

NICO HORN

Director Ejecutivo del Centro de Documentación y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Namibia y editor de *Namibian Online Human Rights Journal*.

RESUMEN

¿En qué coinciden las pequeñas Islas Murray – en el Estrecho de Torres, a lo largo de la costa de Australia, con menos de 9 km² de extensión – y Namibia? Ciertamente no es en la geografía, tampoco en la historia de la ocupación. Sin embargo, ambos pueblos comparten una historia de sumisión a un poder colonial y aunque se les haya permitido permanecer en su tierra ancestral, jamás se les informó que habían sido colonizados. Gracias a una demanda promovida por el pueblo de las Islas Murray, en el llamado “caso Mabo”, por fin se abandonó una de las más antiguas justificativas para la ocupación de tierras habitadas, la norma conocida como *terra nullius*. El ejemplo del caso Mabo posibilitó que el programa de reforma agraria de Namibia fuera visto bajo una nueva perspectiva, por lo menos en las regiones centro y sur del país. La Constitución de Namibia garantiza derechos de propiedad privada. Sin embargo, la idea de que pueda existir más de un derecho sobre una propiedad está presente tanto en el *common law* como en la legislación del país. En este artículo, el autor presenta el proceso en el que se adoptan diversas estrategias para llegar al objetivo final: la justa distribución de la tierra a todos los pueblos de Namibia, de forma que contribuya con la paz, la prosperidad y la estabilidad. [Artículo original en inglés.]

PALABRAS CLAVES

Derechos a la tierra – Derechos coloniales – *Res nullius* – La cuestión agraria en Namibia – El genocidio de los hereros

EDDIE MABO Y NAMIBIA: REFORMA AGRARIA Y DERECHOS PRECOLONIALES A LA POSESIÓN DE LA TIERRA

Nico Horn

Las acciones y los eventos por medio de los cuales se puso en práctica la teoría jurídica de la desapropiación componen el aspecto más sombrío de la historia de esta nación. La nación como un todo permanecerá desvalorizada mientras no exista un reconocimiento de las injusticias del pasado y su retractación. En esas circunstancias, no cabe duda que la Corte tiene el deber de reexaminar las dos cuestiones. Por razones que ya he presentado, tal reexamen impone el rechazo de ambas. Las tierras de este continente no eran *terra nullius* o “prácticamente no ocupadas” en 1788. La propiedad de la Corona en el territorio de New South Wales estaba, bajo el *common law* que pasó a vigorar a partir del establecimiento de la colonia, en 1788, delimitada o restringida por el derecho consuetudinario de propiedad de las tribus y de los clanes aborígenes a las áreas en que vivían ellos o utilizaban para fines tradicionales.¹

Las pequeñas Islas Murray, conocidas por sus habitantes como Islas Mer, están ubicadas en el Estrecho de Torres, a lo largo de la Costa de Queensland, en Australia. Con su área de menos de 9 km², ¿qué pueden tener en común con Namibia? Ciertamente no es la geografía, o la historia de la ocupación. Al contrario de las sangrientas guerras de los colonizadores alemanes contra los hereros y namas, no se disparó ningún tiro cuando el gobierno de Su Majestad, en Queensland, asumió las Islas Murray como colonia del Imperio Británico, en 1879.

1. Los jueces Deane y Gaudron en Eddie Mabo y Otros vs. el Estado de Queensland, decisión del Tribunal Superior de Australia, FC 92/014, proferida el 2 junio de 1992, ítem 9.

El gobernador de Queenstown ya ejercía algún poder sobre las islas desde 1870, aunque no formaran parte de la colonia. En 1878, la Reina Victoria firmó Cartas de Privilegio, incluyendo las islas que los ingleses denominaron Murray (así como otras del Estrecho de Torres) a la colonia de Queenstown. Y el pueblo meriam, que vivía allí, tomó conocimiento de su nueva condición de súbditos británicos en septiembre de 1879.

Según la legislación colonial de la época, cuando un territorio se convertía en parte de los dominios de la Corona, las leyes de Inglaterra, siempre que se pudiera ajustarlas a las condiciones coloniales, pasaban a regir en el territorio. Fue lo que ocurrió en las Islas Murray. Su Majestad se hizo propietaria absoluta de todas las tierras ubicadas en aquel lugar. Ni el pueblo meriam, ni los isleños tenían cualquier derecho sobre ninguna tierra del territorio: sólo la Corona tenía el poder de conferir posesión o propiedad a quienesquiera que fuera.²

Por otro lado, la ocupación de Namibia, al contrario de lo que ocurrió en las Islas Murray, fue un acto sangriento. Tal como en la mayoría de los países africanos, las fronteras de Namibia han sido definidas por las potencias coloniales europeas a fines del siglo XIX. Antes de la ocupación alemana, la población de Namibia se resumía a cerca de doce tribus de costumbres muy distintas, y la autoridad de los reyes tribales se imponía sobre áreas vagamente demarcadas.

Entre 1884 y 1890, Namibia se extendía desde el Río Orange, en la frontera meridional con África del Sur, hasta los ríos Kunene y Okavango, al norte; y desde el Océano Atlántico al oeste, hasta el paralelo 21, al este. Más tarde, las autoridades coloniales alemanas obtuvieron una franja de tierra que acompaña el Río Zambeze. La Bahía de Walvis no formaba parte de Namibia, ya que había sido ocupada por Gran Bretaña.

