

## CAPÍTULO IV

El principio Ker-Frisbie . . . . .	79
1. El precedente Ker v. Illinois (119 US 436) (1886) de los hechos consumados . . . . .	83
2. La tesis Frisbie v. Collins 342 US 519 (1951) y los límites del debido proceso legal . . . . .	92
3. La pequeña gran excepción de United States v. Toscanino (500 F2d. 267) (1974) y la capacidad de conmoción de los tribunales estadounidenses . . . . .	98

## CAPÍTULO IV

### EL PRINCIPIO KER-FRISBIE

Este concepto jurisprudencial, que se originó hace más de un siglo, muestra cómo el derecho y la política han avanzado en el mundo a partir de la Segunda Guerra Mundial, pues el constitucionalismo moderno se regenera a partir de 1945 y el desarrollo del derecho internacional muestra un gran progreso a partir de esta época. Por ello, hacer referencia a un centenario principio plasmado en un caso de la Suprema Corte de Estados Unidos de 1886, previo a todo progreso —de ese país y del mundo— en la esfera internacional y constitucional, es aludir a un principio obsoleto más que a un principio clásico. Sin embargo, Estados Unidos se ha aferrado en sostener una letrista interpretación del *ante-bellum*.

Ni siquiera las nuevas democracias, como en Sudáfrica, han caído en el vicio de legitimar prácticas contrarias al derecho internacional, como lo es el secuestro. En el caso *S. vs. Ebrahim* (1991 2 S. Afr. L. Rep. 553), decidido en junio de 1991 por la Suprema Corte de Sudáfrica, el secuestro de un miembro del denominado Congreso Nacional Africano que residía en Swazilandia, perpetrado por agentes gubernamentales de Sudáfrica, con el objeto de enjuiciarlo por traición, se determinó que el involucramiento de agentes del gobierno en dicho secuestro constituía una violación de derecho internacional que no podía tolerarse, por lo que la Suprema Corte de ese país declinó tener jurisdicción para juzgarlo. Poco después del término de la Segunda Guerra Mundial, el Departamento de Estado de Estados Unidos expidió un boletín (en 1948) que declaró, ante el peligro de una campaña de secuestros auspiciados por la antigua Unión Soviética contra los soviéticos que se habían refugiado en ese país, lo siguiente: “El gobierno de Estados Unidos no puede permitir el ejercicio dentro de Estados Unidos del Poder Policial de ningún gobierno extranjero.”<sup>95</sup>

95 Ward, Linde C., “Forcible abductions made fashionable: United States v. Álvarez Macháin’s extension of the Ker. Frisbie doctrine”, *Arkansas Law Review*, vol. 47, 1994, p. 477.

Por otra parte, el Parlamento iraní aprobó una ley el 1o. de noviembre de 1989, permitiendo los arrestos extraterritoriales de ciudadanos norteamericanos.<sup>96</sup> Esta paradoja, que acerca a dos enemigos en sus métodos, pone en evidencia que el camino del secuestro y de la violación del derecho internacional no es el correcto.

La época del maccarthismo en Estados Unidos, durante la década de los cincuenta en el siglo XX, propició en lo interno y en lo externo una lucha sin tregua contra los comunistas y su espionaje, tan despiadada como la ahora lucha contra el narcotráfico. La policía y los agentes gubernamentales de Estados Unidos cayeron en excesos por perseguir implacablemente el peligro del comunismo, la libertad más afectada entonces fue quizá la de expresión, tal como lo denunció el ministro de la Suprema Corte de Justicia, William Douglas, en las controvertidas Conferencias Madison de 1963.<sup>97</sup> En dichas conferencias, Douglas, que participó en el despegue de la Suprema Corte en su etapa más liberal, manifestó que las prácticas policíacas violatorias del debido proceso legal eliminaban probablemente la única característica favorable que el sistema capitalista tenía sobre el comunismo: el ideal constitucional de protección a la persona y sus posesiones, por lo que tales conductas para aplicar la ley eran contraproducentes en la competencia que se iniciaba con la Guerra Fría.<sup>98</sup>

Después de la debacle del comunismo y de la terminación de cualquier competencia o guerra política, la lucha contra el narcotráfico ha sustituido esta obsesión del establecimiento estadounidense. En esta ocasión es Latinoamérica el *alter ego* de la lucha, pues finalmente es una lucha contra sí mismos. Ésta es una práctica que se repite en las campañas electorales de Estados Unidos. Al respecto, México en particular ha sido muy racional al no utilizar las mismas estrategias viciadas de política exterior, a pesar de la sencillez que eso representaría.

Para tomar un ejemplo, México podría culpar a Estados Unidos de la violencia doméstica que recientemente se ha desatado en la frontera y en todas las demás partes del país; las causas son múltiples y profundas, pero

96 Esta resolución del Parlamento iraní o Majlis fue la consecuencia del derribo por parte del acorazado *U.S.S. Vincennes* de una aeronave iraní con 280 pasajeros civiles, ocurrida el 3 de julio de 1988 en el golfo Pérsico.

97 "The Bill of Rights is not enough", conferencia dictada en el Law Center de la Universidad de Nueva York el 30 de enero de 1963, *New York University Law Review*, vol. 38, 1963, p. 207.

98 Phillip J. Cooper, "United States v. Álvarez Macháin: Douglas was right, 'The Bill of Rights is not enough'", *Chicano Latino Law Review*, vol. 15, primavera de 1994, p. 46.

los medios se reducen exclusivamente a uno: las armas y el armamentismo propiciado mundialmente por Estados Unidos; ellos son los proveedores más importantes de las armas que circulan en México. Sin embargo, la *Rifle National Association* y otros grupos económicos poderosos, bien identificados, no han sido objeto de hostigamiento por parte de ninguna organización gubernamental mexicana, ni a las policías mexicanas se les ha ocurrido investigar y detener a los proveedores de dichas armas, a pesar del impacto directo y negativo en la criminalidad en el país. Ni el Congreso mexicano ha estado alucinado con la idea de aprobar leyes que proscriban absolutamente la venta de armas.

La peligrosidad que posee una decisión judicial en Estados Unidos, como las de Martín Verdugo y de Álvarez Macháin, no tiene comparación en México. Independientemente de las medidas municipales, estatales o federales que se tomen entre los respectivos Poderes Ejecutivos de ese país, su Poder Judicial Federal, a diferencia del nuestro, es quien marca definitivamente la pauta y los pormenores de la actividad policiaca y gubernativa.

En 1961, la Suprema Corte decidió el caso *Mapp v. Ohio* (367 U.S. 643), por medio del cual fueron regulados los procedimientos de la policía en la obtención de pruebas incriminatorias; lo mismo sucedió con *United States v. Miranda* en 1965, con relación a la manera de efectuar arrestos o detenciones; dichos casos han proliferado de manera geométrica a tal grado que son la base del procedimiento penal moderno.<sup>99</sup> Todas las decisiones judiciales pueden limitar o permitir, según el caso, las prácticas policiacas para respetar o menguar los derechos humanos en la materia. De tal suerte, una decisión de la Suprema Corte que permite el secuestro en territorio de naciones amigas es una invitación abierta a que esas prácticas se den con total independencia y libertad.

