Singular Plural*. Trans. Robert D. Richardson and Anne E. O'Byrne (Stanford: Stanford University Press) pp. 1-99.
- Jean-Luc Nancy (2000a) "Eulogy for the M  lee", in Jean-Luc Nancy, *Being Singular Plural*, Trans. Robert D. Richardson and Anne E. O'Byrne (Stanford: Stanford University Press). pp. 145-158.
- Jean-Luc Nancy (2003) "The Confronted Community" Vol:6(1) *Postcolonial Studies* 23-34.
- David Neal (1991) *The Rule of Law in a Penal Colony: Law and Power in Early New South Wales* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Paul Patton (1995) 'Poststructuralism and the Mabo Debate: Difference, Society and Justice', in Margaret Wilson and Anna Yeatman (eds.) *Justice & Identity: Antipodean Practices* (Wellington: Bridget Williams Books). pp.153-71.
- Paul Patton (1997) 'Justice and Difference: The Mabo Case' in Paul Patton and Diane Austin-Broos (eds.) *Transformations in Australian Society* (Sydney: Research Institute for Humanities and Social Sciences, The University of Sydney). pp. 83-98.
- Elizabeth Povinelli (2002) *The Cunning of Recognition: Indigenous Alterities and the Making of Australian Multiculturalism*. (Durham: Duke University Press, 2002).
- Jeremy Webber (1995) "The Jurisprudence of Regret: The Search for Standards of Justice in Mabo" 17 *Sydney Law Review* 5.

### Lista de casos

- Cherokee Nation v State of Georgia (1831) 5 Pet 1.
- Coe v The Commonwealth (1993) 68 ALJR 110. at 115.
- Fejo v Northern Territory (1998) 195 CLR 96.
- Mabo v Queensland (No 2) (1992) 175 CLR 1.
- New South Wales v Commonwealth (Seas and Submerged Lands Case) (1975) 135CLR 337.
- R v Van der Peet [1996] 2 S.C.R. 507.
- Wik Peoples v Queensland (1996) 187 CLR 1.
- Yorta Yorta Aboriginal Community v The State of Victoria (1998) 1606 FCA.
- Yorta Yorta Aboriginal Community v The State of Victoria [2002] HCA 58.