

Legarre, Santiago

¿Es realmente monstruosa la sentencia Alvarez Machaín?

Publicado en El Derecho Tomo 148, 1992

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Legarre, S. (1992). ¿Es realmente monstruosa la sentencia Alvarez Machaín? [en línea], *El Derecho*, t.148. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/realmente-monstruosa-sentencia-alvarez-machain.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

¿ES REALMENTE MONSTRUOSA LA SENTENCIA ALVAREZ MACHAIN?

Por SANTIAGO LEGARRE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. — II. JUEZ, DERECHO Y NORMA. — III. ¿CONSTITUYE UNA OPCIÓN PARA EL JUEZ LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL? — IV. REFLEXIONES FINALES Y DUDAS CONSIDERABLES.

I

INTRODUCCION

Este estudio se limitará a analizar algunos aspectos de un fallo que por diversos motivos ha llamado la atención de especialistas y personas ajenas al derecho. Deliberadamente se dejarán de lado otros enfoques que han sido abordados por las otras notas que lo acompañan en esta publicación.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Apostillas a la sentencia de la Corte en el caso "Marquès" sobre extradición*, por WERNER GOLDSCHMIDT, ED, 108-373; *Extradición por delito de estupefacientes*, por WERNER GOLDSCHMIDT, ED, 105-273; *Relaciones diplomáticas y la extradición*, por MANUEL A. VIEIRA ED, 123-877; *La extradición de un criminal nazi por delitos contra la humanidad*, por GERMÁN J. BIDART CAMPOS, ED, 135-323.

Recuerdo, por otra parte, que esta sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sido objeto de duras críticas y dispares comentarios periodísticos, en muchos casos más provocadores de una polémica superficial que de una reflexión justificada. Intentaré estudiar el caso más allá de la polémica, analizándolo desde una perspectiva jurídica, sin partir de prejuicios que puedan obstaculizar la tarea intelectual.

II

JUEZ, DERECHO Y NORMA

En uno de los primeros comentarios locales a la sentencia recaída en la causa "United States vs. Alvarez Machain", ROBERTO BULLER GOÑI sostuvo que se trataba de un nuevo round en la pelea "broad vs. narrow" (conf. su nota en La Ley de julio 6 de 1992). Resulta un adecuado encuadramiento de uno de los aspectos salientes del fallo, a la luz de la teoría general del derecho. Pero el problema, en realidad es: ¿por qué debe hacerse una interpretación amplia (broad) o estrecha (narrow)? No creo que exista *a priori* una razón para sostener que una de esas dos interpretaciones es preferible. Ello significaría no comprender la función del juez. Según nuestra Corte, los

opinión internacional que condena a la violación por una nación de la integridad territorial de un vecino amistoso⁽³⁶⁾. Resulta chocante que una de las partes en un tratado de extradición pueda creer que se ha reservado secretamente el derecho de hacer capturas de ciudadanos en el territorio de la

los Estados Unidos en "Estados Unidos vs. Rauscher", O. T. 1885, núm. 1249, ps. 6-10 [(citando "Estados Unidos vs. Caldwell", 8 Blatchford 131 [SDNY 1871]; "Estados Unidos vs. Lawrence", 13 Blatchford 295 [SDNY 1876]; "Adriance vs. Lagrave", 59 N. Y. 110 [1874]); Informe para el acusado en "Estados Unidos vs. Rauscher", O. T. 1885, núm. 1249, ps. 8-16 (lo mismo).

(36) Tal principio tiene forma en el art. 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos del 30 de abril de 1948, 2 U.S.T. 2394, T.I.A.S. núm. 2361, tal como fue enmendado en el Protocolo de Buenos Aires del 27 de febrero de 1967, 21 U. S.T. 607, T.I.A.S. núm. 6847, así como en numerosas previsiones de la Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, 59 Stat. 1031, T.S. núm. 993 (en los cuales tanto los Estados Unidos como México son países signatarios). Véase generalmente MANN, *Reflections on the Prosecution of Persons Abducted in Breach of International Law*, en "International Law at a

otra parte⁽³⁷⁾. El juez Story encontró suficientemente chocante que los Estados Unidos intentaran justificar la captura de un navío extranjero en un puerto español: (*) 12 "Pero, aún suponiendo por un momento, que nuestras leyes hubieran requerido una entrada del Apollon, en su tránsito, ¿ello sig-

Time of Perplexity", 407 (Y. Dinstein y M. Tabor eds. 1989).