Sin embargo, a pesar de estos precedentes judiciales y, más aún, debido a ellos, la tarea de perseguir e investigar el crimen organizado o esporádico se ha vuelto más complicado para las organizaciones policiacas

<sup>99</sup> No obstante, desde 1984 se ha iniciado un proceso de reversión con relación a esta tesis, surgiendo distintos precedentes que han limitado los casos de exclusión de evidencia y, ampliando en consecuencia, la discreción policial para efectuar cateos sin órdenes judiciales con base en su particular concepto de "causa probable" *United States v. Leon*. (468 US 897) (1984) y *Massachusetts v. Shepard*. (468 US 981) (1984), *Brown, Michael F.*, "Probable cause and the search warrant requirement", *The Chief Police*, marzo de 1991, vol. 58, pp. 48-51. No obstante, la responsabilidad civil de la abusiva conducta policial es una institución operante en Estados Unidos y efectiva para limitarla y evitarla. *Kappeler, Victor E. y Rolando V. del Carmen*, "Legal casualties in Drug War: Critical incidents and police civil liability", *The Chief Police*, marzo de 1993, vol. 60, pp. 19-25.

dentro de Estados Unidos.<sup>100</sup> Aunque los límites establecidos en el caso *Mapp*, de anular las pruebas obtenidas ilegalmente por la policía, no han detenido los niveles de eficiencia de las grandes corporaciones, como la de Nueva York, ya que lo que han hecho es circundar los límites formales y crear sofisticadas tácticas para continuar con las dudosas pero efectivas prácticas de arresto y obtención de evidencia. En la etapa inmediatamente posterior a la decisión de dicho caso, ya la doctrina marcaba, a fines de la década de los sesenta del siglo XX, que una técnica más fácil y efectiva para controlar el consumo ilegal de drogas era combatir su tráfico desde el exterior, pues internacionalmente no existen las mismas limitaciones que el Poder Judicial Federal de ese país estaba imponiendo.<sup>101</sup>

Las razones que subyacen en la jurisprudencia norteamericana al respecto, se pueden señalar en dos conceptos: la célebre frase del magistrado Benjamín Cardozo: “el criminal sale libre porque el gendarme se ha equivocado estúpidamente”,<sup>102</sup> que refleja la preeminencia de la persecución efectiva de los delincuentes aun sobre los “formalismos”; o la posición de *Mapp* y su progenie,<sup>103</sup> que muestra la opinión contraria en que el orden social se preserva cuando los individuos están a salvo en sus personas y posesiones, aunque por el escrúpulo de cuidarlas algunos delincuentes puedan quedar libres.

100 No obstante, la Corte Rehnquist ha disminuido gradualmente los alcances de *Mapp*. Por ejemplo, en *Florida v. Bostick* (111 SCT 2382) (1991), la Suprema Corte legitimó interrogatorios a pasajeros en autobuses aun sin “causa probable”, en el afán de colaborar con la policía para perseguir al narcotráfico. Lewis, Shawn V., “Fourth Amendment-Protection against unreasonable seizures on the person: the intrusiveness of Dragnet styled drug sweeps”, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 82, 1992, núm. 4, pp. 797-828.

101 Así lo concluye el estudio elaborado por Columbia Law School Internship Program in Urban and Minority Affairs, titulado “Effect of *Mapp* v. Ohio on police search and seizure practices in narcotics cases”, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 4, núm. 1, marzo de 1968, p. 104.

102 Frase inserta en la decisión *People v. Defore* 242 NY 150 (1926) de la Suprema Corte de Nueva York, cuando Cardozo era magistrado de ese tribunal, previo a su nombramiento como ministro de la Suprema Corte de Justicia.

103 El primer caso de la Suprema Corte Federal que muestra una preocupación por los excesos policíacos fue *Weeks v. United States* (232 US 383) (1914), donde se determinó el precedente de que las pruebas ilegalmente obtenidas no serían válidas ante tribunales federales, seguido por *Wolf vs. Colorado* (338 US 25) (1949), que examinó el punto de que el debido proceso legal en las investigaciones penales se extienden a los tribunales estatales, así como el caso *Rochin v. California* (342 US 165) (1952), donde por primera vez la Suprema Corte Federal determinó que las pruebas ilegales allegadas por la policía local no deberían ser aceptadas por los tribunales locales, y el caso de *Elkins v. United States* (364 US 206) (1960), donde las pruebas obtenidas por cualquier persona que no necesariamente fuese agente federal también serían desechadas por un tribunal federal. Swindler, William F., *Court and the Constitution in the Twentieth Century. The new legality 1932-1968*, Indianapolis, Bobs Merrill Co., 1970, p. 472.

## 1. *El precedente Ker v. Illinois (119 US 436) (1886) de los hechos consumados*

La descabellada tesis de *male captus bene detentus* comenzó en la jurisprudencia de alguna entidad federativa antes que en los tribunales de la federación;<sup>104</sup> sin embargo, a fines del siglo XIX, la Federación lo comenzó a implementar también.

Todo comenzó en enero de 1883 cuando un modesto empleado bancario, Frederick Ker, en el estado de Illinois, decidió defraudar al banco para el cual trabajaba, Preston, Kean & Co. de Chicago; aprovechando la autorización de sus jefes para vacacionar en Nueva Orleans. Después del plazo de expiración de sus vacaciones, Ker envió una carta explicando al banco que en su contabilidad faltaban \$21, 000.00 dólares de los depósitos de clientes de la institución, más otros \$35, 000.00 dólares correspondientes a bonos de la Tesorería de Estados Unidos, cuya propiedad era de los dueños del banco; algo adicional apareció en la carta, que se interpretó como una amenaza de parte de Ker, pues manifestó que si lo perseguían correría un rumor que arruinaría al banco; aunque el empleado acataba que si le iba bien en sus finanzas futuras, devolvería el dinero a sus legítimos propietarios. El banco inició pesquisas para localizar a Ker y los detectives del banco encontraron el abrigo del audaz empleado en un vapor que viajaba a Panamá; de ahí fue fácil rastrear el itinerario de Ker, pues se encontraron pruebas de su paso por El Callao, hasta que Henry G. Julian, el agente “Pinkerton”, comisionado para su búsqueda, lo encontró en una plaza pública de Lima, donde hablando francés para evitar sospechas, inició con él durante algunas semanas una relación amigable, mientras el detective esperaba los arreglos de extradición que el banco en Chicago comenzó ante el Departamento de Estado. El gobierno de Perú no existía y rastros de los poderes se localizaban en Arequipa, por lo que Lima no tenía más autoridad que la militar de Chile, que la había ocupado, al mando del general Patrick Lynch.

La guerra entre Chile y Perú se derivó de la disputa internacional entre ambos países sobre Tacna-Arica y la ocupación provenía desde septiembre de 1881, cuando el ejército chileno había depuesto al gobierno civil de Calderón en Perú.

<sup>104</sup> Semmelman, Jaques, “Due process, International Law, and Jurisdiction over criminal defendants abducted extraterritorially: The Ker-Frisbie doctrine reexamined”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 30; 1992, p. 554. El primer caso que se registró es el de *State v. Brewster* (7 vt 118) (1835); después le siguieron muchos otros en distintos estados de la Unión Americana.

Como Perú y Estados Unidos tenían firmado un tratado de extradición, el gobernador de Illinois solicitó al Departamento de Estado que iniciara los trámites de la extradición correspondiente por los delitos de robo y malversación. Presumiblemente, Julian llegó a contar con los papeles de extradición, pero su carácter semioficial como “agente Pinkerton” no le serviría con las autoridades peruanas de Arequipa. Este tipo de agentes había aparecido durante la Guerra Civil de Estados Unidos, en la cual fue común el empleo de agentes privados para efectuar funciones de investigación e inteligencia con carácter oficial.