Las sociedades misioneras europeas iniciaron sus trabajos en Namibia en la década de 1840. Pero fue a partir de 1890 que las fuerzas alemanas emprendieron

2. Principio confirmado por los tribunales de la Corona durante más de un siglo, empezando por el caso de la Procuraduría General vs. Brown (1847), 1 Legge 312, y confirmado sistemáticamente a lo largo de los años. Véase R. vs. Kidman (1915) 20 CLR 425; Liquidators of Maritime Bank of Canada vs. Receiver-General (New Brunswick, 1892), AC 437; Commonwealth vs. New South Wales (1923) 33 CLR 1.

3. Véase Mabo y Otros vs. Queensland (n. 2, 1992) 175 CLR 1 F.C. 92/014, ítem 20: "Sin que nos detengamos en una investigación acerca de las bases jurídicas para el 'sistema de autogobierno' instituido por Douglas o para la jurisdicción del Tribunal de la Isla, a lo que todo indica, el pueblo meriam terminó acatando pacíficamente el control por parte de las autoridades de Queensland y los funcionarios del gobierno de Queensland se acostumbraron a ejercer su autoridad administrativa sobre las Islas Murray. La anexión formal se siguió al ejercicio efectivo del poder administrativo del gobierno de Queensland".

una vigorosa cruzada para sujetar a las tribus nativas, resultando en el exterminio de 75% de la población herero, y de 50% de los namas y damaras.

Los dos pueblos tienen, por lo tanto, una historia común de sumisión a un poder colonial. La autoridad británica sobre los merians, en Queensland, permitió que continuasen viviendo en la tierra ancestral, sin haberles informado jamás que habían sido colonizados, bajo el pretexto de que estaba presente para ayudar a la población.³ La dominación colonial impuesta por los alemanes a los namibios estaba decidida a expulsar a los hereros de su tierra natal, o a exterminarlos.⁴

Los dos pueblos también compartieron los efectos resultantes de la interpretación frecuente de la ley occidental, en el sentido de negarles sus derechos a la tierra ancestral. En la determinación de los derechos de propiedad, poco importaba si la tierra había sido ocupada, cedida o conquistada.⁵ Según la lógica del derecho colonial del siglo XIX y principios del siglo XX, toda “tierra no descubierta”, o sea, aquella donde los europeos no se habían establecido, era considerada *res nullius*. Era irrelevante el hecho de haber sido ocupada previamente por un pueblo nativo.

Por más arrogante que suene la mentalidad colonial del siglo XIX, tiene lógica clasificar la tierra inhabitada como *res nullius*, por lo menos en el contexto jurídico. Sin embargo, no tiene ninguna lógica considerar *res nullius* la tierra habitada desde hacía siglos. Para darle sentido a tal despropósito, los juristas debieron conferirle al término una definición que trascendiese la claridad y la lógica de su significado. Inicialmente, se amplió el término para incluir el suelo no cultivado por los habitantes nativos.⁶ Pero ni esa definición se aplicaba a los pueblos de Namibia o al de las Islas Murray, ya que en ambos casos el suelo sí había sido cultivado.⁷

Otros filósofos teorizaban con base en el presupuesto de la supremacía de

4. El decreto del General Lothar von Trotha es muy conocido: “El pueblo herero tendrá que dejar el país. De lo contrario, deberé forzarlos con el uso de armas. Cada herero encontrado dentro de las fronteras alemanas, armado o desarmado, con bienes semovientes o no, será muerto. No aceptaré más mujeres ni niños. Los mandaré de regreso a su pueblo – en caso contrario, daré órdenes para que los ejecuten. Firmado: el Gran General del Poderoso Imperador, von Trotha”.

5. E. Evatt, “The Acquisition of Territory in Australia and New Zealand”, en *Grotian Society Papers* (1968), p. 16.

6. Véase E. de Vattel, *The Law of Nations*, Libro I, pp. 100-101 (edición original, 1797). Véase también Castles, *An Australian Legal History* (1982), pp. 16-17, citado en el caso Mabo, ítem 33.

7. Se trata de argumento utilizado con frecuencia en Namibia. Véase Horn, *Land Claims and History* (conferencia no publicada proferida en Seis Farmers Community) en marzo de 2003. Sin embargo, aunque la tierra no estuviera cultivada en el sentido occidental del término, los pueblos herero y nama eran conocidos por la cría de ganado, una actividad, por cierto, exitosa.

las naciones europeas sobre los territorios de las naciones atrasadas.⁸ Esa teoría se revistió de moralidad por parte de los juristas, que llamaban la atención para los beneficios que el cristianismo, la cultura y la civilización les aportarían a esos pueblos atrasados.⁹

Ya en la primera mitad del siglo XIX, los filósofos de derecho cuestionaban la moralidad que pudiera existir en matar, masacrar y destruir las comunidades locales, para después clasificar sus territorios como *res nullius*.¹⁰ No era posible la reconciliación entre los ideales morales de cristianizar y civilizar a los pueblos atrasados de África y el edicto perverso y sádico del General von Trotha.

