



English



Spanish



AustLII

Revista de Derecho de la Universidad de Tasmania

Kune, Randall --- "Las generaciones robadas en los tribunales: explicación de la falta de litigios exitosos generalizados por parte de miembros de las generaciones robadas" [2011] UTasLawRw 2; (2011) 30(1) University of Tasmania Law Review 32

I INTRODUCCIÓN**II LAS CONTENCIÓNES DE WINDSCHUTTLE****III IMPEDIMENTOS Y DESINCENTIVOS PARA EL LITIGIO**

Un impedimento legal

B Impedimentos probatorios

C Impedimentos procesales

D Impedimentos psicológicos, socioeconómicos y culturales

E La insuficiencia de los daños

IV CONCLUSIÓN**Las generaciones robadas en los tribunales: explicación de la falta de litigios exitosos generalizados por parte de los miembros de las generaciones robadas**RANDALL KUNE ^[*]

“Me gustaría que se recuperara al niño si no se incurriera en grandes gastos; de lo contrario, es probable que se vea afectado el prestigio del Departamento”. ^[1]

«La posesión de los hijos indicaba la propiedad del futuro». ^[2]

I INTRODUCCIÓN

Este artículo examina las razones de la falta de litigios exitosos y generalizados por parte de los miembros de las Generaciones Robadas. El término "Generaciones Robadas" se refiere a los niños indígenas australianos separados por la fuerza de sus familias y cultura por los gobiernos australianos por motivos raciales desde finales del siglo XIX hasta la década de 1970. ^[3] Si bien existe un debate continuo sobre el número de niños aborígenes separados, ^[4] no cabe duda de que las autoridades separaron por la fuerza a miles de niños aborígenes de sus padres durante este periodo. ^[5]

En su informe de 1997 de la Investigación Nacional sobre la Separación de Niños Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres de sus Familias, Bringing Them Home, la Comisión Australiana de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades (HEROC) declaró que estas expulsiones eran inmorales y, en algunas circunstancias, ilegales:

La práctica australiana de separar a niños indígenas de sus familias implicó discriminación racial sistemática y genocidio, tal como lo define el derecho internacional. Sin embargo, continuó practicándose como política oficial mucho después de haber sido claramente prohibida por los tratados que Australia había suscrito voluntariamente. ^[6]

La Comisión señaló además que, si bien la sustracción de niños podía haber sido autorizada legalmente, no dejaba de ser discriminatoria y genocida:

La investigación ha llegado a la conclusión de que la separación de niños indígenas por compulsión, coacción o influencia indebida estaba generalmente autorizada por la ley, pero que

esas leyes violaban derechos fundamentales del derecho consuetudinario que los indígenas australianos deberían haber disfrutado en igualdad de condiciones con todos los demás australianos. [7]

Keith Windschuttle adopta una posición contraria en *The Fabrication of Aboriginal History Volume 3: The Stolen Generations 1881–2008* :

Mi conclusión es que no solo la acusación de genocidio es injustificada, sino también el término «Generaciones Robadas». Los niños aborígenes nunca fueron separados de sus familias para erradicar la aborigenidad ni, de hecho, para servir a ninguna política o programa gubernamental indebido. El pequeño número de separaciones de niños aborígenes en el siglo XX se basó casi en su totalidad en motivos tradicionales de bienestar infantil. [8]

Afirma que la falta de litigios exitosos y generalizados por parte de los miembros de las Generaciones Robadas respalda esta conclusión. En pocas palabras, afirma que «si la historia de las Generaciones Robadas fuera cierta, sus miembros ya deberían haber obtenido numerosas victorias en los tribunales». [9]

Si bien el argumento de Windschuttle es irreal e ilógico, la naturaleza y el alcance de muchos de los impedimentos y desincentivos que enfrentan los litigantes de Generaciones Robadas son, en el mejor de los casos, especulativos y justifican un mayor análisis e investigación empírica. Este análisis e investigación son urgentes, ya que, dada la menor esperanza de vida de los aborígenes australianos en comparación con los australianos no indígenas, muchas de las personas afectadas se encuentran al final de su vida.

El debate sobre la existencia y el alcance de las Generaciones Robadas plantea inquietudes más amplias sobre la posible falta de acceso a la justicia, tanto para los niños víctimas de sustracción indebida como para los aborígenes australianos en general. El debate también pone de relieve la incapacidad del sistema legal para brindar justicia a los niños australianos, tanto indígenas como no indígenas, que han sido víctimas de irregularidades sistémicas.

II LAS CONTENCIONES DE WINDSCHUTTLE

Windschuttle señala que quienes defienden las Generaciones Robadas alegan que entre 50.000 y 100.000 niños fueron sustraídos. [10] Este rango, dice Windschuttle, es el grupo de posibles litigantes de las Generaciones Robadas. Posteriormente concluye, contrariamente a esta cifra, que la estimación es de 8.250. [11] Sea cual sea el número, Windschuttle no reconoce que no todos los miembros de las Generaciones Robadas son litigantes potenciales. Algunos han fallecido. Algunos estarán incapacitados por edad, enfermedad o discapacidad. Otros ignorarán su pertenencia a las Generaciones Robadas. [12] Puede que no sepan que fueron secuestrados, ni por qué, y puede que no sospechen que tienen ascendencia aborígen. Estas personas deben ser excluidas del grupo de posibles litigantes.

Windschuttle acepta que los litigantes de *Stolen Generations* se enfrentan a posibles desincentivos e impedimentos, pero les presta poca atención. En cambio, emite un juicio de valor especulativo: el incentivo económico para demandar superaría cualquier desincentivo. Se refiere a la indemnización concedida en 2007 al único litigante exitoso de *Stolen Generations*, Bruce Trevorow, por la suma de 525.000 dólares más 250.000 dólares en intereses [13], y escribe que «si bien es cierto que la acción legal es un proceso arduo y puede tardar años en dar resultados, con tal compensación potencial en juego, el esfuerzo obviamente valdría la pena en casos genuinos». [14] Esto es especialmente cierto, continúa, dada la enorme cantidad de litigantes potenciales y el tiempo (más de 25 años) que estos litigantes y abogados potenciales llevan «presentando una queja sobre el asunto». [15] Windschuttle reconoce la preocupación por la existencia de un

pensamiento racista y etnocéntrico arraigado dentro del sistema legal, pero concluye que este argumento es "difícil de creer" ^[16] a la luz de las decisiones pro-indígenas del Tribunal Superior en *Mabo* ^[17] y *Wik* . ^[18]

En general, el argumento de Windschuttle es ilógico e irreal. Afirma que no se cometió un agravio moral y social (la separación forzosa de niños aborígenes de sus familias por motivos raciales) porque no se ha reconocido ampliamente, mediante litigios exitosos, que estos agravios también eran agravios *legales* indemnizables . Su argumento es ilógico porque pretende utilizar la falta de pruebas de irregularidades legales como prueba para demostrar que no se cometió ningún agravio social o moral. *Bringing Them Home* ^[19] y el ex primer ministro Kevin Rudd, en su disculpa a las Generaciones Robadas, reconocieron el agravio social o moral. ^[20] El agravio moral reside en el racismo de las leyes, políticas y prácticas de separación, en el trato diferente que se daba a los niños aborígenes respecto a los no aborígenes, ^[21] en la suposición de que las prácticas de crianza de los niños blancos eran superiores a las de los aborígenes, ^[22] y en la destrucción de la identidad y la cultura de los niños robados que fueron entregados a cuidadores no indígenas. ^[23]

El argumento de Windschuttle tampoco es realista. Los litigios no son un buen juez de la historia. La falta de litigios exitosos no debe considerarse una prueba de la verdad histórica general. Más específicamente, las decisiones judiciales no reflejan los patrones, causas y consecuencias generales que conforman la historia. ^[24] Las razones de esto tienen mucho que ver con la naturaleza del sistema de juicio adversarial.

Los litigantes que interponen un proceso tienen la responsabilidad de probar su acusación según el estándar de prueba requerido, que en las jurisdicciones civiles de Australia se basa en la preponderancia de las probabilidades. No se trata de una búsqueda de la verdad por ningún medio. ^[25] Los juicios se llevan a cabo de acuerdo con las normas de procedimiento y prueba, en el contexto del criterio de pertinencia definido por las causas de acción alegadas. Si el caso de un solicitante fracasa, puede significar que la conducta denunciada no infringió la ley. Sin embargo, también puede significar que no cumplió con el estándar de prueba.

Los casos se resuelven con base en las pruebas presentadas (o acordadas) por las partes. Corresponde a las partes presentar las pruebas que sustenten su caso. Si una parte no presenta pruebas suficientes para probar su caso en su conjunto o para argumentar eficazmente las cuestiones relevantes en disputa, perderá el caso. Esto no significa que los hechos alegados no hayan ocurrido, aunque ese es el efecto legal de la sentencia del tribunal. ^[26] Los hechos que deben probarse deben ser aquellos relevantes para la causa de la acción alegada, y no pruebas más generales relevantes para el contexto de las políticas y prácticas indígenas australianas. ^[27]

III IMPEDIMENTOS Y DESINCENTIVOS PARA EL LITIGIO

Los argumentos de algunos defensores y detractores acérrimos de las Generaciones Robadas han sido polarizados, a menudo desequilibrados, ^[28] y la evidencia a veces se ha visto ofuscada por un lenguaje moralista y emocional, así como por generalizaciones exageradas. En la siguiente sección, el autor no pretende probar ni refutar la existencia de las Generaciones Robadas, ni entablar un debate lingüístico sobre los términos «robado» o «generaciones», ^[29] ni entrar en las «guerras históricas» ^[30] , sino que intenta adoptar una perspectiva equilibrada del debate.