(37) Cuando Abraham Sofaer, consejero legal del Departamento de Estado, fue preguntado en una audiencia del Congreso, él resistió la noción que tales capturas podían ser aceptables: "¿Puede imaginarse ir a París y capturar una persona que consideramos terrorista...? ¿cómo nos sentiríamos si alguna potencia extranjera, tomemos por ejemplo el Reino Unido, viene aquí y secuestra un sospechoso de terrorismo en Nueva York, en Boston o en Filadelfia, ... porque nos hemos rehusado a extraditar tal individuo a través de los canales normales de las comunicaciones legales internacionales?" Acta para autorizar la prosecución de terroristas y otros que ataquen a los empleados y ciudadanos del gobierno de los Estados Unidos en el extranjero. Audiencia ante el subcomité de seguridad y terrorismo del comité del Senado sobre el Poder Judicial, 99vo. Cong., 1a. Ses., 63 (1985).

ramienta según las exigencias de justicia que planteen los derechos en juego. No debe inclinarse por una sin considerar las consecuencias reales de esa interpretación.

Veamos qué ocurre en relación al caso. ¿Cuál fue el método de análisis que empleó el voto mayoritario de la Corte? (conf. nota 27). En un primer paso, indagó si la norma (un tratado internacional de extradición) prohíbe expresamente secuestros como el de "Alvarez Machain", concluyendo negativamente. Luego, se fijó si podría existir una prohibición implícita, arribando también a una respuesta negativa. Por fin, el voto mayoritario rechazó la posibilidad de fallar de acuerdo a principios del derecho internacional o a normas internacionales consuetudinarias, entendiendo que "los principios generales citados por el acusado simplemente no nos persuaden de que debamos implicar en el tratado de extradición suscripto entre Estados Unidos y México, una cláusula que prohíba los secuestros internacionales". El voto minoritario arremete contra esta argumentación. La considera contradictoria con el fallo de la Corte en "United States vs. Rauscher", donde se declaró vigente el principio de especialidad, a pesar de que no estaba expresamente previsto en el Tratado aplicable. Sin embargo, en aquella oportunidad el juez Wai-

nificaría que debe deducirse que tenga el poder de capturarlo, luego que el navío pasó al territorio exclusivo de una nación extranjera? Pensamos que no. Sería monstruoso suponer que nuestros agentes aduaneros estaban autorizados para entrar en puertos y territorios extranjeros con el propósito de capturar los navíos que han ofendido nuestras leyes. No podría presumirse que el Congreso voluntariamente justificara tan clara violación a las leyes de las naciones". "The Apollon", 9 Wheat. 392, 370-371 (1824) (énfasis añadido) (38).

(38) La opinión del juez Story continuó: "El arresto del navío extranjero debe ser entonces, restringido a los lugares donde nuestra jurisdicción sea completa, a nuestras aguas, o al océano, el camino común de todas las naciones. Se dice que existe una jurisdicción aduanera que es distinta de la jurisdicción marítima sobre aguas dentro del radio de un disparo de cañón de nuestras costas. Y las provisiones en la Collection Act de 1799, que autoriza la visita de navíos dentro de las cuatro leguas de nuestras costas, se cita como prueba de esta afirmación. Pero ¿dónde debe ejercitarse el derecho de inspección? ¿En un territorio extranjero, en la jurisdicción exclusiva de otro soberano? Ciertamente no; por los mismos térmi-

La ley de las naciones, como fue entendido por el juez Story en 1824, no ha cambiado. En consecuencia, un principio rector explica: "Un Estado no debe de realizar actos de soberanía en el territorio de otro Estado...