Sin embargo, por más ilógica que la teoría parezca, le dio origen a otra ficción jurídica en el derecho británico colonial: todas las tierras coloniales adquiridas por los súbditos de las potencias europeas pertenecían al soberano o a la Corona del reino colonial. Los tribunales determinaron, además, que tal posesión debería incluir tanto la titularidad sobre la tierra como el gobierno soberano. Es decir, tras la colonización, independientemente de la forma, el soberano europeo se convertía en señorío político y propietario *de facto* de todas las tierras del país. También significaba que el punto de partida del representante del soberano era una tábula rasa, como si las tierras incorporadas fueran, de hecho, *res nullius*. En consecuencia, sólo se consideraban válidos los derechos de propiedad reconocidos por el soberano. Y, como norma, sus representantes sólo otorgaban títulos de propiedad a colonos europeos.¹¹

Durante más de un siglo, los tribunales británicos y coloniales persiguieron la ficción del poder y de la titularidad supremas en los países colonizados.¹²

8. Véase Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law* (1926), capítulos III y IV, citados por el juez Brennan en *Mabo y Otros vs. Estado de Queensland*, op. cit., ítem 47.

9. *Johnson vs. McIntosh* (1823) 8 Wheat 543, p. 573 (21 US 240, p. 253).

10. J. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1830), 17. ed., Libro II, cap. 1, p. 7: "[...] desde que se restrinja al pastoreo y al cultivo de países desiertos, manteniéndose estrictamente en los límites de la ley de la naturaleza. Pero, hasta qué punto la captura de países ya poblados y la expulsión o masacre de nativos inocentes e indefensos sólo porque difieren de sus invasores en idioma, religión, costumbres, gobierno o raza; hasta qué punto tal conducta era condeciente con la naturaleza, la razón o el cristianismo, merece ser evaluado por aquellos que inmortalizaron sus nombres al civilizar de esa forma la humanidad".

11. Véase en *Attorney-General vs. Brown* un ejemplo de cómo lidiaban los tribunales controlados por los británicos con los desafíos a la autoridad de la Corona sobre las tierras en sus colonias.

12. Véase *New South Wales vs. Commonwealth* (1975) 135 CLR 337; *Wade vs. New South Wales Rutile Mining Co. Pty. Ltd.* (1969) 121 CLR 177; y *Randwick Corporation vs. Rutledge* (1959) 102 CLR 54, para detalles sobre juicios referentes al caso *Attorney-General vs. Brown*.

A pesar de Inglaterra haber ocupado y administrado la Bahía de Walvis como parte de sus colonias surafricanas, no hubo un sólo caso de reivindicación por parte de los nativos namibios contra Inglaterra en los tribunales de África del Sur.¹³ Tal vez el caso que más se acerque al de Namibia sea el de Rodesia del Sur, en 1919.¹⁴ En ese proceso, la justicia, tal como los tribunales de otras partes de la Comunidad Británica, se han basado en la premisa de la irreconciliabilidad de los sistemas tribal y colonial:

*Determinar hasta dónde llegan los derechos de las tribus aborígenes es una tarea inherentemente ardua. Algunas tribus ocupan una posición tan baja en la escala de la organización social que no hay forma de conciliar sus costumbres y sus concepciones de derechos y deberes con las instituciones, o con los principios jurídicos de la sociedad civilizada. No hay forma de transponer tal abismo. Sería inútil imputarle a esos pueblos cualquier sombra de los derechos reconocidos por nuestra legislación, para después trasmutarla en la esencia de lo que entendemos por derechos transferibles de propiedad.*¹⁵

En consecuencia, la cuestión no era exactamente la de saber si los pueblos nativos tenían derecho a la tierra, sino si tales derechos se acercaban a lo que el derecho británico definía como tierra y como posesión. Si, por cualquier motivo, los pueblos nativos no pasasen la segunda parte de esa prueba, no tendrían derecho a la tierra. A los demandantes les perjudicaba, especialmente, el hecho de poseer una organización social tan precaria “que no había forma de conciliar sus costumbres y sus concepciones de derechos y deberes con las instituciones, o con los principios jurídicos de la sociedad civilizada. No hay forma de transponer tal abismo”.

Los tribunales superiores rechazaron la reivindicación de los demandantes, que afirmaban ser “propietarios de tierras no enajenadas mucho antes de que la Compañía o la Corona se importaran con ellas y desde tiempos inmemoriales [...] y que las tierras no enajenadas todavía les pertenecían”, pues la manutención de tales derechos era incompatible con la ocupación por parte de los blancos y

13. J. Sarkin, “La consolidación de los reclamos de reparaciones por violaciones de los derechos humanos cometidos en el Sur” (*SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos* n. 1, São Paulo, 2004), pp. 96-97, enfatiza que apenas en 2001, once años después de la independencia de Namibia, la Herero People’s Corporation puso la primera demanda que se remitía al período colonial, contra el Deutsche Bank, Terex Corporation y Woermann Line por las atrocidades resultantes de la ley colonial.

14. *In re Southern Rhodesia* (1919) AC 211.