Un impedimento legal

En *Kruger v The Commonwealth* , ^[31] los nueve litigantes aborígenes afirmaron la invalidez constitucional de la legislación que supuestamente autorizó la separación de ocho de ellos cuando eran niños y la separación del hijo de uno de ellos. ^[32] También argumentaron que existía una causa de acción que les daba derecho a

daños y perjuicios por el incumplimiento de los derechos constitucionales expresos e implícitos. Sin embargo, el Tribunal Superior aceptó la validez constitucional de la *Ordenanza sobre Aborígenes del Territorio del Norte de 1918*, [33] porque estaba dentro del poder legislativo de la Commonwealth según el artículo 122 de la *Constitución*; [34] no violaba la doctrina de separación de poderes; [35] no violaba el derecho a la libertad de religión en el artículo 116 de la *Constitución*; [36] y no violaba ningún derecho implícito a la libertad de movimiento y asociación [37] o la igualdad [38] que pudiera existir. El Tribunal también sostuvo que el incumplimiento de un derecho constitucional no da lugar a una nueva causa de acción por daños fuera del agravio o contrato. [39]

El Tribunal Superior también rechazó las alegaciones de que la *Ordenanza* se promulgó con fines de genocidio o tenía como objetivo la destrucción de un grupo racial, pero sostuvo, por el contrario, que su intención era benéfica. [40] Sin embargo, la mayoría no consideró si la *Constitución* limitaría de otro modo la legislación genocida, [41] dejando esta posibilidad abierta a futuros litigios. La decisión también dejó abierta la posibilidad de indemnización por daños y perjuicios por el *abuso* de esa facultad o de una similar. [42] El Presidente del Tribunal Supremo enfatizó que el abuso debe juzgarse según los estándares de la época y no de los contemporáneos. [43] La dificultad radicaba en demostrar que la destitución carecía de autoridad por ser irrazonable según los estándares de la época. [44] Esto se argumentó en el caso *Cubillo contra la Commonwealth*. [45] No prosperó. [46]

El Tribunal Federal en *Cubillo* consideró la misma legislación que *Kruger*, pero los solicitantes, Lorna Cubillo y Peter Gunner, alegaron que, por su destitución, la Commonwealth (vicariamente a través de su agente, el Director de Asuntos Nativos) cometió los agravios de negligencia, encarcelamiento falso e incumplimiento del deber legal, así como incumplió sus deberes fiduciarios hacia los solicitantes. El estatuto de limitaciones fue la razón principal para la falta de éxito de los solicitantes. El Tribunal en *Cubillo* no estaba satisfecho de que fuera justo y razonable extender el período de limitaciones, debido al perjuicio que el demandado sufriría por la demora. [47] Sin embargo, el Tribunal permitió que el juicio continuara sobre la base de que se haría una constatación formal sobre la solicitud de extensión al concluirse. [48] Por esta razón, el Juez O'Loughlin pudo hacer constatación formal sobre si las causas de la acción estaban probadas o no. Al hacerlo, Su Señoría determinó que no había ninguna política o práctica de expulsión indiscriminada [49] ni ninguna intención genocida [50] ni en la legislación ni en su administración por parte del Director de Asuntos Nativos y otros:

Las pruebas demostraron que en las décadas de 1940 y 1950 hubo personas que cuidaron de los aborígenes. Estas personas creían actuar en el mejor interés del niño. Los acontecimientos posteriores han demostrado que se equivocaron. Sin embargo, es posible que actuaran en virtud de facultades legales o, quizás en estas dos reclamaciones, sería más preciso afirmar que los solicitantes no han demostrado que actuaran fuera de sus facultades. [51]

En relación con Lorna Cubillo, el Tribunal determinó que tenía un caso prima facie contra el Director de Asuntos Nativos por encarcelamiento injusto, pero que la Commonwealth no era indirectamente responsable. [52] Incluso si se concediera permiso para proceder fuera de plazo, su acción fracasaría ya que no había demandado al demandado adecuado. Se determinó que Topsy, la madre de Peter Gunner, había consentido su deportación, y por lo tanto, ninguna demanda por invasión de propiedad o encarcelamiento injusto podría prosperar. [53] Ni Lorna Cubillo ni Peter Gunner pudieron establecer un incumplimiento del deber legal. [54] La Commonwealth no tenía ningún deber de cuidado según el derecho consuetudinario por negligencia hacia ninguno de los solicitantes. [55] El Tribunal determinó que el Director no tenía un deber de cuidado al momento de la deportación, a menos que la deportación estuviera fuera de su poder (lo que en este caso no

fue así).^[56] El Tribunal decidió que sí surgía un deber de cuidado una vez que se ejercía el poder para garantizar su seguridad y bienestar.^[57] En el caso de Lorna Cubillo, no se incumplió el deber, pero sí en el de Peter Gunner.^[58] Sin embargo, el deber lo debía el Director, quien no había sido demandado, y la Commonwealth no era responsable vicariamente.^[59] Por lo tanto, ambas acciones por negligencia fracasaron.

En Nueva Gales del Sur, a Joy Williams se le concedió permiso para proceder fuera de plazo,^[60] pero sus reclamaciones sustantivas no prosperaron en 1999.^[61] La tutela no se transfirió de su madre a la Junta de Bienestar Aborigen en virtud de la *Ley de Protección de los Aborígenes de 1909* (NSW), aunque sí se convirtió en una "tutelada" en virtud de la Ley. Su demanda por allanamiento fracasó, ya que se reconoció que su madre había consentido su colocación en acogida,^[62] y se realizó de conformidad con las facultades legales de la Junta.^[63] No se le debía ninguna obligación legal procesable^[64] porque "[l]as disposiciones de la Ley no tenían por objeto conferir un derecho de acción por agravio con referencia a la naturaleza, el alcance y los términos de la legislación sobre bienestar infantil".^[65] Su Señoría sostuvo que no existía ningún deber fiduciario, pero que, de existir, tampoco se incumplió en las circunstancias, ni la supuesta pérdida habría sido causada por el supuesto incumplimiento.^[66] No existía ningún deber de cuidado,^[67] y, por lo tanto, la demanda por negligencia del demandante fue desestimada. Como alternativa, el Tribunal determinó que, de existir dicho deber, no se incumplió,^[68] y, en cualquier caso, la pérdida no fue causada por ningún supuesto incumplimiento.^[69] Una de las razones por las que el Tribunal se negó a crear una nueva categoría de deber de cuidado fue el riesgo de que, al hacerlo, se iniciara una avalancha de litigios por parte de quienes sufrieron lesiones psicológicas mientras se encontraban bajo la tutela del Gobierno.^[70] Otra razón política fue que el Estado no debería estar en una posición diferente respecto a su deber hacia los niños bajo su cuidado que la de los padres.^[71]

Se presentaron reclamos de compensación por incumplimiento del deber fiduciario,^[72] y fueron rechazados, en *Williams*,^[73] *Cubillo*,^[74] y *Estado de Australia del Sur v Lampard-Trevorrow*,^[75] principalmente sobre la base de que el traslado de niños al cuidado estatal no creaba un deber fiduciario del tipo en el que los incumplimientos de carácter no económico pueden dar lugar a daños y perjuicios.^[76]

Las reclamaciones por negligencia no se excluyen, como concluyó el Juez Rolfe en una solicitud de extensión de tiempo en *Johnston*,^[77] particularmente dado el estado confuso de la ley de negligencia en relación con cuándo se creará un nuevo deber de cuidado.^[78] Esto se enfatiza en *State of South Australia v Lampard-Treverrow*,^[79] en el que el Tribunal Pleno de Australia del Sur permitió la concesión de una indemnización por negligencia y mala conducta en el cargo público. Ese caso fue una apelación del Estado de Australia del Sur de la decisión del Juez Gray en *Trevorrow v South Australia (No. 5)*.^[80] Alrededor de la Navidad de 1957, el demandante, Bruce Trevorrow, de 1 año, fue llevado al hospital con gastroenteritis, pero se recuperó rápidamente. Fue retirado del hospital por el Departamento de Aborígenes el 6 de enero de 1958 y acogido por el Sr. y la Sra. Davies, que eran padres de acogida sin experiencia. Su madre biológica no fue informada y no dio su consentimiento. La *Ley de Aborígenes* otorgó algunas facultades de destitución, pero en 1949, el Procurador de la Corona había informado formalmente al Fiscal General que el artículo 7 de la *Ley de Aborígenes de 1934-1939* no autorizaba la separación forzosa de niños aborígenes de sus padres.^[81] Esta información se distribuyó a los miembros del Gabinete y a la Junta de Protección de los Aborígenes (APB). La información fue confirmada en 1954.^[82]