Sin más remedio, Julian explicó la naturaleza de su misión a Lynch y el general le despachó un soldado para que aprehendiera a Ker, lo cual sucedió el 3 de abril de 1883. Ya detenido, ambos personajes emprendieron su regreso a Estados Unidos a través del buque de guerra *Essex*, que abordaron en el puerto del Callao en su camino a China. Después de estar cerca de un mes en Honolulu, Hawaii, por haber zarpado antes el barco deseado, tomaron otro barco que los condujo a San Francisco, donde, después de agotar los procedimientos de extradición entre California e Illinois, Ker fue juzgado y sentenciado a diez años de prisión.<sup>105</sup>

La interpretación del caso Ker es en el sentido de que Julian no actuó como agente oficial de Estados Unidos, sino que fue un secuestro cometido por un particular, sin mayor involucramiento del gobierno norteamericano; esta suposición es de dudosa veracidad, pues las fuentes mencionan que el propio presidente Chester Arthur autorizó el envío del agente Julian.<sup>106</sup> De hecho, el gobierno había iniciado el procedimiento de extradición en lo interno y Julian actuaba como un correo. Con estas características, el tratado entre Perú y Estados Unidos poco tenía que determinar el resultado de la decisión, pues la presencia de Ker en su país de origen, aunque forzada, no había sido consecuencia de los procedimientos de extradición, sino del hecho consumado de que Ker ya se encontraba en territorio norteamericano.

Por otra parte, Perú mismo, aunque su gobierno hubiese tenido interés en reclamar la violación de su soberanía por el secuestro de Ker sin mediar los procedimientos extraditorios, la integridad política de Perú no podía estar más comprometida en 1883 y en 1886, por su guerra con Chile y

105 Fairman, Charles, “Ker v. Illinois revisited”, *The American Journal of International Law*, vol. 47, octubre de 1953, núm. 4, pp. 678-686.

106 Weissman, Kristin Berdan, “Extraterritorial abduction: The endangerment of future peace”, *University of California, Davis, Law Journal*, vol. 27, 1994, p. 480.

por la ocupación militar de su capital por fuerzas de aquel país. En consecuencia, asumir que el hecho consumado del secuestro de Ker quedaba convalidado por la inactividad de Perú al respecto, como lo argumenta la sentencia de Ker, era pedir demasiado.<sup>107</sup> No obstante, estos aspectos demuestran cómo un precedente de esta naturaleza se torna obsoleto, pues los avances del derecho internacional que las dos guerras mundiales del siglo XX traerían consigo, hubiesen ayudado a afinar los argumentos que, a la postre, se dieron en el caso Ker.

La repatriación era también un aspecto muy conflictivo en el caso Ker: ¿Cómo y a quién solicitarla? ¿Perú? El país estaba más lejos que Asia para los efectos de los medios de comunicación entonces existentes. Julian, al momento de secuestrar a Ker, abordó un barco en Callao que los llevó a Hawaii y de allí a San Francisco. Y aun superada esta dificultad, ¿quién pagaría los gastos de transportación?,<sup>108</sup> ¿ante qué autoridad en Perú lo entregaría?, ¿a la peruana que era inexistente o a la chilena que había tomado control del país?, y, de ser viable esta última posibilidad, ¿qué jurisdicción tendría Chile, si el secuestro fue en territorio peruano? Estas preguntas seguramente agobiaron a los jueces norteamericanos al decidir el caso Ker de la manera en que lo hicieron.

Sin embargo, la delincuencia se ha convertido paulatinamente en un problema transnacional, dados los avances de la transportación y las comunicaciones.<sup>109</sup> Lo único que permanece intocado desde el principio de Grocio *aut dedere aut punire*, es que los secuestros son violatorios de los tratados celebrados y del *ius cogens* o costumbres internacionales, ya que afectan la soberanía territorial del país donde se comete el secuestro, violando también sus leyes internas.

107 Abramovsky, Abraham, "Extraterritorial abductions: America's catch and snatch policy run amok", *Virginia Journal of International Law*, vol. 31, 1991, p. 174. Este requisito, que consiste en la protesta del gobierno en cuyo territorio se efectuó el secuestro, fue posteriormente confirmado en el caso *United States ex rel. Luján v. Gengler* (421 US 1001) (1975). En este caso, la Suprema Corte manifestó que ni Argentina ni Bolivia habían protestado por el secuestro de Luján, por lo que ningún concepto de violación podía alegarse, en el sentido de que Estados Unidos había violado las Cartas de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, las cuales proscriben el uso de la fuerza de un país contra el territorio de otro.

108 Los gastos que genera una extradición son muy reales en la problemática de la extradición, según se desprende de la experiencia entre México y Estados Unidos. En el Archivo Genaro Estrada de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México hay ejemplos abundantes del aspecto financiero de las extradiciones.

109 Feinrider, Martin, "Extraterritorial abductions: a newly developing international standards", *Akron Law Review*, vol. 14, verano de 1980, p. 27.

No obstante, la dureza con que la abrumadora mayoría de autores trata el precedente de Ker, con la excepción de los ministros de la Suprema Corte de Justicia que aprobaron la sentencia de Álvarez Macháin, se justifica porque es un caso que debió haber quedado en el olvido con el advenimiento del siglo XX, por lo que resulta una afrenta al sentido común del siglo XXI que ese coyuntural y obsoleto precedente siga aplicándose. Esta grave equivocación de la administración de justicia estadounidense no sólo se refiere a la obsolescencia de uno de sus conceptos, sino que con ella la integridad territorial y personal de los países amigos está en peligro, y para sostenerla como lo han hecho, han acudido a mantener otros tantos graves errores, como el de que los extranjeros no forman parte del contrato social que establece la Constitución de Estados Unidos, según explicaremos con motivo del caso de René Martín Verdugo Urquidez, decidido también por la Suprema Corte de ese país.<sup>110</sup>

El legado del precedente de Ker consiste en que las garantías del debido proceso legal en Estados Unidos se satisfacen cuando el inculpado comparece ante un juez, por lo que los procedimientos de detención e investigación del delito son intrascendentes, sobre todo si el concepto de violación descansa en una norma de derecho internacional consuetudinario, según se desprende de otra decisión judicial *The Ship Richmond v. The United States* (13 US 102) (1815). En este caso, John Marshall se inhibió para conocer el fondo del asunto, pues consideró a la ofensa de las aguas territoriales que Estados Unidos había cometido como un asunto no justiciable. Esta decisión se expresó sencillamente en los siguientes términos: “La detención de un navío estadounidense en las jurisdicciones territoriales de una potencia extranjera es ciertamente una ofensa contra esa potencia, que debe ser arreglada entre los dos gobiernos.”<sup>111</sup>

Por supuesto, la regla del *Ship Richmond* opera cuando el infractor y la víctima poseen la nacionalidad estadounidense, y Marshall se refiere a que el agravio se cometió a un país y no precisamente al navío detenido, por lo que la solución sería diplomática, como una satisfacción o un convenio que regulara dichos casos en el futuro; en este aspecto, el caso de 1815 tiene similitud con el precedente del caso Ker.

Pero las decisiones de Álvarez Macháin y Verdugo Urquidez no pueden descansar en la autoridad moral de Marshall, pues ese jurista decidió,

<sup>110</sup> 110 S. Ct. 1059 (1990).