15. *Id.*, pp. 233-234.

con el sistema que había llevado al desarrollo del país. Como resultado, el sistema aborigen fue sustituido por otro.¹⁶

La irreconciliabilidad de los derechos de los nativos con la noción jurídica de derecho de propiedad occidental prevaleció como estándar, especialmente en el *common law* británico y en la legislación colonial, durante más de un siglo.

Los precursores de Mabo

Mientras los tribunales de la Comunidad Británica prácticamente ignoraron los cambios radicales en las relaciones internacionales, iniciadas con la formación de las Naciones Unidas tras la Segunda Guerra Mundial, y que cobraron ímpetu con la independencia de las colonias africanas y asiáticas en los años 50 y 60, el derecho internacional dio sus primeros pasos para evaluar el significado de la descolonización.

El Tribunal Superior de Australia reconoció el derecho internacional, en particular la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso del Sahara Occidental.¹⁷ En este caso, el voto mayoritario definió el concepto de *terra nullius* como un territorio que no pertenece a nadie,¹⁸ y que sólo en ese caso podría haber una ocupación jurídicamente válida, además de los casos de cesión o sucesión.¹⁹

En el caso Mabo, el juez Brennan resume la decisión del caso del Sahara Occidental en la siguiente forma (ítem 40):

Sean cuales fueren las divergencias de opinión entre los juristas, la práctica del Estado, en el período en cuestión, señala que los territorios habitados por tribus o pueblos con alguna organización social y política no eran considerados terra nullius. Muestra, en el caso de esos territorios, que la obtención de la soberanía no era en general considerada como efectuada de forma unilateral mediante la “ocupación” de la terra nullius, con titularidad original, sino por medio de acuerdos establecidos con gobernantes locales. Es verdad que a veces el término “ocupación” fue utilizado en su sentido no técnico, denotando simplemente la adquisición de soberanía. Sin embargo, no significó que la obtención de la soberanía por intermedio de tales acuerdos con las autoridades locales fuera considerada la “ocupación” de una “terra nullius”, en el sentido estricto de ese

16. Id., ibid.

17. *International Criminal Justice Review* (ICJR, 1975).

18. Véase también *Legal Status of Eastern Greenland*, P.C.I.J., Series A/B, n. 53, pp. 44 y 63.

19. *International Criminal Justice Review* (ICJR, 1975), op. cit., p. 39.

término. Al contrario: tales acuerdos con gobernantes locales, independientemente de ser considerados una “cesión” real del territorio, eran considerados como derivados de raíces de titularidad, y no como derechos de propiedad originales obtenidos por la ocupación de una terra nullius.

Los jueces fueron unánimes en la decisión de que el Sahara Occidental no era *res nullius* al ser ocupado por España, en 1884.²⁰

El juicio en el caso Mabo

Con un voto divergente, los siete magistrados del Tribunal Superior de Australia decidieron a favor de la parte reclamante. Eddie Mabo había fallecido antes del juicio, pero el derecho a las Islas Murray fue otorgado a los otros dos demandantes, representantes del pueblo meriam. Sus títulos específicos de propiedad deberían ser determinados según las leyes o costumbres tradicionales.²¹

No es importante para los propósitos de este artículo presentar todos los detalles del juicio. La esencia del proceso consiste en el reconocimiento, por parte del Tribunal Superior de Australia, de que los derechos de los aborígenes sobre las tierras precoloniales no sólo sobrevivieron al colonialismo, sino que son impuestos por la ley. A medida en que el juez Brennan, que redactó el voto mayoritario, confió plenamente en la evolución del derecho internacional, la sentencia fue tajante cuanto a la ejecutabilidad de esos derechos en los tribunales municipales de Australia.

Tal como se mencionó anteriormente, la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el caso del Sahara Occidental ejerció un papel decisivo en la argumentación del tribunal. Más interesante aún es el hecho de que dos jueces reconocieran separadamente la evaluación positiva del

20. Idem, p. 86.

21. La sentencia establece: “(1) que las tierras de las Islas Murray no pertenecen a la Corona en la interpretación del término en S. 5 de la Ley de Tierras de 1962-1988 (Q.); (2) que el pueblo de las Islas Murray detiene el derecho, oponible contra el resto del mundo, de poseer, ocupar, utilizar y disfrutar la Isla de Mer, excepto en el área arrendada a los Fiduciarios del Consejo Australiano de Misiones y los pequeños lotes de tierra (si existentes) que fueron válidamente apropiados para uso y fines administrativos, siendo tal uso incompatible con la fruición continua de los derechos y privilegios del pueblo meriam en los términos del derecho de propiedad nativo; (3) que el derecho de propiedad del pueblo meriam está sujeto al poder del Parlamento de Queensland y al poder del Gobernador en el Consejo de Queensland para extinguir el derecho por el ejercicio válido de sus respectivos poderes, siempre y cuando cualquier ejercicio de tales poderes no sea incompatible con las leyes de la Comunidad Británica”.

vicepresidente Ammoun.²² El vicepresidente Ammoun se había referido en forma afirmativa a uno de los argumentos de las partes en el sentido de que la esencia de los derechos de los pueblos nativos a la tierra está en el vínculo espiritual y “ancestral entre la tierra, o la ‘madre naturaleza’, y el hombre generado en ella y que a ella permanece ligado, y debe un día volver a ella para reunirse con sus ancestrales”.²³ Y prosiguió:

Eso corresponde a negar el propio concepto de terra nullius en el sentido de una tierra de la que alguien no generado por ella puede apropiarse. Se trata de la condena del concepto moderno, definido por Pasquale Fiore, que considera terra nullius los territorios habitados por poblaciones cuya civilización, en el sentido del derecho público de Europa, es atrasada, y cuya organización política no fue creada con base en las normas occidentales.