El demandante, según lo presentó ante el Tribunal, sufría de depresión grave y abuso de alcohol, lo que le provocó pérdida de capacidad de generar ingresos y una enfermedad mental persistente. Trabajaba en un

programa de trabajo protegido, su matrimonio se vio afectado por la violencia doméstica, nunca se sintió cercano a sus hijos y nunca se identificó con su cultura indígena. [83]

El Tribunal Pleno del Tribunal Supremo de Australia del Sur confirmó algunas de las conclusiones del juez de primera instancia, pero revocó otras. [84] El Tribunal Pleno confirmó que la APB o, alternatively, el Secretario del Departamento de Aborígenes eran responsables del delito de mala conducta en un cargo público por destituir a Bruce sin consentimiento, porque sabían que estaba fuera de su poder y que el daño era previsible. [85] La Corona era indirectamente responsable. [86] La APB también tenía un deber de cuidado con el demandante para evitar causarle daño al separarlo del cuidado y del contacto con su madre. [87] A diferencia de la decisión en *Cubillo*, el Tribunal Pleno sostuvo que el deber se debía independientemente de que la APB tuviera o no autoridad legal para actuar. [88] El Tribunal distinguió el deber de los padres reales de los de organismos como la APB, [89] y rechazó los argumentos de que dicho deber produciría un efecto potencialmente paralizante en la toma de decisiones sobre protección infantil. [90]

Por otra parte, el Pleno del Tribunal revocó las conclusiones del juez de primera instancia en dos aspectos importantes. En primer lugar, no se contó con privación ilegal de la libertad, dadas las circunstancias de una familia que cuidaba a un menor. [91] En segundo lugar, si bien era posible un deber fiduciario, no se debía en este caso. [92] La evaluación de causalidad del juez de primera instancia y la indemnización por daños y perjuicios no fueron impugnadas, [93] pero el valor precedente del caso reside en la ampliación del deber de cuidado por parte de la APB y la enunciación de los principios de prevaricación en el ejercicio de funciones públicas. En casos análogos, otros litigantes de Generaciones Robadas podrían tener un éxito similar. Mucho depende del grado de conocimiento sobre los efectos de la destitución en el momento de la misma. [94]

Algunos autores identifican racismo inconsciente en el proceso judicial. [95] Robert Manne afirma que el Juez O'Loughlin no interpretó adecuadamente los datos históricos sobre la política de deportaciones, debido a su racismo inconsciente:

El juez O'Loughlin tiene razón al argumentar que quienes separaron a los niños de sus madres, familias y comunidades creían actuar "en el mejor interés del niño". Lo que no ve es hasta qué punto su concepción de lo que era en el mejor interés del niño "mestizo" estaba determinada por supuestos racistas incuestionables. [96]

Las demandas de responsabilidad extracontractual y de equidad fallidas representan un desafío al poder judicial para que "desarrolle los principios de responsabilidad extracontractual y equidad de manera que puedan reconocer la responsabilidad por los daños específicos derivados de la historia asimilacionista de Australia". [97] Existe la esperanza de que la jurisprudencia australiana pueda liberarse de los supuestos y conceptos jurídicos derivados del derecho inglés, que carecen de la realidad histórica propia del contexto colonial australiano. [98]

Otros han cuestionado el papel "redentor" del sistema legal. [99] Si bien la acusación de discriminación racial podría ser justificable, [100] la conducta, tanto desde un punto de vista moral como legal, debe juzgarse según los estándares de la época. Por razones similares, la acusación de genocidio no puede sostenerse argumentando que no era un delito de derecho consuetudinario en el momento de las destituciones. [101] Incluso en *Trevorrow*, donde se demostró la mala conducta en el ejercicio de un cargo público, el Tribunal aceptó la intención benéfica de legisladores y administradores, aunque errónea al juzgarla según los estándares actuales.

B Impedimentos probatorios

La Investigación *Bringing Them Home* ha sido criticada por ser parcial, ya que los testimonios sobre las expulsiones y el trato recibido no fueron sometidos a un análisis exhaustivo ni a una prueba durante el contrainterrogatorio. ^[102] Tampoco fue objeto de refutación ni argumentación por parte de los acusados. De hecho, no se solicitó el testimonio de quienes establecieron o implementaron las leyes y políticas presuntamente genocidas y discriminatorias, ^[103] a pesar de que la Comisión tenía la clara facultad de exigir la comparecencia de testigos y la presentación de documentos. ^[104] No se hicieron recomendaciones sobre la continuación de la investigación ni la imputación de ninguno de los responsables políticos, legisladores o administradores con cargos penales. La Investigación se utilizó como una oportunidad para que las personas expulsadas y maltratadas expresaran su experiencia y, por lo tanto, su dolor y pérdida. Llevar a cabo la Investigación de esta manera fue una decisión deliberada, basada en lo que los Comisionados consideraron el uso más eficaz de los recursos asignados. ^[105] A pesar de estas deficiencias alegadas, caben pocas dudas de que las consecuencias de la expulsión y las experiencias de esos testigos ocurrieron tal como se describe. ^[106] Su sufrimiento incluyó pérdida de identidad, pérdida de cultura, abuso físico, sexual y emocional, y las consiguientes dificultades psicológicas, lesiones psiquiátricas y enfermedades mentales a largo plazo, con las consiguientes pérdidas personales y económicas. En muchos casos, el abuso fue sistémico, y los niños no mejoraron su situación bajo tutela ^[107] o empeoraron, como demuestra *Trevorrow*.

Sin embargo, debido a la demora entre la sustracción, el abuso y el litigio, cualquier demandante tendría dificultades para satisfacer la carga de la prueba. Una razón es la muerte o desaparición de testigos, o el desvanecimiento de su memoria. Otra es la falta de pruebas documentales. Si bien muchos niños aborígenes fueron sustraídos sin documentos que justificaran o explicaran la sustracción, ^[108] la falta de registros no es exclusiva de los niños aborígenes. ^[109]

Según una opinión, si las políticas y prácticas gubernamentales fueran manifiestamente racistas y genocidas, cabría esperar alguna prueba escrita. De lo contrario, la acusación de racismo sería mera especulación. Esta opinión fue descartada por el Juez O'Loughlin, quien declaró:

Las pruebas no niegan la existencia de la generación robada, y existían indicios de que algunos niños parcialmente aborígenes fueron internados en instituciones contra la voluntad de sus padres. Sin embargo, me limito a formular conclusiones basadas en las pruebas presentadas ante este Tribunal en este procedimiento; dichas pruebas no respaldan la conclusión de que existiera una política de internamiento de niños parcialmente aborígenes como la alegada por los solicitantes; y si, contrariamente a dicha conclusión, existiera dicha política, las pruebas de este procedimiento no justificarían la conclusión de que se implementara de forma rutinaria en el caso de estos solicitantes. ^[110]

Cualquier registro suele respaldar la postura institucional. El razonamiento racista no suele enunciarse explícitamente para justificar la toma de decisiones racista, ^[111] y los registros gubernamentales probablemente incluirán, en su lugar, razones de "interés superior" para la expulsión. ^[112] A estas dificultades se suma la presunción de regularidad de los documentos oficiales, que fue desastrosa para muchas de las demandas en *el caso Cubillo*. ^[113] Esta presunción probatoria permite al tribunal presumir la exactitud de la documentación oficial en ausencia de prueba en contrario.

En los casos de *Williams* y de Peter Gunner en *Cubillo*, la decisión de los Tribunales sobre la validez del consentimiento parental anuló varias posibles causas de acción, a saber, allanamiento y privación ilegal de la libertad. En *Cubillo*, el Juez O'Loughlin asumió, al aceptar la prueba de la huella dactilar de la madre de Peter Gunner como prueba del consentimiento para su deportación, que «no es inimaginable que un agente

de patrulla dedicado y bienintencionado pudiera explicar a una aborígen tribal como Topsy el significado y el efecto del documento». [114]

Estas suposiciones [115] ignoran el "contexto social e histórico de la expulsión", de que los aborígenes australianos fueron tratados como tomadores de decisiones incompetentes:

En cada estado, las leyes pertinentes crearon sistemas que controlaban todos los aspectos de la vida de los indígenas australianos. Por lo tanto, se presumía que los indígenas australianos eran incompetentes para tomar decisiones sobre sus vidas. Sin embargo, se sostenía que una persona incompetente podía consentir que el Estado tuviera la custodia de su hijo o hija. [116]

La tradición oral es el principal método histórico en las culturas indígenas. Si bien algunos comentaristas afirman que los tribunales han mostrado preferencia por las pruebas escritas, que son «parte esencial de la cultura imperial», [117] esta crítica ignora la naturaleza oral de las pruebas tradicionalmente presentadas en los juicios de derecho consuetudinario. [118] Una preocupación más legítima son los posibles malentendidos derivados de las diferencias de idioma, cultura y comunicación entre los testigos aborígenes y los miembros de la cultura dominante y su sistema legal. [119] Se trata de una cuestión de auténtica injusticia potencial, que debe explorarse con mayor profundidad mediante el análisis lingüístico y sociológico de las pruebas presentadas en los casos de las Generaciones Robadas. [120]