"... es una violación al derecho internacional de parte de un estado, el enviar agentes al territorio de otro Estado para aprehender personas acusadas de haber cometido un crimen. Aparte de otras satisfacciones, el primer deber del Estado ofensor

nos del acto se confina a los océanos donde todas las naciones tienen derecho y ejercitan una soberanía común. ¿Y sobre cuáles navíos debe ser ejercitado este derecho de visita? Por las propias palabras del acta, sobre nuestros propios navíos, y sobre navíos extranjeros amarrados en nuestros puertos y sobre ningún otro. Ir más allá de esto significaría una usurpación de la soberanía exclusiva del océano y el ejercicio de un derecho universal de búsqueda, derecho esté que nunca fue reconocido hasta ahora por otras naciones y sería resistido por ningún otro en forma más pertinaz que por los norteamericanos", "The Apollon", 9 Wheat., en 371-373.

te, en disidencia sostuvo que "el tratado requiere la entrega a la justicia, a pedido de un Estado interesado, de las personas acusadas de ciertos crímenes, pero no dice nada sobre lo que debe hacerse con ellas luego de que la entrega se ha realizado. Pudo haber dispuesto que ellas no debieran ser juzgadas por ningún otro delito que por aquellos por los cuales se lo había extraditado, pero no lo ha hecho". Mas ante la laguna legal corresponde valorar qué solución es más justa para el caso, y no simplemente considerar que el silencio debe necesariamente conducir a una interpretación restrictiva. La minoría en "Alvarez Machain" ensaya un argumento a *maior ad minus*. Si en "Rauscher" ante el silencio legal se aplicó una doctrina determinada por considerarla más justa, mucho más en este caso donde los principios jurídicos son mucho más fuertes para sustentar una posición favorable al acusado (conf. nota 27). En síntesis, el voto mayoritario en "Alvarez Machain" no efectúa una adecuada valoración de las consecuencias de la posibilidad interpretativa elegida. Tal vez no todas las razones estén expresadas en el decisorio. Quizás lo que más se valoró no se expresó. Propongo la siguiente relectura del fallo: frente a una laguna legal de este tipo, la Corte como tribunal considera que los efectos políticos y jurídicos de dar la razón a

Alvarez Machain con sustento únicamente en principios de derecho internacional son nocivos, pues quitan al gobierno la posibilidad de llevar a juicio a quienes probablemente han cometido delitos vinculados con el narcotráfico, cuya represión es de interés, no sólo para los Estados Unidos, sino para toda la comunidad internacional. Los ribetes político-institucionales que tiene una decisión como la que pretende "Alvarez Machain" impiden que sea la Corte quien la tome. Por tanto, descarga la responsabilidad en el Ejecutivo, convirtiendo el asunto en una especie de cuestión política no justiciable (en apoyo de esta comprensión del fallo puede verse el último párrafo del voto mayoritario, especialmente la nota 17). Leído de esta forma, el fallo es pasible de crítica, pero al menos respeta en cierto modo las exigencias teóricas que un sano consecuencialismo hermenéutico impone a una sentencia: se toma esa decisión por la valoración de sus consecuencias. Cabe ahora preguntarse si la valoración es adecuada. Para hacerlo, los principios resultan de gran utilidad, mas no deben presentarse como dogmas rígidos insusceptibles de flexibilización en algunos casos particulares. De lo contrario se estaría cayendo nuevamente en el positivismo del que se pretende escapar. Se pasaría de un positivismo normativista a un positivismo principista.