La importancia del caso del Sahara Occidental está en la exclusión de la posibilidad de considerar *terra nullius* la tierra habitada con base en criterios técnicos o en alguna prueba de civilización. Según el juez Brennan, si el derecho internacional no corrobora el concepto de *terra nullius* como tierra habitada, entonces también se deben abandonar las doctrinas desarrolladas por la justicia para defenderlo. La posición en el caso de Rodesia,²⁴ considerando que los pueblos nativos están “tan bajo en la escala de la organización social” que es imposible otorgarles el derecho de propiedad en los términos de la legislación occidental, obviamente no se alinea al derecho internacional. El *common law* no es estático y, ya en el pasado, acompañó la evolución del derecho internacional; por lo tanto, nada lo impide de corregir el pensamiento ilógico del pasado.²⁵

Los jueces Deane y Gaudron llamaron la atención para el hecho de que, incluso según la conservadora jurisprudencia de la Comunidad Británica, al menos algunos derechos de propiedad de los pueblos nativos no sólo resultaron reconocidos, sino también protegidos por el nuevo poder colonial.²⁶

Así, en In re Rodesia del Sur,²⁷ el Consejo Privado reconoció explícitamente que existen “derechos de propiedad privada”, como el interés en la propiedad de la

22. Ítem 40 y 41 del voto del juez Brennan y ítem 19 del voto del juez Toohey.

23. ICJR, 1975, op. cit., pp. 85-86.

24. *In re Southern Rhodesia* (1919) AC, pp. 233-234.

25. Voto del juez Brennan, ítem 41.

26. Jueces Deane y Gaudron, ítem IV.

27. (1919) AC 211, p. 233.

tierra, de una categoría tal, que “se puede presumir en una conquista, que, en ausencia de confiscado expreso o de una ley de desapropiación subsiguiente, tales derechos hayan sido respetados por el conquistador, absteniéndose de cualquier acción para restringirlos o modificarlos”. Por analogía, en Amodu Tijani vs Secretario, Nigeria del Sur (“Amodu Tijani”),²⁸ el Consejo Privado afirmó y utilizó el principio “común”, “en los términos de la ley británica [...]”, según el cual “se (deben) respetar totalmente los derechos de propiedad de los habitantes” en los casos de ocupación por cesión.

Aunque no se haya prestado el pleno reconocimiento del derecho a la titularidad, sino bajo la forma de ocupación usufructuaria, la Corona respetó tales derechos. En el caso *Adeyinka Oyekan vs Musendiku Adele*,²⁹ el Consejo Privado declaró que los tribunales en las colonias partían de la suposición de que la Corona respetaría los derechos de propiedad de los nativos y los indemnizaría por las tierras desapropiadas.

Asimismo, el tribunal consideró algunas restricciones a lo que comprendía por titularidad nativa, pero a efectos de este artículo no es necesario escudriñar los detalles. Sin embargo, tales derechos conferidos a los pueblos nativos de las colonias británicas tenían poca importancia, ya que les era prácticamente imposible defender tales derechos en los tribunales.³⁰ No obstante, esos derechos no eran completamente irrelevantes para los magistrados:³¹

La incapacidad práctica de los habitantes nativos de una colonia británica de defender cualquier titularidad en los términos del common law por medio de acciones legales, en el caso de amenaza o contravención real por parte de la Corona o de sus agentes, no significa, empero, que el reconocimiento de ese derecho por el common law sea irrelevante desde el punto de vista práctico. Los derechos personales a la titularidad no eran ilusorios: podrían, por ejemplo, ser asegurados por medio de defensa, tanto en procesos penales como civiles (por ejemplo, el supuesto hurto de productos, la usurpación posesoria tras alegada extinción del derecho por la Corona, por medio de simple aviso, se distingue de una otorga inconsistente u otra negociación). Es de suma importancia observar que si la ley interna de una colonia británica reconociera y protegiera las reivindicaciones legítimas de los habitantes nativos por sus territorios

28. (1921) 2 AC 399, p. 407.

29. (1957) 1 WLR 876, p. 880.

30. Ítem VI del voto de los jueces Deane y Gaudron.

31. Id., ítem 30.

tradicionales, el mismo hecho restringiría, en cierta forma, las acciones de la Corona y de sus agentes, aunque los habitantes nativos estuvieran esencialmente desamparados, que su titularidad hubiera sido erróneamente extinguida, o que su posesión o su usufructo fueran encerrados con violencia.

Los jueces Deane y Gaudron evaluaron lo que denominaban Desapropiación de los Habitantes Originales.³² Su voto, tras analizar la desapropiación histórica de los aborígenes y su exclusión del Parlamento británico, se basó en la teoría de que, según la ley, New South Wales era *terra nullius* al ser ocupada en 1788, y no se le aplicaba cualquier titularidad nativa.