C Impedimentos procesales

El principal impedimento procesal para el éxito de los litigios de los miembros de las Generaciones Robadas es la prescripción. [121] Cuando el plazo ha expirado y la defensa se basa en la prescripción, la legislación permite una prórroga si es justa y razonable. [122] Los factores relevantes incluirán el motivo de la demora (incluido el grado en que el demandado contribuyó a ella), el perjuicio sufrido por el demandado debido a la demora, la naturaleza del daño sufrido y la presunta conducta que lo causó. Ni siquiera una explicación legítima y comprensible de la demora puede compensar el perjuicio injusto sufrido por el demandado si esta es lo suficientemente prolongada. [123]

Explicar la demora en iniciar los procedimientos resulta difícil. Si hubiera habido abusos y malas prácticas sistemáticos contra los niños aborígenes hasta principios de la década de 1970, uno habría esperado que la primera orden judicial se emitiera antes de 1994. [124] La demora debe verse en el contexto histórico. El flujo de litigios de Generaciones Robadas comenzó después de la decisión pionera en *Mabo*. [125] No hay duda de que después de esa decisión hubo un cambio en la percepción sobre cómo el sistema legal trataba a los demandantes aborígenes en los tribunales en reclamos de títulos nativos. Otro evento importante fue la Conferencia de 1994 en Darwin titulada *Going Home* [126] donde más de 600 niños retirados se reunieron para discutir su experiencia y perspectivas futuras de justicia. Esta conferencia condujo al informe nacional *Inquiry and Bringing Them Home*, que a su vez condujo a la disculpa del Primer Ministro. Este impulso puede haber inspirado a aquellos litigantes potenciales que finalmente tomaron acciones legales contra el gobierno.

D Impedimentos psicológicos, socioeconómicos y culturales

La separación de los niños aborígenes de sus familias se produjo en el contexto histórico de una injusticia social más amplia. La circunstancia que condujo, y en muchos casos causó, las precarias condiciones sociales y económicas de los aborígenes australianos fue la colonización y el consiguiente desempoderamiento de la población aborígen. [127] Esta injusticia está ligada a la identidad de las Generaciones Robadas como pueblos indígenas y a sus relaciones con los colonizadores. Es posible que haya inhibido la capacidad o el deseo de algunos pueblos de litigar:

Su deportación y sus posteriores historias de vida están mediadas por las políticas, prácticas y políticas de vida dentro de los límites de un Estado-nación construido sobre el despojo, la violencia y regímenes legales que negaron a los pueblos indígenas los derechos fundamentales de los que gozan los australianos no indígenas. Como consecuencia, los australianos indígenas siguen estando significativamente desfavorecidos según todos los principales indicadores sociales y económicos, como la justicia penal, la salud, la educación, la vivienda y el empleo.

[128]

Los factores socioeconómicos, incluidos los altos índices de enfermedades mentales, abuso de sustancias, problemas de salud, menor esperanza de vida y educación deficiente, siguen siendo motivo de preocupación en lo que respecta a la protección de la infancia en las comunidades indígenas. [129]

Para algunos, demandar como miembro de un pueblo colonizado también tiene un impacto psicológico, [130] lo que explica en parte la falta de litigios. [131] Se puede establecer una analogía entre las razones por las que las víctimas de abuso sexual demoran en denunciar los delitos sexuales y la demora o la falta de denuncia de la victimización a través de la conducta racista sistémica del gobierno. Esto se aplica no solo a los miembros de la Generación Robada, que fueron abusados sexualmente, sino a todos, debido a la relación entre ellos y el Gobierno que los expulsó, y al trauma y la vergüenza resultantes. [132] La vergüenza y la humillación que sienten las víctimas pueden ser un poderoso desincentivo emocional para litigar. [133] Esto se agrava cuando la víctima tiene experiencias negativas previas con la ley. [134] Todos los tribunales en litigios de Generaciones Robadas han reconocido el grave impacto de la expulsión en el bienestar mental, pero se requiere más investigación.

Los procedimientos legales también ocurren en el contexto de un trauma preexistente, así como de un sentido más amplio de desequilibrio histórico y cultural e injusticia colonial, [135] y "opresión espiritual". [136] Todo esto puede tener un impacto negativo en el deseo y la capacidad de los pueblos aborígenes de procesar eficazmente sus reclamaciones, llegar a la mediación y llegar a los litigios. También puede producir acuerdos que no llegan a la atención pública. Por ejemplo, en el informe de 2009 del Fiscal General de la Commonwealth, *Un marco estratégico para el acceso a la justicia en el sistema federal de justicia civil*, el Grupo de Trabajo de Acceso a la Justicia señaló: "Los australianos indígenas fueron el grupo con mayor probabilidad de no tomar medidas en respuesta a eventos legales, haciéndolo en el 50,9% de los eventos legales, en comparación con el 32% de los no indígenas". [137]

Windschuttle especula que existe un ejército de abogados de derechos humanos esperando entre bastidores en los tribunales para representar pro bono a los miembros de la Generación Robada. De esta sugerencia, insinúa que el costo del litigio no es un obstáculo significativo para las Generaciones Robadas en los tribunales. Algunos abogados podrían haber ofrecido su tiempo para preparar y comparecer en estos casos. Por otro lado, algunos comentaristas han señalado cómo «los casos han consumido recursos significativos de las organizaciones indígenas de toda Australia». [138] La disponibilidad y el costo de la asistencia legal para los miembros de las Generaciones Robadas, tanto en el pasado como en el futuro, es un asunto que requiere una investigación exhaustiva, no meras especulaciones.

E La insuficiencia de los daños

Los litigantes no se han guiado única ni principalmente por el dinero. El Juez O'Loughlin declaró que «rechazaba cualquier sugerencia de que alguno de los demandantes buscara un filón de oro en litigios». [139] En ocasiones, la víctima no percibe la compensación monetaria como una compensación adecuada, ya que la necesidad de sanar el trauma, y una disculpa y el reconocimiento de su sufrimiento son lo más importante en su mente. [140] La compensación y la reivindicación judicial pública de las faltas pueden ayudar a la

recuperación del trauma y comenzar a colocar a la víctima en la posición en la que de otro modo se habría encontrado, pero como señala el Juez Atkinson, «en última instancia, no hay manera de reparar la pérdida de la infancia, la pérdida de los vínculos familiares y la pérdida de la identidad propia». ^[141] Es más, no se puede compensar el impacto intergeneracional de la separación, debido a la incapacidad del menor separado para relacionarse eficazmente con sus propios hijos. ^[142]

También surgen dificultades de causalidad, ya que el tribunal debe considerar qué daño se ha sufrido y cuándo ocurrió. ¿El daño fue causado por la expulsión en sí o por malos tratos durante el cuidado o después de la liberación del cuidado? Esto se enfatizó en *Williams*. ^[143] En *Cubillo*, el Juez O'Loughlin atribuyó la pérdida y el trauma sufridos por los solicitantes a su expulsión (y la pérdida asociada de cultura, idioma, lazos familiares y conexión con la tierra) por la cual el Director de Asuntos Aborígenes no era responsable, y no a su trato durante el cuidado. ^[144] El enfoque opuesto se adoptó en *Trevorrow*, donde el Tribunal aceptó que la expulsión fue la causa de gran parte de la pérdida. A Bruce Trevorrow se le otorgaron \$450 000 en daños y perjuicios por lesiones y pérdidas personales, que incluyeron la pérdida de su cultura aborígen. ^[145] También se le otorgaron \$75 000 en daños ejemplares por encarcelamiento injusto y malversación de un cargo público. ^[146] Luego se le otorgaron \$250 000 en intereses. ^[147] Esto no fue impugnado en apelación. Solo a partir de 2007 los tribunales han aceptado una cifra tan elevada.

En *Cubillo*, el Juez O'Loughlin estimó el *quantum nocional* de los daños, incluyendo un monto por pérdida de cultura, pero lo redujo debido a la falta de mitigación de los demandantes, ^[148] otorgando a Lorna Cubillo \$110 000 más \$16 800 en intereses y a Peter Gunner \$125 000 más \$19 800. El Juez Abadee en *Williams* estimó el *quantum* "contingente", ^[149] del cual solo la mitad eran daños generales, y la otra mitad eran daños especiales por pérdidas económicas pasadas, en \$100 000 más intereses (no calculados). Estos montos han sido criticados por ser sustancialmente menores que las órdenes para demandantes no aborígenes en circunstancias similares ^[150] y antes de la decisión de *Trevorrow*, no necesariamente habrían proporcionado un incentivo suficiente para litigar.

IV CONCLUSIÓN

La falta de litigios revela poco sobre las irregularidades históricas. Numerosos factores influyen en el deseo o la capacidad de una parte, y en particular de un miembro de las Generaciones Robadas, de litigar y presentar pruebas ante el tribunal. El informe *Bringing Them Home* reconoció muchos de estos desincentivos ^[151] y propuso reparaciones a través de una junta de fondos de compensación. Su enfoque abordó las reparaciones de forma más integral, incluyendo, por ejemplo, compromisos de no repetición.