<sup>111</sup> El caso versó sobre la indebida detención de un navío mercante de Estados Unidos, por otro naval de ese mismo país, pero en aguas territoriales de una potencia amiga (13 US 104).

aún con anterioridad al caso referido, el relativo a Alexander Murray Esq. v. The Schooner Charming Betsy (6 US 64) (1804), donde fijó la doctrina de la “Encantadora Betsy”, aún vigente: “Debe observarse que una ley del Congreso nunca debe ser interpretada para violar la ley de las naciones, a menos que ninguna otra posibilidad sea viable.”<sup>112</sup>

Por supuesto, con el desarrollo del derecho internacional a que hemos hecho referencia y la suscripción de más de 104 tratados de extradición por parte de Estados Unidos, además de la práctica de colaboración de ese país con el nuestro, “otras posibilidades” no sólo son viables, sino que son excluyentes de cualquier acto violatorio de la ley de las naciones.<sup>113</sup>

En la sentencia de Ker, el ministro Miller que la dictó, se basó en un precedente inglés para salir del problema: el caso *Ex parte Susannah Scott* (9 Barnewall & Cresswill’s English King’s Bench Reports 446) (1829), donde la acusada procuró obtener un *habeas corpus* en Inglaterra basándose en el agravio de que había sido tomada por la fuerza en su residencia en Bruselas por un policía inglés de nombre Ruthven, para ser juzgada por perjurio en Inglaterra. El ministro respectivo Lord Tenterden, resolvió que su agravio debería ser ventilado en Bélgica y no en Inglate-

112 La fragata estadounidense *U.S.S. Constellation* patrullaba en el Caribe las aguas entre las islas St. Thomas y Guadalupe (la primera, jurisdicción de Dinamarca y la segunda, de Francia). Como el Congreso de Estados Unidos había aprobado una ley prohibiendo el comercio entre ese país y Francia, las autoridades de la fragata creyeron que el propietario de la “Encantadora Betsy” era de nacionalidad estadounidense, por lo que fue detenido en aguas internacionales por violar aparentemente dicha ley. En el curso de la investigación y de la sustanciación del caso, se descubrió que el dueño de la “Encantadora Betsy”, aunque había nacido en las antiguas colonias, para entonces convertidas en Estados Unidos, antes de la independencia había cambiado de residencia a la isla de St. Thomas y había adquirido la nacionalidad danesa, por lo que su detención violentaba la “ley de las naciones” a la que se refirió Marshall. Schwabach, Aaron y S. A. Patchett, “Doctrine or dictum: The Ker-Frisbie doctrine and official abductions which breach International Law”, *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 25, otoño de 1993, p. 19.

113 De 1977 a 1990, Estados Unidos y México efectuaron 537 extradiciones de estadounidenses y 920 de mexicanos a sus respectivos países. Abramovsky, *op. cit.*, nota 107, p. 207. México ha colaborado en todas las formas posibles con la justicia estadounidense, incluso repatriando a los criminales de ese país que, habiendo cometido el delito en México han sido entregados a Estados Unidos para purgar la pena en cárceles en ese país. El primer envío de repatriados fue el 9 de diciembre de 1977, cuando México regresó a 61 convictos. Con este motivo, el gobierno de Estados Unidos no había perdido la oportunidad para recriminar el maltrato de sus ciudadanos en las cárceles mexicanas. Abramovsky, Abraham y Steven J. Eagle, “A critical evaluation of the Mexican-American transfer of penal sanctions Treaty”, *Iowa Law Review*, vol. 64, núm. 1, octubre de 1979, pp. 279, 320; “U.S. citizens in foreign jails on drug related charges”, *Hearing before the subcommittee on foreign assistance of the Committee on Foreign Relations, United States Senate, Ninety-Fifth Congress. First session on United States detained in foreign jails on drug related charges*, 14 octubre de 1977, U.S. Government Printing Office, 1977, 81 pp.

rra, pues las leyes violadas en su caso eran las de aquel país. Por lo que correspondía a Bélgica “reivindicar sus leyes”.<sup>114</sup>

Miller se basó igualmente en el caso del Ship Richmond ya mencionado y en otros cinco precedentes más para dar la apariencia de una decisión bien fundada, la que emitiría en el caso *Ker v. Illinois*. En el precedente inglés de *R. v. Sattler* (169 Eng. Rep. 1111) (Queen’s Bench 1858), el acusado de robo fue aprehendido ilegalmente por un detective inglés, con la cooperación de la policía de Hamburgo y, en su camino a Inglaterra en un barco inglés, Sattler logró asesinar al detective que lo había aprehendido. No obstante, fue juzgado en la Gran Bretaña y el magistrado, lord Campbell, descartó la defensa que hizo, basada en su detención ilegal por el occiso, ya que el nuevo delito de homicidio se había perpetrado en un barco inglés.<sup>115</sup>

En un caso sustanciado ante los tribunales de Carolina del Sur, *State vs. Smith* (8 S.C. 131) (1829), el secuestrado había sido aprehendido en el vecino estado de Carolina del Norte por un cazador de recompensas. La

<sup>114</sup> Schwabach y Patchett, *op. cit.*, nota 112, p. 19; Schaeffer, *op. cit.*, p. 73; Gilbert, Geoff, *Aspects of Extradition Law*, Boston, Martinus Nijhoff Publisher, 1991, pp. 185 y ss.

<sup>115</sup> Otros casos ingleses se han generado con resultados similares a los casos de Scott y Sattler: *R. v. Nelson and Brand* (1867), *Sinclair v. H.M. Advocate* (1890), *In re Parisot* (1890), *R. v. Walton* (1905), *Emperor v. Vinayak Damodar Savarkar* (1910) y *R. v. O/C Depot Battalion R.A.S.C. Colchester, Ex parte Elliott* (1949), O’Higgins, Paul *Unlawful seizure and irregular extradition*, Cambridge, 1960, p. 281. Sin embargo, existen casos ingleses que igualmente rechazan jurisdicción a un tribunal cuando la aprehensión ha sido en violación de la ley municipal inglesa: En el caso *Attorney-General v. Cass* (11 Price 345; 147 E.R. 494) (1822), el juez barón Graham manifestó: “Resulta claro que el acusado fue originalmente detenido en forma ilegal, pues su primera aprehensión no fue seguida de su comparecencia inmediata ante un magistrado. Sería muy peligroso el permitir que el proceso ante esta corte sea tan abiertamente abusado”. Lo mismo consideró el juez barón Garrow en dicho caso: “Estas secuelas del procedimiento... si no son limitadas conducirían a muy peligrosas consecuencias, promoviendo a los agentes a considerarse a sí mismos facultados para detener individuos a su discreción”. Además, el caso *R. v. Garrett* (86 K.B. 894) (1917) ofrece un ejemplo en el que los tribunales ingleses declinarían su jurisdicción si la aprehensión se efectuase en contra de las normas del derecho internacional; en este caso, el juez visconde Reading determinó en su opinión que el arresto por un agente inglés no estaría autorizado tratándose de un extranjero en un barco neutral y en alta mar, aunque se presumiera que se dedicase al contrabando. La regla inglesa en la materia está contenida en la circular del 25 de octubre de 1884 de la Home Office, disposición que no fue recordada en el caso *Ker* por supuesto, que prescribe: “Un agente enviado al extranjero por un caso de extradición debe restringir su acción estrictamente a identificar al fugitivo y a suministrar a la policía extranjera la información pertinente. Bajo ninguna circunstancia debe tratar de detener al fugitivo, o interferir con su libertad en el país extranjero o emprender tratos ni ejercer influencia indebida para inducirlo a regresar a Inglaterra sin las formalidades de la extradición. Si un fugitivo, cuya extradición ha sido solicitada, consiente voluntariamente en regresar con el agente sin agotar el procedimiento formal de extradición, la aceptación de las autoridades extranjeras debe ser expresa antes que cualquier acción sea tomada”. Kirchner, *Index to the Police Forces of the British Empire*, Manchester, 1893, p. 137.

Corte de Carolina del Sur siguió el antecedente del Ship Richmond y manifestó que el agravio aducido era competencia del gobernador del estado de Carolina del Norte, pero que el inculpado no se beneficiaba de dicha irregularidad.