El caso Mabo es importante para los pueblos nativos destituidos de sus tierras en las antiguas colonias europeas en todo el mundo. Básicamente, por una razón: el Tribunal Superior de Australia no sólo reconoció los significativos avances en favor de la justicia obtenidos por el derecho internacional, sino que alteró, de hecho, el *common law* australiano, alineándolo a los principios internacionales de justicia. En ese proceso, hubo que renunciar a la regla de *terra nullius*, una de las más antiguas justificativas para la ocupación de tierras habitadas.

Además, el hecho de reconocer la existencia de derechos precoloniales a la posesión de la tierra hizo posible que los que habían sido destituidos de sus tierras defendieran sus derechos en los tribunales. Por consiguiente, no sirven más como justificativa para el no reconocimiento de los derechos precoloniales, las teorías racistas que introdujeron cuestiones y conceptos del derecho occidental, como la categoría del “derecho a la propiedad privada”; o la idea de que “los nativos están en una posición tan baja en la escala de la organización social que no hay forma de conciliar sus costumbres y sus concepciones de derechos y deberes con las instituciones, o con los principios jurídicos de la sociedad civilizada”.³³

Críticas al proceso Mabo³⁴

El proceso Mabo no permaneció sin respuesta, y son familiares para los estudiosos de Namibia las críticas que ocasionó. Cooray considera que fue más bien un edicto que una decisión judicial. Galligan también acusa al Tribunal Superior

32. Id., ítem X.

33. Véase (1919) AC 211.

34. Este capítulo se basa en el artículo de L. Cooray, “The High Court in Mabo – Legalist or L’égotiste” (1992). Disponible en el sitio <www.users.bigpond.com/smartboard/mabo/index.htm>. Consultado en 28 de octubre de 2005.

de formular leyes, pero añade que, en realidad, siempre lo hizo.³⁵ Cooray compara los resultados del caso Mabo al *apartheid*:

Eso resulta análogo a las tristemente afamadas homelands de África del Sur. Pero habrá diferencias respecto a la experiencia sudafricana, en el sentido de que los habitantes de los territorios de Australia radican sobre los vastos recursos económicos y de minería. El suelo agrícola productivo y las áreas ricas en minerales estaban fuera de las homelands sudafricanas. En Australia, los beneficiarios serán una pequeña minoría y los excluidos serán la gran mayoría del pueblo. En el apartheid de África del Sur, los beneficiarios eran una pequeña minoría y los excluidos constituían la vasta mayoría.

Marchant critica a los jueces y los acusa de ser deshonestos con la historia.³⁶ Se preocupa principalmente ante la posibilidad de que una decisión relativa a un grupo de hacendados de las Islas Murray llegue a ser aplicable a los pueblos aborígenes del continente australiano.

Brunton reproduce la visión típicamente paternalista en que el pueblo nativo debería ser agradecido por la desapropiación, ya que los conquistadores aportaron las ventajas de la civilización occidental.³⁷

¿Cómo vivirían los aborígenes si Australia no hubiera sido conquistada? ¿Su situación económica sería mejor? ¿Serían superiores la ley y las costumbres tribales a la mezcla de common law y ley escrita que prevalece actualmente? ¿Habrían desarrollado la tierra de la misma forma? El sentido común y la lógica me hacen contestar negativamente a las tres últimas preguntas.

Cooray argumenta que el abordaje constitucional contemplado por el juez Brennan³⁸ les confiere a los magistrados una función más política que jurídica.

35. B. Galligan, "The Power of Seven" (*The Weekend Australian*, 17-18 julio 1993).

36. L. Marchant, *Law of Nations and European Annexation of Australia* (1993), del manuscrito inédito de libro a publicarse, citado por B. Galligan, op. cit. (no verificado por el autor).

37. R. Brunton, "Mabo and Reconciliation" (*IPA Review*, vol. 46, n. 2, 1993).

38. Juez F. Brennan, "The High Court of Australia in Mabo AMEC Leederville" (trabajo inédito, presentado en Canberra el 16 jul. 1992 durante una Conferencia sobre Derechos Humanos y mencionado en P. Connolly & S. Hulme, 1993, citado por Cooray, 1992, op. cit.). El juez alegó que una Declaración de Derechos y Garantías incluiría a los tribunales en el proceso político como nueva fuerza dominante. "Una vez definido el derecho, el tribunal debe pesar el interés colectivo contra el derecho individual. Se trata de una cuestión política, pero una Declaración de Derechos y Garantías pretende convertir el debate político en jurídico y considerar cuestiones políticas y morales a la luz de la justicia".

La crítica parece revelar que los opositores a la decisión del caso Mabo temían que los derechos de los actuales detenedores de la propiedad (al fin de cuentas, todos blancos) fueran afectados por la decisión y que pudieran llegar a ser, finalmente, desapropiados. Como los aborígenes constituyen una minoría pobre en Australia, tales temores parecen ser infundados y prácticamente imposibles para un observador de Namibia. Sin embargo, si el Tribunal Superior de Namibia llega a aplicar algo semejante, el temor por una apropiación no justa sin duda podrá amenazar a los hijos e hijas de los colonos europeos.