Aunque el debate sobre el genocidio continúa, ^[152] los tribunales han aceptado la intención benéfica de los legisladores y administradores, aunque errónea al juzgarla según los estándares actuales. Si bien la acusación de discriminación racial podría ser justificable, ^[153] el comportamiento debe juzgarse según los estándares de la época. La revolución moral y jurisprudencial en materia de discriminación racial no tuvo lugar en Australia hasta al menos finales de la década de 1960 con el *Referéndum Constitucional sobre los Derechos Aborígenes* en 1967, y más aún a principios de la década de 1970 con el diseño de la Bandera Aborígen en 1971, ^[154] el nacimiento del "multiculturalismo", las reformas migratorias no discriminatorias, la promulgación de la *Ley de Discriminación Racial de 1975* (Cth), ^[155] y el desarrollo de los nuevos "Principios de Ubicación para Niños Aborígenes" a finales de la década de 1970. ^[156] Juzgar la remoción de las Generaciones Robadas según los estándares actuales es injusto para quienes actuaron en su momento. Tal enfoque expondría toda conducta actualmente aceptable a futuras demandas civiles imprevisibles o incluso cargos penales si las normas cambian. Incluso en *Trevorrow*, el enfoque se mantuvo en los estándares de la

época. ^[157] Sin embargo, cuanto más recientes son las remociones, menos aceptables son si se realizan sin razones no raciales adecuadas.

Es evidente, entonces, que existen impedimentos legales para el litigio de las Generaciones Robadas, pero existen impedimentos para muchos litigantes. Existe un sólido argumento moral a favor de la compensación a los miembros de la Generación Robada. ^[158] Sin embargo, las preguntas que deben plantearse en el futuro son si los impedimentos legales para lograrlo son sistémicos o inherentes a la naturaleza de los casos de las Generaciones Robadas, y si estas circunstancias justifican una futura intervención judicial o legislativa. Requieren respuestas urgentes.

[*] LLB(Hons) LLM; Abogado de Victoria y académico interino en la Facultad de Derecho de la Universidad de Monash. Ejerce en derecho de familia, derecho penal y el Tribunal de Menores, y actualmente es candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Monash (SJD) en el Centro para el Avance del Derecho y la Salud Mental. El autor agradece a Paula Gerber sus comentarios a una versión anterior de este artículo.

[1] AO Neville, principal protector de los aborígenes (WA) (21 de octubre de 1931) citado en Dorris Pilkington, *Follow the Rabbit-Proof Fence* (University of Queensland Press, 1996) 126.

[2] Anna Haebich, *Círculos rotos: fragmentación de familias indígenas 1800-2000* (Fremantle Arts Centre Press, 2000) 130.

[3] Véase, por ejemplo, Comisión Australiana de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades, Investigación Nacional sobre la Separación de Niños Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres de sus Familias, *Bringing Them Home* (1997) 217, «Two Broad Periods» («*Bringing Them Home*»). Los comisionados nunca utilizan el término «Generaciones Robadas». El término fue acuñado por el historiador Peter Read en 1981, en referencia a un grupo más limitado de niños indígenas australianos, en «*Generaciones Robadas: La Remoción de Niños Aborígenes en Nueva Gales del Sur de 1883 a 1969*» (Ministerio de Asuntos Aborígenes (NSW), 6.^a ed., 2007).

[4] Véase, por ejemplo, el debate en Keith Windschuttle. *The Fabrication of Aboriginal History Volume 3: The Stolen Generations 1881–2008* (Macleay Press, 2009) cap. 13. Contraste esto con la crítica de Robert Manne, 'Comment' (2010) 53 *The Monthly* 8 y la respuesta de Keith Windschuttle, 'Manne avoids the real debate' (2010) 54(5) *Quadrant* 60. Véase también Australian Broadcasting Corporation, 'Academics Debate Contents of Stolen Generations Report' 7:30 *Report*, 29 de marzo de 2001, <
<http://www.abc.net.au/7.30/stories/s268644.htm> > Ron Brunton, 'Betraying the Victims: The Stolen Generations Report' (1998) 10(1) *IPA Backgrounder* 4; Robert Manne, 'En negación: Las generaciones robadas y el derecho', *Quarterly Essay Issue 1* (Black Inc, 2001); D Perry, 'Desmintiendo la interpretación benigna de la historia por parte de Windschuttle' en *Crikey* (12 de febrero de 2008) <
<http://www.crikey.com.au/2008/02/12/debunking-windschuttles-benign-interpretation-of-history/> > Peter Read, 'No permitan que los hechos arruinen esta campaña', *The Australian* (Sydney), 18 de febrero de 2008; la jueza Roslyn Atkinson, 'Negación y pérdida: La separación de los niños indígenas australianos de sus familias' [2005] *QUTLawJJI* 4 ; (2005) 5(1) *Queensland University of Technology Law and Justice Journal* 71 , 73.

[5] La principal controversia radica en la supuesta intención genocida o racial de erradicar la aborigenidad. Sir Ronald Wilson aceptó que no debería haber usado el término «genocidio» en *Bringing Them Home*, ya que centraba demasiado la atención en la intención, en lugar de en las consecuencias, de la expulsión: Patrick Carlyon, «White Lies», *The Bulletin* (Sídney), 12 de junio de 2001, pp. 26–30, 27.

[6] *Bringing Them Home* , supra n. 3, 231.

[7] *Ibíd.* 241.

[8] Windschuttle, supra nota 4, 17.

[9] *Ibíd.* 571.

[10] *Ibíd.* En su disculpa a las Generaciones Robadas, el ex Primer Ministro Kevin Rudd cita «hasta 50.000» entre 1910 y 1970: Commonwealth, *Debates Parlamentarios* , Cámara de Representantes, 13 de febrero de 2008, 169 (Kevin Rudd, Primer Ministro).

[11] Windschuttle, supra nota 4, 617, Tabla 13.1. Parece engañoso de su parte identificar el rango de cifras de entre 50.000 y 100.000 como el grupo de litigantes potenciales, cuando en el capítulo siguiente estima que el número real de niños robados es menos del 10% de la cifra superior.

[12] Colin Bourke y Bill Edwards, 'Familia y parentesco' en Colin Bourke, Eleanor Bourke y Bill Edwards (eds), *Aboriginal Australia* (University of Queensland Press, 2.^a ed., 1994) 100, 101–2.

[13] De hecho, el pago se realizó en lugar de intereses. Véase la sentencia sobre costas e intereses: *Trevorrow v State of South Australia* (n.º 6) [2008] SASC 4 (1 de febrero de 2008) (Juez Gray) («*Trevorrow*»).

[14] Windschuttle, supra nota 4, 571.

[15] *Ibíd.* 572.

[16] *Ibíd.*

[17] *Mabo contra Queensland (No 2)* [1992] HCA 23 ; (1992) 175 CLR 1 ('Mabo').

[18] *Wik Peoples contra Queensland* (1996) 187 CLR 1.

[19] Véase, por ejemplo, la cita expuesta más arriba de *Bringing Them Home* , nota 3, 241.

[20] Commonwealth, *Debates Parlamentarios* , Cámara de Representantes, 13 de febrero de 2008 (Kevin Rudd, Primer Ministro), pág. 167. En particular, en la pág. 170, el Primer Ministro se refiere a las facultades otorgadas por estatutos y legislación delegada que legalizaron la separación de menores por motivos raciales. Según el Primer Ministro, estas leyes «hicieron posible el robo de generaciones».

[21] Antonio Buti, 'Remoción de niños indígenas de sus familias: el camino del litigio' (1998) *University of Western Australia Law Review* 203 , 206.

[22] Bourke y Edwards, nota 12 supra, 114–16.

[23] Julie Cassidy, ' *Cubillo y Gunner v The Commonwealth* : Una negación de la generación robada' [2003] *GriffLawRw* 5 ; (2003) 12(1) *Griffith Law Review* 114 , 124–5.

[24] Pam O'Connor, 'Historia en juicio: *Cubillo y Gunner contra la Mancomunidad de Australia* ' [2001] *AltLawJl* 7 ; (2001) 26(1) *Alternative Law Journal* 27 , 30; Rosanne Kennedy, 'Testimonio de generaciones robadas: trauma, historiografía y la cuestión de la "verdad"' (2001) 25 *Aboriginal History* 116; Chris Cunneen y Julia Grix, *Las limitaciones del litigio en casos de generaciones robadas* (Instituto Australiano de Estudios Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres, 2004) 26.

[25] *Whitehorn v R* [1983] HCA 42 ; (1983) 152 CLR 657 , [33] (Dawson J), aprobado por la mayoría del Tribunal Superior en una sentencia conjunta de cinco jueces en *R v Apostilides* [1984] HCA 38 ; (1984) 154 CLR 563 , [15].

[26] Atkinson, nota 4, 87.