En el caso de *State vs. Brewster* (7 Vt. 117) (1835), Brewster fue secuestrado de su casa en Canadá y enjuiciado en el estado de Vermont por robo, sin ninguna participación de las autoridades canadienses, ni tampoco con la presentación de ninguna protesta oficial, por lo que los jueces estatales tuvieron a bien decidir que la fuga de Brewster a Canadá no purgaba su delito ni excluía la jurisdicción de los tribunales estatales.

Otro asunto estatal fue decidido en el mismo tenor por los tribunales de Pennsylvania en el caso *Dow* (18 Pa. 37) (1851), quien fue aprehendido sin orden judicial en un bote de vapor en Detroit y conducido a Erie, Pennsylvania. Como el gobernador de Michigan no había protestado por la detención de Dow, entonces no procedía dar atención al agravio.

Por último, en Iowa se decidió el caso de *State v. Ross* (21 Iowa 467) (1866), en el cual dos abigeos fueron secuestrados en Missouri por detectives privados, sin ninguna autorización oficial. La Corte de Iowa enfatizó la territorialidad del delito cometido y la ubicación de la persona para no considerar el agravio de la detención ilegal.

Como puede observarse, todos los casos que sirvieron de fundamento para el caso federal, con implicaciones internacionales, de *Ker v. Illinois*, se basan a su vez en que las irregularidades por el secuestro o detención cometidas por agentes privados o públicos de otro Estado o nación, sólo otorgarían algún derecho al propio Estado cuyo territorio fue allanado, si éste presentase una protesta y ejerciera presiones ante el Estado que auspició el secuestro. La solución de fuerza política como condición de una decisión judicial es totalmente incompatible con el activismo judicial de los países del *Common Law* o derecho judicial, pero a esta regla se reducen los precedentes de Ker y así se ha demostrado a través de la historia diplomática, que no judicial, de Estados Unidos.

El mismo año en que fue decidido el caso Ker, por el mismo ministro Miller, se falló el caso *United States v. Rauscher* (119 US 407) (1886) que fijó el valioso precedente de la especialidad en las extradiciones y que demuestra la desigualdad e incoherencia de criterios judiciales por razones políticas; en él se determinó con preciosismo que el tratado de extradición entre Estados Unidos y Gran Bretaña de 1842, conocido con el nombre de Tratado Webster-Ashburton, regulaba y limitaba la jurisdic-

ción de los tribunales norteamericanos a conocer sólo de los delitos especificados en la petición de extradición y ninguna otra acusación podría prosperar; además, el tratado le otorgaba el derecho al acusado para que dispusiera del tiempo necesario para arreglar su salida del país. En la sentencia no se lee ninguna referencia a actos consumados, sino a un ambiente de estricta legalidad y de garantía de derechos humanos amparados por el tratado de extradición.

El contraste de tratamiento y conclusiones en uno y otro caso no puede apuntar sino a que en el caso Ker el posible afectado era Perú, mientras que en el de Rauscher era Gran Bretaña. La probabilidad de reclamo diplomático por parte de Inglaterra era de mucho más peso que la de un país latinoamericano deshecho por la guerra, máxime cuando Estados Unidos comenzaron en esos años a desplegar una actitud abiertamente intervencionista que propició la separación de Panamá del territorio colombiano y a cooperar para la “independencia” de Cuba, con las intenciones de garantizar sus intereses políticos y económicos. En contraste, la actitud de Estados Unidos hacia potencias de igual calibre ha procurado ser respetuosa de la normatividad internacional, desde 1812 por lo menos, cuando ante la guerra anglo-americana se midieron las fuerzas de la extraterritorialidad; cabe mencionar que ya desde el remoto caso de la fragata inglesa *Leopard* de 1807, cuando detuvo al barco norteamericano *Chesapeake*, para aprehender a algunos desertores ingleses, la reacción de la Gran Bretaña ante la protesta de Estados Unidos fue la de aplicar medidas disciplinarias a las autoridades de la fragata inglesa, indemnizar a los dueños del *Chesapeake* y, además, entregar a Estados Unidos los súbditos ingleses que habían sido aprehendidos de esa manera. La práctica europea en esta materia está plena de soluciones de la misma tesitura.<sup>116</sup>

Aunque Ker utilizó como defensa el argumento de su detención arbitraria e ilegal, que violentaba su derecho de asilo en un país, el ministro Miller contestó que el reclamo de Perú resolvería el primer punto y, en cuanto al segundo, el delito por el que se le acusaba se encontraba dentro del tratado con Perú. Este aspecto fue el único por el cual la justicia nor-

116 La excepción a esta forma de restitución a la soberanía de un país fue aceptada por Argentina cuando, el 18 de octubre de 1960, aceptó de Israel la no entrega de Adolf Eichmann, después de que éste fue secuestrado por agentes israelitas, pues lo que buscaba Argentina era la condena del secuestro, por parte de las Naciones Unidas mas no la protección de Eichmann, quien se encontraba ilegalmente en el país latinoamericano, y era además un delincuente internacional, acusado de la masacre de millones de judíos.

teamericana utilizó y aplicó el tratado de extradición que había sido vilipendiado desde un principio.

La misma actitud se observó un centenar de años después, cuando se decidieron los casos de los mexicanos Verdugo y Álvarez Macháin, por un lado y, por otro, el caso de Jaffe v. Smith (825 F. 2d. 304) (11th. Cir. 1987), que no llegó a la Suprema Corte porque no se consideró necesario, pues se confirmó la sentencia de un Tribunal Colegiado. Sidney Jaffe residía en Toronto cuando fue secuestrado por cazadores de recompensas el 24 de septiembre de 1981 y llevado por la fuerza a Florida, donde fue enjuiciado por el delito de fraude. Entre ese año y 1986, el gobierno canadiense presentó quince protestas diplomáticas; esta abierta inconformidad del segundo socio comercial de Estados Unidos convenció al gobierno federal y propició que se le otorgara libertad bajo fianza por las autoridades de Florida desde 1983, por lo que fue posible para Jaffe retornar a Canadá ese mismo año.

En 1992, Canadá promovió una declaración internacional con Austria, Gran Bretaña, Finlandia, Alemania, Países Bajos, Noruega, Nueva Zelanda, Suecia y Suiza para condenar todos los secuestros transfronterizos como contrarios al principio de “lealtad y buena fe” del derecho internacional. Este es un activismo diplomático digno de imitarse. Por ello, con los casos mexicanos, Canadá secundó las protestas de nuestro país y presentó una demanda como tercero interesado o *amicus curiae*, pues estaba interesado en no perder esta actitud frente a las incursiones de nuestro común vecino.

En consecuencia, es la autodefensa y la fuerza política internacional lo que ha decidido estos casos, no el derecho internacional ni sus usos o costumbres.

Sin embargo, esta conclusión, por real que sea, es igualmente peligrosa para la estabilidad interna de Estados Unidos, pues supone retar al terrorismo y a cualquier otro grupo vandálico en su propio terreno para hacer lo mismo, sin ninguna norma ni compasión, ni orden jurídico internacional y, en medio de la lucha, quienes pierden son los inculpados a los que, sin el debido proceso legal, se les ha declarado culpables de antemano y pueden llegar a ser objeto de prácticas abusivas que los afectan no sólo a ellos, sino a la soberanía de los países en cuestión.

La tesis de Ker fue analizada y criticada desde sus inicios; paradójicamente la tesis judicial que ha perdurado ha sido muy mal recibida desde su primera aplicación por la propia doctrina norteamericana. Edwin D.