Namibia y Eddie Mabo

La Constitución de Namibia garantiza el derecho a la propiedad privada.³⁹ El gobierno siempre se comprometió a cumplir la Constitución en cualquier programa de reforma agraria. Sin embargo, no siempre el debate transcurrió en un ambiente de mutua aceptación de *bona fides*. Una de las principales razones puede ser el hecho de adoptar el gobierno una premisa muy específica, en el sentido de que la reforma agraria debería tener como objetivo la devolución a los habitantes originales de las tierras que están actualmente en poder dos blancos.

Lo muestra la entrevista de Sam Nujoma, presidente de Namibia, a Baffour Ankomah, editor de la revista *New African*. Nujoma afirma que los estadounidenses y británicos introdujeron principios constitucionales “para favorecer los intereses de los colonizadores blancos que, ‘por las buenas o por las malas’, habían adquirido y ocupado el territorio de Namibia durante el período colonial”. El presidente prosiguió insistiendo en que la cláusula de la espontaneidad [*willing buyer/willing seller*] establecida por la Constitución, jamás estuvo alineada con el plan político de la SWAPO [South West African People’s Organization] para lidiar con la cuestión agraria.

Por otro lado, los hacendados blancos hicieron hincapié en sus derechos constitucionales en los términos del Artículo 16. Sin embargo, ninguna de

39. El Artículo 16 tiene la siguiente redacción: “ (1) Todo individuo tendrá derecho, en cualquier parte de Namibia, a adquirir, poseer y vender todos los tipos de bienes muebles o inmuebles, individualmente o asociado a terceros, y legarle sus bienes a sus herederos o legatarios, con la salvaguardia de que el Parlamento podrá, por ley, prohibir o reglamentar a su criterio el derecho a adquisición de bienes por individuos que no sean ciudadanos de Namibia. (2) El Estado o un órgano competente o autorizado por ley podrá desapropiar una propiedad en favor del interés público, mediante el pago de una compensación justa, según los requisitos y procedimientos que determine la Ley aprobada por el Parlamento”.

las partes trató de ubicar, hasta ahora, sus puntos de partida en el contexto histórico. Para el gobierno, hablar de los habitantes originales de la tierra es referirse a un pueblo anteriormente desfavorecido. A su vez, los hacendados blancos no han hecho jamás cualquier esfuerzo para considerar que puedan existir otros derechos sobre sus propiedades.

En Namibia, la posibilidad de que exista más de un derecho sobre una misma propiedad no es un concepto nuevo en el *common law*, tampoco en el derecho legislado. Por ejemplo, se pueden restringir los derechos de un hacendado sobre sus tierras, por un contrato de arrendamiento vigente en la ocasión de la compra.⁴⁰ Los derechos de minería no están incluidos entre los derechos de un propietario de tierras agrícolas.

El ejemplo del caso Mabo permite analizar el programa de reforma agraria desde una perspectiva diferente, al menos en las regiones central y meridional del país. No voy a discutir si la guerra entre los alemanes y los hereros fue un acto de genocidio.⁴¹ Para los objetivos de este artículo, se puede decir que Namibia, tal como el Sahara Occidental, no era *terra nullius* cuando hubo la ocupación alemana. Además, acepto a esta altura que las evidencias confirman los derechos de propiedad de los pueblos herero y nama en la época de la ocupación alemana.⁴²

Si se logra demostrar los derechos de los hereros y namas, por lo menos a algunas partes del territorio, el debate puede desarrollarse en otro nivel, lo que permite identificar los pueblos que sufrieron bajo las reglas coloniales. Según el vicepresidente Ammoun, de la Corte Internacional de Justicia, ellos pueden ser reconocidos por los hacendados blancos, actuales propietarios de las tierras o hasta por el gobierno, que en última instancia decidirá el futuro de las tierras, como personas que poseen “vínculos ancestrales con la tierra, o ‘madre naturaleza’, y el pueblo generado en ella y que a ella permanece ligado, y debe un día volver a ella para reunirse a sus ancestrales”.⁴³

40. El dicho del *common law*, “*huur gaat voor koop*” (el arrendamiento prevalece sobre la compra), se cumple en la forma debida por los tribunales de Namibia.

41. Conuerdo en gran parte con un trabajo de J. Sarkin aún no publicado: aunque no se conociera en 1904 el término genocidio, se pueden evaluar los actos de las fuerzas alemanas y las comunicaciones del comandante, General L. von Trotha, a partir de la definición que se ha vuelto parte del derecho internacional. Véase también el artículo ya citado (Sarkin, 2004); y M. Hinz “One Hundred Years Later: Germany on Trial in the USA – The Herero Reparations Claim for Genocide” (*Namibian Human Rights Online Journal*, vol. 1, n. 1, 2003).

42. Tales presuposiciones se basan en discusiones preliminares con autoridades tradicionales de los pueblos nama y herero en talleres realizados en Windhoek y Keetmanshoop (2004).