[27] Esto fue reconocido por el Juez O'Loughlin en *Cubillo v The Commonwealth (No 2)* [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 , 41. Véanse también los comentarios del Juez Merkel en *Nulyarimma v Thompson* [1999] FCA 1192 ; (1999) 96 FCR 153 en 173-174, citado con aprobación en *Cubillo* [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 , 34. Por otro lado, los tribunales frecuentemente imparten justicia al reconocer una nueva obligación en un área contenciosa, o al reconocer el desarrollo del common law en una dirección particular. La elección de reconocer un deber novedoso en este sentido puede ser vista como una elección política, de creación de leyes.

[28] Richard Broome, *Aborígenes australianos: una historia desde 1788* (Allen y Unwin, 4^a ed., 2010), 311.

[29] *Ibíd.*

[30] *Ibíd.* 316.

[31] *Kruger v The Commonwealth* [1997] HCA 27 ; (1997) 190 CLR 1 ('*Kruger*').

[32] Las expulsiones fueron realizadas por el Jefe Protector de los Aborígenes, posteriormente Director de Asuntos Nativos, en el Territorio del Norte entre 1925 y 1949, de conformidad con la *Ordenanza sobre Aborígenes de 1918* (NT). La Ordenanza permitía al Jefe Protector asumir el cuidado, la custodia o el control de los aborígenes cuando, a su juicio, redundaba en su interés (s. 6), y lo convertía en el tutor legal, primero de toda persona aborígen y de todo niño mestizo, y posteriormente de todos los aborígenes (s. 7). El Jefe Protector podía expulsar a cualquier aborígen o mestizo a una reserva o institución aborígen y mantenerlo allí (s. 16). En virtud de las regulaciones dictadas en virtud de la Ordenanza (s. 67), todos los Protectores tenían facultades similares.

[33] Esta fue reemplazada por la *Ordenanza de Bienestar de 1953* (NT), aunque fue derogada en mayo de 1957.

[34] *Kruger* [1997] HCA 27 ; (1997) 190 CLR 1 , 41 (Brennan CJ), 53 (Dawson J), 79 (Toohey J), 104 (Gaudron J), 141 (McHugh J), 161 (Gummow J).

[35] *Ibíd.* 45 (CJ Brennan), 62 (JDawson), 85 (JD Toohey), 111 (JD Gaudron), 144 (JD McHugh), 162 (JD Gummow). El CJ Brennan, los jueces Dawson y McHugh consideraron que la doctrina no era aplicable al Territorio del Norte. Los jueces Toohey, Gummow y Gaudron consideraron que la doctrina era aplicable, pero no infringida, ya que la ley no otorgaba poder judicial, sino poder administrativo, para el bienestar de los aborígenes.

[36] *Ibíd.* 40 (CJ Brennan), 87 (J Toohey), 176 (J Gummow). Los jueces Dawson, McHugh y Gaudron no resolvieron la cuestión, aunque el juez Dawson, págs. 60-1, con quien el juez McHugh coincidió en este punto, declaró que, si el artículo 116 fuera aplicable, Su Señoría coincidiría con el juez Gummow en que no se infringió en las circunstancias.

[37] *Ibíd.* 45 (CJ Brennan), 70 (J. Dawson), 142 (J. McHugh) 157 (J. Gummow). El Juez Toohey, pág. 93, sostuvo que la legislación está restringida por dicho derecho, pero que tal conclusión no podía formularse

antes del juicio en *Kruger*, dado el argumento presentado. El Juez Gaudron, pág. 130, declaró inválidas partes de la Ordenanza por vulnerar este derecho.

[38] *Ibíd.* 44–5 (CJ Brennan), 68 (J. Dawson), 114 (J. Gaudron), 155 (J. Gummow). El Juez Toohey, pág. 97, dejó esta cuestión abierta. El Juez McHugh no se pronunció al respecto.

[39] *Ibíd.* 46 (CJ Brennan), 93 (J. Toohey), 125-126 (J. Gaudron). Los jueces Dawson y McHugh no necesitaron decidir sobre el punto. El juez Gummow, pág. 148, consideró los desafíos de alegar una causa de acción novedosa, pero también se negó a decidir sobre el asunto. (Ningún juez mencionó la posibilidad de presentar demandas en equidad).

[40] *Ibíd.* 70–1 (Dawson J), 88 (Toohey J), 107 (Gaudron J), 144 (McHugh J), 158-189 (Gummow J).

[41] Sin embargo, el Juez Dawson sostuvo que el Territorio del Norte no tenía tal libertad implícita (*ibíd.*, pp. 72-73). Por el contrario, el Juez Gaudron, pág. 107, identificó la posibilidad, aunque no resolvió el punto, de que la concesión de facultades legislativas en el [artículo 122](#) de la [Constitución](#) no «autoriza graves violaciones de los derechos humanos y la dignidad, contrarias a los principios establecidos del derecho consuetudinario».

[42] *Kruger* [1997] HCA 27 ; (1997) 190 CLR 1 , 36 (Brennan CJ).

[43] *Ibíd.* 36–7 (CJ Brennan). Véase también 52–3 (J. Dawson).

[44] M Schaeffer, 'Las generaciones robadas después de *Kruger* y *Bray*' [1998] UNSWLawJl 23 ; (1998) 21(1) *Revista de Derecho de la Universidad de Nueva Gales del Sur* 247.

[45] *Cubillo v The Commonwealth* [N.º 2] [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 (« *Cubillo* »). Algunos aspectos de la decisión favorable a los solicitantes fueron revocados en apelación, pero todas las conclusiones adversas fueron confirmadas: *Cubillo v The Commonwealth* [2001] FCA 1213 ; (2001) 112 FCR 455 (Tribunal Pleno).

[46] *Ibíd.* 362-3. El caso sirvió de prueba para más de 2000 solicitantes potenciales en el Territorio del Norte: Mark Champion, «Post- *Kruger* : ¿Hacia dónde van ahora las generaciones robadas?» [1998] IndigLawB 45 ; (1998) 4(12) *Boletín de Derecho Indígena* 9.

[47] *Ibíd.* 443–5.

[48] *Cubillo v The Commonwealth* [1999] FCA 518 ; (1999) 89 FCR 528 (O 'Loughlin J, Solicitud de desestimación sumaria).

[49] *Ibíd.* 103–8; 358.

[50] *Ibid* 408. Fue la consecuencia, pero no el propósito en relación con los solicitantes.

[51] *Ibíd.* 483.

[52] *Ibíd.* 358–60.

[53] Véase más adelante [la Parte III B](#) (Impedimentos probatorios) con respecto al consentimiento de los padres.

[54] *Ibíd.* 367–8.

[55] *Ibíd.* 369.

[56] *Ibíd.* 397.

[57] *Ibíd.*

[58] *Ibíd.*

[59] *Ibíd.*

[60] Véase *Williams v Minister*, *Ley de Derechos Territoriales Aborígenes de 1983* [N.º 1] (1994) 35 NSWLR 497.

[61] *Williams v Ministro*, *Ley de Derechos Territoriales Aborígenes de 1983* [N.º 2] [1999] NSWSC 843 ; (1999) 25 Fam LR 86 ('*Williams*').

[62] Si bien el Tribunal concluyó que *Williams* no era miembro de las Generaciones Robadas en [5], debido a la solicitud de su madre de que fuera expulsada, las circunstancias del caso son relevantes para los miembros de las Generaciones Robadas.

[63] *Ibíd.* [672]–[764].

[64] *Ibíd.* [675]–[694].

[65] *Cunneen y Grix*, *supra* n. 24, 15.

[66] *Williams* [1999] NSWSC 843 ; (1999) 25 Fam LR 86 , [695]–[756].

[67] *Ibíd.* [757]–[824].

[68] *Ibíd.* [825]–[845].

[69] *Ibíd.* [846]–[865].

[70] *Ibíd.* [786]. El Tribunal de Apelación enfatizó esta preocupación: *Williams v The Minister, Aboriginal Land Rights Act 1983* [No 3] (2000) Aust Torts Reports 81-578 , [162].

[71] *Williams* [1999] NSWSC 843 ; (1999) 25 Fam LR 86 , [820]–[823].

[72] El potencial para esta causa de acción fue identificado tempranamente: Paul Batley, 'El deber fiduciario del Estado hacia los niños robados' [1996] AUJHRights 3 ; (1996) 2(2) *Australian Journal of Human Rights* 177 ; Buti, *supra* n. 21, 210-15; Melissa Abrahams, 'La perspectiva de un abogado sobre el uso del deber fiduciario con respecto a la generación robada' [1998] UNSWLawJl 18 ; (1998) 21(1) *University of New South Wales Law Journal* 213 ; Tim Hammond, 'La "generación robada": encontrar un deber fiduciario' (1998) 5(2) *Murdoch University Electronic Journal of Law* 14 ; Amanda Jones, «El Estado y la Generación Robada: Reconociendo un Deber Fiduciario» [2002] MonashULawRw 3 ; (2002) 28(1) *Monash University Law Review* 59. En una solicitud de prórroga, el Juez Rolfe, en el caso *Johnston contra el Departamento de Servicios Comunitarios* [1999] NSWSC 1156 (2 de diciembre de 1999) [136] («*Johnston*»), sostuvo que las circunstancias de un caso podrían dar lugar a una indemnización por incumplimiento del deber fiduciario en el futuro. Sin embargo, la decisión del Juez Gray en primera instancia en el caso *Treverrow* [2008] SASC 4 (1 de febrero de 2008) a favor de esta causa de acción fue revocada en apelación.