Dickinson, de la Universidad de California fue el primero en escribir un devastador artículo contra el precedente Ker. En él, el autor recuerda el caso *Domínguez v. State* (90 TexCr 92) (1921), donde los tribunales de Texas decidieron que la práctica de *hot pursuit*, que había sido común durante el siglo XIX, era “una violación al territorio mexicano, contraria a la ley de las naciones ante la falta de consentimiento del gobierno mexicano”.<sup>117</sup> A nivel federal, el autor considera que los casos de contrabando de licor que se dieron contemporáneamente a su artículo, demostraban también que el caso Ker había sido rebasado por otros precedentes, como el de *Cook v. United States* (288 US 102) (1933), donde se estableció la incompetencia de los tribunales nacionales cuando la cosa o persona detenida, lo había sido en contravención de tratados internacionales, como sería el tratado de extradición para el caso Ker.<sup>118</sup> Pero Dickinson explicó que no sólo el derecho internacional o público condena estas medidas de violencia, sino también los precedentes de derecho privado, tanto o más antiguos que el caso Ker, cuando una persona es engañada o secuestrada para responder por un agravio personal de otra persona (*In re Johnson* 167 US 126, 1897), o cuando una cosa es sometida a la jurisdicción de un tribunal mediante fuerza o engaño (*Moynahan v. Wilson* 2 Flippin. 130, 1877). Dickinson concluye su ensayo manifestando que cuando una violación de derecho internacional ha sido provocada por Estados Unidos, su país no debería tratar al país agraviado como un litigante en el mismo proceso que el acusado, y eso fue lo que se hizo en el caso Ker.

## 2. La tesis *Frisbie v. Collins* 342 US 519 (1951) y los límites del debido proceso legal

El secuestro de Shirley Collins en la ciudad de Chicago, Illinois, por elementos de la policía del estado de Michigan, sin observar la extradición ni las formalidades legales que incluso se observaron en el caso Ker (cuando después de su periplo llegó a California y, entonces, el estado de

<sup>117</sup> Dickinson, Edwin D., “Jurisdiction following seizure or arrest in violation of International Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 28, 1934, p. 233.

<sup>118</sup> Los casos de contrabando de licor más notables son el de *Cook*, decidido por el ministro Brandeis, con relación a la detención en alta mar del barco *Mazel Tov* y el de *Ford et al.* véase *United States* (273 US 593) (1927), decidido por Taft, que versó sobre la detención del barco inglés *Quadra*. En todos estos casos, el tratado violado fue el celebrado entre Estados Unidos y Gran Bretaña el 22 de mayo de 1924 para efectuar cateos de barcos. Thrush, Bradley, “United States’ sanctioned kidnapping abroad: Can the United States restore international confidence in its extradition treaties?”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 11, primavera de 1994, pp. 181 y ss.

Illinois inició la extradición interestatal del acusado), fue otro retroceso en el régimen de libertades. Los conceptos de violación hechos valer por Collins no prosperaron desde la primera instancia del juzgado de distrito, manifestándose que la jurisdicción del juez de Michigan se tenía, sin “importar cómo había sido detenida” la inculpada. Con la evidente pretensión de dar legitimidad a su decisión, la Suprema Corte decidió en octubre de 1951 lo siguiente:

Esta Corte nunca se ha apartado del precedente de *Ker v. Illinois*, en el sentido de que la facultad de un tribunal para juzgar a una persona por un delito no está limitada por el hecho de que fuese traído a la jurisdicción del tribunal mediante una detención violenta. No se exhiben razones persuasivas ahora para justificar la derogación de esta línea de precedentes. Ellos descansan en el fundamento lógico de que el debido proceso legal se satisface cuando alguien se apersona y es condenado por un delito después de haber sido notificado de los cargos contra él y después de haber sido conducido un juicio imparcial de acuerdo con las garantías constitucionales procesales. No hay nada en la Constitución que permita al tribunal excluir a una persona que ha sido debidamente condenada, de la acción de la justicia porque fue traída a juicio contra su voluntad.<sup>119</sup>

La enigmática redacción del caso *Frisbie* nos hace suponer que la reo ya había sido previamente juzgada y que tras una fuga fue nuevamente aprehendida, por lo que infiere la Corte que no era necesario contemplar los requisitos legales de su nueva detención. Éste es el mejor de los casos para mantener la decisión de *Frisbie*; sin embargo, los reportes judiciales no son claros al respecto, por lo que no podemos descartar la crítica de que la decisión prejuzga sobre la culpabilidad de un acusado al permitir los medios irregulares de aprehensión, aun dentro de los límites territoriales de un país federal.

Otros casos federales de secuestro interestatal se habían dictado con anterioridad al caso *Frisbie*. Habría que diferenciar los casos sostenidos como precedentes en *Ker*, pues ellos son casos decididos por los tribunales estatales; sin embargo, el caso *Mahon v. Justice* (127 US 700) (1888) fue decidido por la Suprema Corte Federal de Estados Unidos. En él, el ministro Stephen Field concluyó que “la jurisdicción del tribunal en el cual la consignación se encuentra sostenida, no está limitada por la manera en que el acusado hubiese sido aprehendido” en el territorio de Virginia Oc-

cidental y conducido a Kentucky. A este precedente le siguió el de *Lascelles v. Georgia* (148 US 537) (1893).<sup>120</sup>

En *Pettibone vs. Nichols* (203 US 192) (1906), la Suprema Corte estableció que no era apropiado para los tribunales federales inquirir y cuestionar los motivos que hubiesen tenido los Poderes Ejecutivos de dos Estados, que en el caso eran los correspondientes de Idaho y Colorado, para entregar a un presunto prófugo de la justicia del primero de los estados, por lo que no procedió el recurso federal de *habeas corpus* para evitar el juicio penal en dicho estado.

Estos casos han permitido e incluso incitado a la comisión de ilícitos y abusos de autoridad por parte de las policías que en su obligación de acatar la ley, la han trastocado para llevar a un acusado por la fuerza y en violación de la soberanía de otros estados y del Estado de derecho en general. La autorización para que agentes utilicen la fuerza sólo está permitida por la ley, cuando dichas autoridades actúan en el ejercicio de sus atribuciones dentro de los límites territoriales y personales de su competencia.

Dentro de Estados Unidos, más que la Suprema Corte Federal, quizá sean los juzgados federales inferiores o tribunales de circuito y cortes de apelación los que hayan decidido de manera menos política y más jurídica los problemas de cómo limitar los excesos policiacos. De esta manera, existe la tesis, a ese nivel, de que: “No debe considerarse como que se otorga al gobierno una carta blanca para actuar como una fuerza policiaca universal aprehendiendo y secuestrando terroristas en el mundo”, según la acertada opinión del juez Parker en el caso *United States v. Yunis* (681 F. Supp. 906) (1988).<sup>121</sup>

No obstante, la Suprema Corte se ve forzada en algunas ocasiones para usar su discrecionalidad y decidir más de acuerdo con el concepto de justicia que con los “cánones estrictos” del derecho. A partir de *McNabb et al. vs. United States* (318 US 332) (1943) se ha procedido en algunos

120 Gentin, Jonathan, “Government-sponsored abduction of foreign criminals abroad: Reflections on *United States v. Caro-Quintero* and the inadequacy of the Ker-Frisbie doctrine”, *Emory Law Journal*, vol. 40, otoño de 1991, núm. 4, p. 1234, nota 28.

121 La “Operación Goldenrod”, conducida por agentes de Estados Unidos, secuestró al ciudadano libanés Fawaz Yunis, quien se encontraba a bordo de un yate en el Mediterráneo, por estar acusado de la destrucción de una aeronave perteneciente a Royal Jordanian Airlines, en un vuelo de Beirut a Amman (!). Lowenfeld, Andres F. “U.S. Law enforcement abroad: The Constitution and International Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 83, 1989, p. 880; Drake, Mason H., “United States v. Yunis: The D. C. Circuits dubious approval of U. S. long-arm jurisdiction over extraterritorial crimes”, *Northwestern University Law Review*, vol. 87, 1993.

casos a apelar a la facultad de supervisión de la Suprema Corte sobre la conducta de la policía.