43. ICJR, 1975 (citado en la nota 17), pp. 85-86.

Puede instalarse un tribunal para oír las demandas específicas de personas o pueblos. La Ley de la Reforma Agraria ya prevé el establecimiento de ese tribunal. Pequeñas enmiendas a la Ley permitirán que el tribunal trate de reivindicaciones resultantes de las guerras de 1904. Un tribunal que se ocupa de reclamos referentes a cuestiones de tierra ya funciona en África del Sur desde hace varios años y puede ser un ejemplo útil.

Si se llega a probar una reivindicación, el gobierno podrá encaminar el proceso de acuerdo a un programa preestablecido, sin dejar de reconocer, a la vez, los derechos constitucionales de los actuales propietarios. Aunque los derechos precoloniales hayan sobrevivido al colonialismo, se debe destacar que tales derechos no pueden simplemente anular los actuales derechos de propiedad garantizados por la Constitución, tal como la colonización no pudo anular los derechos de propiedad de los pueblos nativos.

Sin embargo, la prueba del derecho a las tierras nativas no deja de tener sentido. El gobierno (o incluso el tribunal) puede empezar a negociar con el actual propietario, con base en el principio de la espontaneidad (*willing buyer/willing seller*). Al llegar a un acuerdo entre el gobierno y el actual propietario, la única cuestión indefinida será el valor que se ha de pagar por la propiedad. Como las demandas serán individuales, o a veces tribales, es muy probable que excedan las actuales provisiones presupuestarias del gobierno (50 millones de dólares namibios, en el último año fiscal). En esa parte del proceso se puede solicitar ayuda financiera a diversos países donadores, y hasta a la Unión Europea. En el pasado, tanto la Unión Europea como Alemania se mostraron dispuestas a auxiliar a Namibia en el programa de reforma agraria.

Es cierto que en la práctica el proceso puede resultar menos sencillo. ¿Qué ocurriría si el actual propietario ya no fuera un individuo blanco, sino alguien de un grupo anteriormente desfavorecido? ¿O cuál será la actitud del gobierno si el actual propietario se recusa a negociar o, tras la negociación, se recusa a vender su propiedad? ¿Cuáles serían las consecuencias si más de un grupo reivindicase la misma tierra?

Aquí, no cabe discutir en detalle cada una de las cuestiones anteriores. Basta recordar que, en determinadas circunstancias, al gobierno se lo puede convencer de que la desapropiación responderá mejor a los intereses nacionales; en cambio, las partes perjudicadas siempre tendrán el derecho de llevar la cuestión a juicio. Tal vez el legislador quiera recurrir a un tribunal superior, o simplemente determinar que el Tribunal Superior, o la Suprema Corte, sea el órgano responsable de juzgar los recursos. Si no se encuentra un donador, el gobierno puede optar por asignarle a ese proyecto parte de los fondos originalmente destinados a la reforma agraria.

Conclusión

Seguramente los principios establecidos en el caso Mabo no han de ser el único proceso capaz de hacer avanzar la reforma agraria. El reconocimiento de los derechos precoloniales aportará una serie de ventajas. Desde crear un mecanismo para manejar algunos de los temas más tristes de la historia de Namibia, hasta llevar justicia a pueblos que casi se extinguieron por las manos de los colonizadores europeos. Y ha de recuperar los derechos territoriales de la segunda y tercera generaciones de descendientes de los propietarios precoloniales.

Es evidente que no hay programa capaz de reparar todas las injusticias del pasado. Los que se oponen a la recuperación de los derechos sobre tierras precoloniales pueden alegar que tal reparación no tratará igualmente a todas las personas del país que sufrieron las consecuencias de la ocupación sudafricana y del *apartheid*.⁴⁴ Infelizmente, ese programa no toca la segunda gran injusticia que se ha cometido contra el pueblo de Namibia, pero es innegable el hecho de que permitirá lidiar de forma efectiva con la injusticia cometida en 1904.

Algunos van a argumentar que el programa no tratará de las injusticias de las guerras precoloniales entre los grupos del sur y del centro del país, mientras otros van a indagar cómo un tribunal abordaría las injusticias cometidas antes, durante y después de la colonización, contra grupos nómadas, como los san y los himbas.

Pero no es la intención de este trabajo recomendar la restauración de los derechos precoloniales como la mejor, o la única posibilidad para la reforma agraria en Namibia, sino proponer un proceso que incluye diversas estrategias para alcanzar una meta final: la distribución justa de tierra entre todos los pueblos de Namibia, de forma que contribuya con la paz, la prosperidad y la estabilidad del país.

Por lo tanto, según la cláusula de espontaneidad (*willing buyer/willing seller*), el programa puede proseguir, al mismo tiempo que el gobierno pone en marcha sus proyectos de desapropiación de propiedades de hacendados extranjeros ausentes y de otras tierras, en la medida de que se trate del interés nacional.⁴⁵

Un tribunal de tierras para tratar de los derechos perdidos durante la colonización alemana le podrá dar una nueva dimensión al tema de la reforma agraria.

44. Véase Sarkin, 2004, op. cit., pp. 100-101.

45. Como el programa todavía está en fase de planificación, tendremos que aguardar que el gobierno defina el interés nacional, o inicie el proceso, antes que discutamos los pro y contra de la cuestión.