[73] [1999] NSWSC 843 ; (1999) 25 Fam LR 86 , [733] pero también en [755], aunque el razonamiento allí se basó en que la negligencia (por demora y perjuicio) era una buena defensa, existiera o no un deber fiduciario.

[74] [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 , 408–9.

[75] *Estado de Australia del Sur v Lampard-Trevorrow* [2010] SASC 56 (22 de marzo de 2010) [342].

[76] En relación con el litigio de las Generaciones Robadas se encuentran las investigaciones y litigios sobre Salarios Robados, en los que se alegó que las violaciones del deber fiduciario eran de naturaleza monetaria: Comité Permanente del Senado sobre Asuntos Jurídicos y Constitucionales, Parlamento de Australia, *Unfinished Business: Indigenous Stolen Wages*, (2006) 123–6; Rosalind Kidd, *Trustees on Trial: Recovering the Stolen Wages* (Aboriginal Studies Press, 2006); Sanushka Mudaliar, 'Stolen Wages and Fiduciary Duties – A Legal Analysis of Government Accountability to Indigenous Workers in Queensland' [2003] *AUIndigLawRpr* 33 ; (2003) 8(3) *Australian Indigenous Law Reporter* 1.

[77] [1999] NSWSC 1156 , [200]. Sin embargo, ese asunto no llegó a una decisión final.

[78] James Plunkett, 'Tenga cuidado con la negligencia' (2010) 86(5) *Law Institute Journal* 38.

[79] [2010] SASC 56 (22 de marzo de 2010).

[80] [2007] SASC 285 ; (2007) 98 SASR 136.

[81] *Ibíd.* [40].

[82] *Ibíd.* [47].

[83] *Ibíd.* [572]–[582].

[84] *Estado de Australia del Sur v Lampard-Trevorrow* [2010] SASC 56 (22 de marzo de 2010).

[85] *Ibíd.* [266].

[86] *Ibíd.* [275].

[87] *Ibíd.* [409].

[88] *Ibíd.*

[89] *Ibíd.* [388].

[90] *Ibíd.* [283].

[91] *Ibíd.* [307].

[92] *Ibíd.* [335]–[342].

[93] *Ibíd.* [276].

[94] *Ibíd.* [401]. Véase también *supra* nota 87.

[95] Robert Manne, 'Lo que el juez O'Loughlin no pudo ver' en Robert Manne, *Left , Right, Left: Political Essays 1977–2005* (Black Inc, 2005) 207, 215; Janet Ransley y Elena Marchetti, 'La blancura oculta del derecho australiano' [2001] *GriffLawRw* 9 ; (2001) 10 *Griffith Law Review* 139 ; Trish Luker, 'Amnesia “postcolonizante” en el discurso de la reconciliación: el vacío en la respuesta de la ley a las generaciones robadas' (2005) 22 *Australian Feminist Law Journal* 67 ; Elena Marchetti y Janet Ransley, 'Racismo inconsciente: examen del razonamiento judicial en casos de “generación robada”' (2005) 14(4) *Social and Legal Studies* 533 , 542–547; Alisoun Neville, ' *Cubillo v The Commonwealth* : clasificación del texto y la violencia de la exclusión' [2005] *MqLawJl* 3 ; (2005) 5 *Macquarie Law Journal* 31.

[96] Manne, 'Lo que el juez O'Loughlin no pudo ver', *supra* n. 95, 207, 215.

[97] Cunneen y Grix, *supra* nota 24, 5.

[98] Ann Curthoys, Ann Genovese y Alexander Reilly, *Rights and Redemption: History, Law and Indigenous People* (University of New South Wales Press, 2008) 135; Simon Young, 'The Long Way Home' [1998] UQLawJl 4 ; (1998) 20(1) *University of Queensland Law Journal* 70 , 85. El mismo desarrollo o transición ocurrió en el título nativo antes de *Mabo* , como *Milirrpum v Nobalco* (1971) 17 FLR 141 y *Coe v The Commonwealth* [1979] HCA 68 ; (1979) 53 ALJR 403.

[99] Heather McRae et al, *Cuestiones jurídicas indígenas, comentarios y materiales* (Lawbook Co, 4^a ed., 2009) [11.390].

[100] Larissa Behrendt, Chris Cunneen y Terri Libesman, *Relaciones jurídicas indígenas en Australia* (Oxford University Press, 2009) 246–7.

[101] *Nulyarimma v Thompson* [1999] FCA 1192 ; (1999) 96 FCR 153 ; *Buzzacott v Hill* [1999] FCA 639 ; Douglas Guilfoyle ' *Nulyarimma v Thompson* : ¿Es el genocidio un delito en el derecho consuetudinario en Australia?' [2001] FedLawRw 1 ; (2001) 29 *Federal Law Review* 1 ; David Markovich, 'Genocidio, un delito del cual ninguna nación anglosajona podría ser culpable' (2003) 10(3) *Murdoch University Electronic Journal of Law* 27.

[102] Carlyon, *supra* nota 5.

[103] *Ibíd.*

[104] *Ley de la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades de 1986* (Cth), artículo 21. Esta legislación pasó a denominarse en 2009 *Ley de la Comisión Australiana de Derechos Humanos de 1986* (Cth). Dicha investigación habría estado comprendida en el mandato de la Comisión: *Bringing Them Home* , *supra*, nota 3, 2-3.

[105] Véase la entrevista de Sir Ronald Wilson en Carlyon, nota 5, 27. Se rechazaron modestas solicitudes de asistencia y recursos adicionales: Manne, 'In Denial: The Stolen Generations and the Right', nota 5, 74-5.

[106] Además de *Bringing Them Home* , varias investigaciones e informes en Australia también han investigado el tratamiento de los niños que han sido separados de sus familias: Véase Comité de Referencias de Asuntos Comunitarios del Senado, Parlamento de Australia, *Australianos olvidados: un informe sobre los australianos que experimentaron atención institucional o fuera del hogar como niños* (2004); Leneen Forde, *Comisión de investigación sobre el abuso de niños en instituciones de Queensland* (1999) ('Investigación Forde'); Comité de Referencias de Asuntos Comunitarios del Senado, Parlamento de Australia, *Inocentes perdidos. Enderezando el registro: informe sobre la migración infantil* (2001) ; Rex Wild y Patricia Anderson, Junta de investigación sobre la protección de los niños aborígenes contra el abuso sexual, *Informe Little Children are Sacred* , Gobierno del Territorio del Norte (2007); EP Mulligan, *Comisión de investigación sobre niños en atención estatal: denuncias de abuso sexual y muerte por conducta delictiva* (2008); y, más recientemente, *la Investigación por iniciativa propia del Defensor del Pueblo de Victoria sobre la protección de los niños en atención fuera del hogar* (2010); Defensor del Pueblo de Tasmania, *'Escuche a los niños' Revisión de las denuncias de abuso de adultos bajo atención estatal cuando eran niños* (2004).

[107] Atkinson, nota 4, 81–3.

[108] Leer, *supra* n.º 3.

[109] Véase, por ejemplo, el documento del Gobierno de Queensland, *Missing Pieces: Information to Assist Former Residents of Children's Institutions to Access Records* (2001).

[110] *Cubillo* [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 , 358.

[111] Behrendt, Cunneen y Libesman, *supra* n 100, 246–7

[112] Cunneen y Grix, *supra* n. 24, 24. Véase también *Cubillo* [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 , 390, aunque es controvertido en algunos aspectos: Cunneen y Grix, *supra* n. 24, 18-19.

[113] *Cubillo* [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 , 357.

[114] *Ibíd.* 245–6.

[115] Aunque en el caso de *Williams* [1999] NSWSC 843 ; (1999) 25 Fam LR 86 fue admitido por el demandante.

[116] Atkinson, *supra* nota 4, 81. Véase también Cunneen y Grix, *supra* nota 24, 24. Esta legislación aparece enumerada en McRae, *supra* nota 99, [1.310].

[117] Cunneen y Grix, *supra* n. 24, 23.

[118] *Butera v Director of Public Prosecutions (Vic)* [1987] HCA 58 ; (1987) 164 CLR 180 ; *Gately v The Queen* [2007] HCA 55 ; (2007) 232 CLR 208. Véase también John Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial* (Oxford University Press, 2003).

[119] Diana Eades, Departamento de Justicia (Queensland), *Aboriginal English in the Courtroom: A Handbook (El inglés aborigen en los tribunales: un manual)*, (2000).

[120] Véase, por ejemplo, las malas comunicaciones y sus efectos analizados en Diana Eades, *Courtroom Talk and Neocolonial Control* (Mouton de Gruyter, 2008).

[121] El principio equitativo de negligencia tiene aplicación análoga a las reclamaciones por incumplimiento del deber fiduciario.