En dicho precedente, el ministro Felix Frankfurter aseveró uno de los conceptos pilares del derecho penal en los Estados Unidos:

La supervisión judicial de la administración de justicia penal en los tribunales federales implica el deber de establecer y mantener estándares civilizados de procedimientos y medios de prueba.

Las circunstancias bajo las cuales agentes federales obtuvieron declaraciones inculpativas de los acusados en este caso, junto con las transgresiones flagrantes de leyes del Congreso que requieren que las personas acusadas y arrestadas por agentes federales, sean llevadas ante un Comisionado de Estados Unidos u otra autoridad judicial, convierten a las pruebas así obtenidas en inadmisibles en una acusación penal ante un tribunal federal y las acusaciones que se derivan de tales pruebas deben ser descartadas.

Aunque el Congreso no ha prohibido *expresamente* el uso de dicha prueba, el permitirle como base de las acusaciones sería anular la política que el Congreso ha plasmado en la ley.<sup>122</sup>

El mismo ministro Frankfurter había decidido con anterioridad los casos *Nardone et al. v. United States* (302 US 383 y 308 US 338) (1939), donde ya había adelantado su tesis de la autoridad supervisora de la Suprema Corte sobre las distintas etapas de investigación y procuración de justicia, cuando mencionó que los actos ilegales por ellos cometidos, “inconsistentes con estándares éticos y destructivos de la libertad personal”, deberían ser repudiados por la autoridad judicial.

A pesar de la claridad de estos precedentes, las recientes decisiones de Verdugo y de Álvarez Macháin no los tomaron en cuenta. El ministro Stevens, uno de los tres disidentes en la opinión de la Suprema Corte en el caso Álvarez Macháin hizo, sin embargo, referencia al caso *Olmstead v. United States* 277 US 438 (1928), en el cual se enfatiza la incongruen-

122 Los hechos del caso *McNabb* fueron los siguientes: La tarde del 31 de julio de 1940 se recibió la noticia de que varios miembros de la familia *McNabb* venderían por la noche whisky que no había cubierto los impuestos correspondientes en Chattanooga, Tennessee. Cuatro agentes de la oficina de impuestos sobre alcoholes fueron a inspeccionar esa noche y sorprendieron a tres miembros de la mencionada familia, dos de ellos escapando. En la trifulca, uno de los agentes, de nombre *Leeper*, fue muerto, sin poderse identificar quién lo había asesinado. Los policías condujeron al único miembro de la familia que habían detenido y lo mantuvieron incomunicado por catorce horas, produciendo declaraciones inculpativas sin la presencia de su familia ni, de un abogado. *Heard, Videll L., “United States v. Álvarez Macháin: extraterritorial abductions and the rule of law”, UCLA Law Review*, vol. 41, junio de 1994, p. 341.

cia de cometer delitos para probar la culpabilidad de presuntos delincuentes y se le condena como una tesis perniciosa.

El caso *Olmstead* fue decidido por el ministro y ex presidente de Estados Unidos, William Howard Taft, pero fue Brandeis quien determinó que: “Si el gobierno viola la ley genera un rompimiento del Estado de derecho e invita a todo ser humano a estar por encima de la ley, provocándose anarquía”.

Como se puede apreciar, en los precedentes de Ker y Frisbie, los acusados eran ciudadanos de Estados Unidos que se encontraban prófugos, uno en un país extranjero y la otra en una entidad federativa distinta de donde se cometió el delito. El juzgamiento pretendió en ambos casos seguir el principio de territorialidad de la comisión del delito, que es consecuente con las antiguas tradiciones inglesas relativas, según se aprecia en el caso inglés *Phillips vs. Eyre* 6 Q.B. 28 (1870). Por principio, estos elementos, que no son los únicos, ya los descalificarían como precedentes válidos para haber decidido, en consecuencia, el caso de Álvarez Macháin. En el caso Ker encontramos el inicio y la intención objetivada de un procedimiento de extradición; en Frisbie es un secuestro interestatal dentro del mismo país. En Álvarez Macháin encontramos evidencia de la intención de no llevar a cabo procedimiento alguno de extradición; el tratado respectivo prohíbe, en principio, la extradición de nacionales y, por supuesto, aunque somos socios comerciales, todavía no podemos considerarnos un solo país; además de que el secuestro y homicidio o tortura con los cuales se le involucró se cometieron en México de donde es natural. No es difícil observar que no existe ninguna similitud en los hechos y presupuestos procesales y penales para aplicar la tesis Ker-Frisbie al caso de Álvarez Macháin.

La intención de este trabajo es no sólo desvirtuar con los hechos, sino más importante, con el propio derecho anglosajón los fundamentos de la infausta y obsoleta tesis referida. Al respecto es interesante resaltar las consecuencias de la tesis Ker-Frisbie, pues aunque Álvarez Macháin fue repatriado, el precedente de *male captus bene detentus* no ha sido desvirtuado y, para algunos autores, el futuro contempla nuevos secuestros en el mundo por las actividades policiacas de Estados Unidos.<sup>123</sup>

El perjuicio de esta tesis para el propio derecho judicial norteamericano es evidente, pues menoscaba instituciones fundamentales tanto en

123 Gluck, Jonathan A., “The customary International Law of State sponsored International abduction and United States Courts”, *Duke Law Journal*, vol. 44, diciembre de 1994, p. 654.

sus garantías constitucionales como en sus procesos penales. El juicio por jurado, por ejemplo, es una institución que nace con la consolidación del propio *Common Law* y de la supremacía parlamentaria en Inglaterra, que se verá afectada si continúa aplicándose esta tesis. Durante los siglos XII y XIII la administración de justicia penal se configuró en torno a que la culpabilidad descansa en el sentimiento comunitario de personas del mismo pueblo de donde es residente u oriundo el acusado; el monopolio de los jueces para decidir la culpabilidad y además aplicar las penas correspondientes fue rechazado por el sistema anglosajón en sus orígenes, por lo que tenía que intervenir la comunidad afectada para que con los mismos valores culturales del inculcado pudieran decidir las cuestiones de hecho y el juez aplicar al final la penalidad señalada en la ley.

¿Cómo es posible acatar en su plenitud el significado del juicio por jurado como una garantía constitucional a un extranjero secuestrado en su país, para que el jurado determine su culpabilidad sobre hechos cometidos también en el extranjero? Resulta una ilusión y un contrasentido.

Aunque el senador Arlen Specter, promotor fundamental de estas conductas ilegales, manifieste que: “El secuestro es una acción mucho menos agresiva y mucho menos infractora de la soberanía de una nación que los actos terroristas”;<sup>124</sup> aunque la ley estadounidense autorice a los agentes a investigar y a perseguir a los delincuentes de sus leyes, dichas autorizaciones, sean judiciales, administrativas o legales, no pueden aplicarse extraterritorialmente, ni exceptuarlos de la aplicación de las leyes del país extranjero donde desarrollan esas actividades; así fue decidido por los casos *Collier v. Vaccaro* (51 F. 2d. 17) (4th. Cir. 1931), *Extradition of Mertz* (52 F. 2d. 241) (SDTex 1931) y *Villarreal v. Hammond* (74 F.2d. 503) (5th. Cir 1934), en donde agentes federales que infringieron leyes extranjeras en su fruición por acatar la ley nacional, secuestrando a personas, fueron entregados a las peticiones de extradición que los países agraviados interpusieron.<sup>125</sup>

Después del caso Frisbie, comenzaron a ventilarse casos mexicanos en los tribunales norteamericanos, donde el secuestro y las violaciones a los existentes tratados de extradición ya se hicieron valer: *United States v. Rosenberg* 195 F2d. 583 (1952) y *United States v. Sobell* 142 FSupp. 515 (1956). Precisamente en el caso Sobell, los tribunales federales determi-

124 “How to make terrorists think twice”, *New York Times*, 22 de mayo de 1986.

125 Carlisle, Jeffrey J., “Extradition of Government agents as a municipal law remedy for State sponsored kidnapping”, *California Law Review*, vol. 81, diciembre de 1993, pp. 1584-1585.

naron primero que el concepto del secuestro de México usado en su defensa, debería haberse hecho valer en el antejuicio, con la finalidad de objetar la competencia del tribunal. No obstante, al final, el juez Irving Kaufman exhumó la vieja tesis del Ship Richmond para afirmar que si la aprehensión había sido ilegal en detrimento de la soberanía de una nación: “Ello creaba una cuestión para ramas políticas del gobierno, pero no constituía ninguna para la administración de justicia”.<sup>126</sup>

### 3. *La pequeña gran excepción de United States v. Toscanino (500 F2d. 267) (1974) y la capacidad de conmoción de los tribunales estadounidenses*

Francisco Toscanino residía en su casa de Montevideo, Uruguay, cuando, engañado por un policía uruguayo de nombre Hermadía, fue citado en un lugar y golpeado hasta que quedó inconsciente. En ese estado fue conducido a la frontera con Brasil, donde otros policías brasileños oficiosamente lo llevaron a Porto Alegre, en donde lo mantuvieron incomunicado y sin ningún tipo de alimentación durante once días. Después fue transportado a Brasilia, donde le esperó un extenso interrogatorio por 17 días, interrumpido sólo por choques eléctricos en su cuerpo y derramamiento de alcohol en sus ojos, entre otros actos de tortura, todo con la connivencia y presencia de un agente antinarcóticos de Estados Unidos. Posteriormente, cuando Toscanino recobró la conciencia, se encontraba en Estados Unidos, listo para ser juzgado.<sup>127</sup>

Aunque fue secuestrado, motivo insuficiente para exonerarlo por la tesis Ker-Frisbie, su tortura fue suficientemente convincente como para persuadir al tribunal federal de que no debería conocer del caso, pues su aprehensión había sido “resultado de la infracción deliberada, innecesaria e irracional de parte del gobierno, hacia los derechos constitucionales del acusado”.<sup>128</sup> Por tal motivo, se aplicaron los precedentes de Rochin (1952) y de United States v. Russell (411 US 435) (1973), por el cual la Suprema Corte interpretó una ley federal en el sentido de que no merece sanción quien es inducido por policías o una autoridad a cometer

126 142 FSupp. 524-525 (1956). En este caso participó presuntamente la extinta Policía Federal de Seguridad de la Secretaría de Gobernación, en colaboración con agentes de Estados Unidos. De los hechos no se deduce si dicha participación fue consentida oficialmente por nuestro país u obtenida por cohecho o engaño por parte de los agentes norteamericanos (244 F2d. 524-525).

127 Lowenfeld, *op. cit.*, nota 121, p. 467.

128 500 F2d. 275.

un delito, para exculpar a Toscanino, pues la forma de su detención “impacta la conciencia”.

A partir del caso Toscanino, se ha dado el precedente de que el secuestro sólo, sin estar acompañado de tortura, no es un acto lo suficientemente ilegal como para impactar la conciencia de los tribunales federales, tal como se refirió expresamente en las decisiones de los casos *United States ex rel. Luján v. Gengler* (1975) y *United States v. Lira* (423 US 847) (1975).<sup>129</sup> Por tal razón, poco después del secuestro de Álvarez Macháin fue fotografiado por sus captores para evitar cualquier argumentación de tortura en el curso de su juicio.

La argumentación de Toscanino, basada en la violación de la Carta de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, así como la transgresión de la Ley Federal de Secuestro, fue ineficaz y descartada de la decisión de fondo, pues lo único que se tomó en consideración fue la tortura que se había ejercido de manera tan dramática.

A pesar de esta excepción, queda por saber para futuros casos, ¿qué tanta tortura o violencia es válida ejercer sobre un acusado, para que pueda el tribunal correspondiente aplicar la excepción de Toscanino? Las torturas van siendo cada vez más sofisticadas y dudo que se repita un caso tan franco y cínico como el de Toscanino; por otra parte, existe un sector de la doctrina que considera que para un extranjero es suficiente violencia moral el enfrentarse a una aprehensión, enjuiciamiento y prisión en su caso, ante autoridades que no son sus nacionales;<sup>130</sup> en esta etapa de *Rambo* y *Exterminador* en que vivimos, donde la violencia es parte cotidiana hasta de nuestro entretenimiento, ¿será una eficaz excepción a la tesis Ker-Frisbie la hipótesis de Toscanino, o es un mero paliativo, tan extremo y obsoleto como la misma regla que trata de exceptuar?<sup>131</sup>

La dura regla aplicada a Latinoamérica por Estados Unidos persiste, pues aunque se probó en el caso de *Juan Ramón Matta Ballesteros v. Gary L. Henman* (498 US 878,) que el secuestro de un ciudadano hondu-

129 Rudy, Timothy D., “Did we treaty away Ker-Frisbie?”, *Saint Mary's Law Journal*, vol. 26, 1995, pp. 807 y 808.

130 Gisvold, Gregory Dean, “Strangers in a strange land: Assessing the fate of foreign nationals arrested in the United States by State and local authorities”, *Minnesota Law Review*, vol. 78, 1994, pp. 771 y ss. Véase “*United States v. Álvarez Macháin and the status of International Law in American Courts*”, *Louisiana Law Review*, vol. 53, 1993.

131 En el propio caso de Toscanino, el caso se resolvió sin tomar en cuenta la tortura, pues ésta había sido realizada por particulares y sin la participación directa de los agentes de Estados Unidos; véase *op. cit.*, *Louisiana Law Review*, vol. 53, 1993, p. 1440.

reño de su país de origen con tortura no fue lo suficientemente agresivo como para aplicar el precedente de Toscanino, que debiera ser la tesis del “traíganmelo medio muerto” para poder prosperar.<sup>132</sup>

En el nivel internacional, la jurisprudencia no ha sido complaciente para permitir hasta un poco de tortura y violencia o el secuestro para sancionar a las autoridades de un país que incurren en esas actividades en otro país. De esta manera, los acusados secuestrados son repatriados o regresados a su lugar de residencia y los agentes captores son extraditados al país de asilo para ser juzgados por los delitos en que incurrieron. Durante 1841 así se resolvió con respecto al caso de Grogan, secuestrado por agentes británicos en Estados Unidos; en 1891 el caso Nollet ilustra también esta solución; en 1909 el caso Gontsch y en 1935 Berthold Jacob-Salomon, secuestrado por Hans Wesseman en Suiza y engañosamente conducido a Alemania, así como el caso de Lampersberger, cuando fue secuestrado y golpeado en Checoslovaquia también por agentes alemanes.<sup>133</sup>

<sup>132</sup> Wright, Charles Alan, *Federal Practice and Procedure. Federal Rules of Criminal Procedure*, West Publishing Co, 1994, p. 53.

<sup>133</sup> Preuss, Lawrence, “Kidnapping of fugitives from justice on foreign territory”, *The American Journal of International Law*, vol. 29, 1935, pp. 502-507.