[122] Para un análisis de las consideraciones generales de política, véase, por ejemplo, Queensland Law Reform Commission, *Review of the Limitation of Actions Act 1974 (Queensland)*, Informe No 53 (1998), cap. 2. Véase también 155, donde la Comisión consideró cualquier excepción justificable a las limitaciones exclusivas de las Generaciones Robadas, y concluyó que dichos litigantes deberían estar en la misma posición que los demás.

[123] Joy Williams obtuvo autorización del Tribunal de Apelaciones de Nueva Gales del Sur en el caso *Williams v The Minister, Aboriginal Land Rights Act [No 1]* (1994) 35 NSWLR 497 ; Christopher Johnson obtuvo autorización del Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur en el caso *Johnson* [1999] NSWSC 1156 ; [2000]. Otros casos no han tenido éxito: Lorna Cubillo y Peter Gunner en el caso *Cubillo* [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 , 443–8, en particular debido al perjuicio que sufriría la Commonwealth debido a la falta de disponibilidad de testigos y documentos.

[124] El primer recurso fue el de Joy Williams, quien solicitó autorización mediante notificación de moción para presentar su recurso fuera de plazo en 1993. Su solicitud fue denegada en primera instancia, pero admitida en apelación ante el Tribunal de Apelaciones de Nueva Gales del Sur: *Williams contra el Ministro, Ley de Derechos Territoriales Aborígenes de 1983* (No publicado, Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur, Juez Studdert, 25 de agosto de 1993); *Williams contra el Ministro, Ley de Derechos Territoriales Aborígenes de*

[1983 \[N.º 1\] \(1994\) 35 NSWLR 497](#) (Tribunal de Apelaciones de Nueva Gales del Sur). Su demanda de fondo fue posteriormente desestimada. Véase [la Parte I](#) supra.

^[125] [Mabo \[1992\] HCA 23 ; \(1992\) 175 CL 1](#).

^[126] Jacqui Katona y Chips Mackinolty (eds), *The Long Road Home: The Going Home Conference* (Agencia de Cuidado Infantil Aborigen Karu, 1996).

^[127] Broome, supra nota 28, 51–3.

^[128] Cunneen y Grix, supra nota 24, 3.

^[129] Janet Stanley, Adam Tomison y Julian Pocock, 'Abuso y negligencia infantil en las comunidades indígenas australianas' (*National Child Protection Clearinghouse Issues*, N° 19, Australian Institute of Family Studies, primavera de 2003).

^[130] Véase, por ejemplo, el análisis en Albert Memmi, *The Colonizer and the Colonized* (trad. de Howard Greenfeld, Beacon Press, 1967), pp. 120-1, donde se refiere a la vergüenza y al odio hacia sí mismos de los colonizados.

^[131] Larissa Behrendt y Loretta Kelly, *Resolviendo disputas indígenas: conflictos por la tierra y más allá* (Federation Press, 2008) 97–100.

^[132] *Carter v Co of the Sisters of Mercy of Diocese Rockhampton & Ors* [\[2001\] QCA 335](#) (28 de agosto de 2001); *R v ERJ* [\[2010\] VSCA 61](#) (29 de marzo de 2010) [51]. Véase también Annette Marfording, 'Acceso a la justicia para sobrevivientes de abuso sexual infantil' [\(1997\) 5\(2\) Torts Law Journal 221](#) ; Queensland Law Reform Commission, supra n.º 121, cap. 14 'Sobrevivientes de abuso sexual infantil'; Ben Mathews, 'Períodos de prescripción y casos de abuso sexual infantil: Derecho, psicología, tiempo y justicia' [\(2003\) 11 Torts Law Journal 218](#) , 1.1.

^[133] Cunneen y Grix, supra n. 24, 30.

^[134] Haebich, nota 2 supra, 601. De hecho, se ha reconocido que ser miembro de la Generación Robada reduce la culpabilidad moral de un delincuente en ciertas circunstancias: Richard Edney, 'La Generación Robada y la Sentencia de los Delincuentes Indígenas' [\[2003\] IndigLawB 16](#) ; [\(2003\) 5\(23\) Boletín de Derecho Indígena 10](#).

^[135] Behrendt y Kelly, nota 130 supra, pp. 73–85. Véase también Consejo Asesor Nacional para la Resolución Alternativa de Disputas (NADRAC), *Resolución de Disputas Indígenas y Gestión de Conflictos* (NADRAC, 2006), 16.

^[136] Stanley, Tomison y Pocock, nota 128, 12-13.

^[137] Grupo de Trabajo de Acceso a la Justicia, Departamento del Fiscal General (Cth), *Un marco estratégico para el acceso a la justicia en el sistema de justicia civil federal* (Gobierno de la Commonwealth, Canberra, 2009), 20.

^[138] Cunneen y Grix, supra n. 24, 37.

^[139] *Cubillo* [\[2000\] FCA 1084](#) ; [\(2000\) 103 FCR 1](#) , 483.

^[140] Linda Popic, 'Compensar a las generaciones robadas de Canadá' [\[2008\] IndigLawB 4](#) ; [\(2008\) 7\(2\) Boletín de Derecho Indígena 14](#).

[141] Atkinson, nota 4, 87.

[142] JA De Maio, et al, *Encuesta de salud infantil aborigen de Australia Occidental: medición del bienestar social y emocional de los niños aborígenes y los efectos intergeneracionales de la separación forzada*, (Universidad de Tecnología de Curtin y Instituto Telethon para la Investigación de la Salud Infantil, 2005); Chis Cunneen y Terry Libesman, 'Eliminados y descartados: el legado contemporáneo de las generaciones robadas' [2002] *AUIndigLawRpr* 55 ; (2002) 7(4) *Australian Indigenous Law Reporter* 1.

[143] *Williams* (1999) 125 *Fam LR* 86 , [846]–[865]. El Tribunal de Apelación también enfatiza esta dificultad: *Williams v The Minister, Aboriginal Land Rights Act 1983* (2000) *Aust Torts Reports* 81-578, [157]–[158].

[144] *Cubillo* [2000] *FCA* 1084; (2000) 103 *FCR* 1, 388. A similar result occurred in Valerie Linow's initial application to the New South Wales Victims of Crime Compensation Tribunal for loss suffered in a sexual assault after her removal from her family and being placed into care: see Christine Forster, 'The Stolen Generation and The Victims Compensation Tribunal: The "Writing In" of Aboriginality to "Write Out" a Right to Compensatory Redress for Sexual Assault' [2002] *UNSWLawJl* 7; (2002) 25(1) *University of New South Wales Law Journal* 185, 191–2; Alexis Goodstone, 'Stolen Generations Victory in the Victims Compensation Tribunal' [2003] *IndigLawB* 6; (2003) 5(22) *Indigenous Law Bulletin* 10.

[145] *Trevorrow v State of South Australia (No 5)* [2007] *SASC* 285; (2007) 98 *SASR* 136, 387, 393.

[146] *Ibid* 393.

[147] *Trevorrow* [2008] *SASC* 4 (1 February 2008). See also above n 13.

[148] *Cubillo* [2000] *FCA* 1084; [2000] 103 *FCR* 1, 474–9.

[149] *Williams* (1999) 125 *Fam LR* 86, [867]–[1038].

[150] Cunneen and Grix, above n 24, 21.

[151] *Bringing Them Home*, above n 3, 264.

[152] *Nulyarimma v Thompson* [1999] *FCA* 1192; (1999) 96 *FCR* 153; *Buzzacott v Hill* [1999] *FCA* 639 (10 May 1999); Guilfoyle, above n 101; Robert van Krieken, 'Is Assimilation Justiciable? *Lorna Cubillo and Peter Gunner v The Commonwealth*' [2001] *SydLawRw* 10; (2001) 23 *Sydney Law Review* 239; Markovich, above n 101; Shirleene Robinson and Jessica Paten, 'The Question of Genocide and Indigenous Child Removal: The Colonial Australian Context' (2008) 10(4) *Journal of Genocide Research* 501; Robert van Krieken, 'Cultural Genocide Reconsidered' (2008) 12 *Australian Indigenous Law Reporter* 76; Julie Cassidy, 'Unhelpful And Inappropriate?: The Question Of Genocide And The Stolen Generations' (2009) 13(1) *Australian Indigenous Law Reporter* 114.

[153] Behrendt, Cunneen and Libesman, above n 100, 246–7.

[154] Diseñada por el anciano aborigen Harold Thomas y ondeada por primera vez en 1971, la bandera aborigen australiana fue designada bandera australiana en virtud de la *Ley de Banderas de 1953* (Cth), cuando fue proclamada como tal por el Gobernador General en julio de 1995: Commonwealth of Australia, *Gazette* , No S259 (1995).

[155] Esta legislación hizo ilegal en ciertas circunstancias discriminar a una persona por motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico (art. 9) y vinculó a la Commonwealth y a los estados (art. 6).

[156] Richard Chisholm, 'La colocación de niños indígenas: cambiar la ley' [1998] UNSWLawJI 19 ; (1998) 21(1) *University of New South Wales Law Journal* 208.

[157] *Australia del Sur v Lampard-Trevorrow* [2010] SASC 56 (22 de marzo de 2010), [389].

[158] Behrendt, Cunneen y Libesman, *supra* n. 100, 44-46.