jueces deben hacer justicia en los casos que se les presentan. De acuerdo a la célebre definición de ULPiano, deben dar a cada uno lo suyo, declarando los derechos de las partes. No lo hacen sin embargo, *ex nihilo*. No pueden prescindir de las normas aplicables al caso, sin incurrir en arbitrariedad. Ahora bien, como su función sigue siendo hacer justicia, los jueces valoran esas normas al aplicarlas e interpretarlas para poder cumplir con aquel imperativo de rango superior (constitucional). Dicho imperativo los lleva incluso, a veces, a no aplicar una norma "aplicable" al caso, previa declaración de su inconstitucionalidad, para evitar darle una solución notoriamente disvaliosa, inconciliable con el estado de derecho. En todo caso, siempre los jueces interpretan las reglas que rigen la litis. ¿Qué técnica interpretativa deben emplear?: ¿"broad", "narrow", teleológica, histórica, dinámica, literal, contextual, armónica? Cualquiera que conduzca a una solución justa del caso (a una solución justa, no a la solución justa, ya que no existe solo una). Entonces, las diversas técnicas interpretativas son instrumentales. El juez debe realizar una interpretación justa. Según el caso, ello requerirá interpretar las normas extensivamente o restrictivamente. No hay entonces pelea alguna entre "broad" y "narrow". El buen juez elegirá una u otra he-

es el de trasladar la persona en cuestión al Estado en cuyo territorio fue aprehendida". I Oppenheim, "International Law" 295, y nota 1 (H. Lauterpacht 8va. ed. 1955) (39).

Comentando el preciso tema que se presenta en este caso, el reporte del jefe del American Law Institute's Restatement of Foreign Relations, usa un lenguaje con reminiscencias de la caracterización que hiciera el juez Story respecto de la captura oficial en jurisdicción foránea, calificándola como "mounstruca". "Cuando se hace sin el consentimiento del gobierno extranjero, secuestrar una persona de un país extranjero es una gruesa violación de la ley in-

ternacional y una gran falta de respeto por una norma elevada en la opinión de la humanidad. Constituye una grosera violación de la integridad territorial de otro estado; vacía de contenido el sistema de extradición (establecido por una abarcadora red de tratados que envuelven prácticamente a todos los estados)" (40).

En el caso "Rauscher", la apoyatura legal que sostuvo la decisión de inferir una norma de no procesar por una ofensa diferente de aquella por la cual la extradición fue otorgada, fue mucho menos clara que la regla en contra de la invasión de la integridad territorial de un estado contratante en un tratado, que apoya la posición de

tornado".

(40) HENKIN, A. *Decent Respect to the Opinion of Mankind*, 25 John Marshall L. J. 215, 231 (1992). (nota al pie omitida).

Es justo que los Estados limiten sus poderes de perseguir la delincuencia coactivamente a los límites de sus fronteras. En este sentido, resultan convincentes los argumentos del voto minoritario tendientes a resguardar la integridad territorial de los Estados. Pero habrá que ver si en algún caso concreto lo justo no será legitimar una actuación extraterritorial para impedir la concreción de males mayores. Piénsese por un momento en un Estado en el que sea público y notorio que el narcotráfico se ha instalado en el poder, incluso en el poder judicial, impidiendo lógicamente el castigo de los crímenes correspondientes y negando reticentemente la extradición. Parece que es mayor el mal que causa la impunidad de un crimen que, por su magnitud, puede afectar intereses que exceden los nacionales, que la violación de los límites territoriales de un Estado corrupto para detener a una persona seriamente sospechosa de haber cometido aquel crimen.

La expresión "secuestro" puede conducir a confusión. Lo que se está haciendo es detener a un presunto delincuente, sin necesariamente quebrar reglas del debido proceso. No debe olvidarse que será juzgado por tribunales que al menos cuentan con la siguiente garantía: son los mismos que lo juzgarían *a posteriori* del proceso de extradición que en una situación normal correspondería haber realizado. La constatación de la existencia de una situación que justifique una acción de este tipo debería estar a cargo de autoridades supranacionales legítimas al igual que el hecho mismo de la

detención del sospechoso. De lo contrario existe el riesgo de que quede en manos de quien tiene el poder efectivo de hacerlo. Pero no creo que pueda determinarse *a priori* la ilicitud intrínseca de una conducta de ese tipo llevada a cabo por quien cuenta con la fuerza. Es lógico que esta situación de excepción no esté prevista por las normas. Ello no obsta, sin embargo, a su posible justificación ulterior por el juez (nacional o internacional) de acuerdo a las peculiares circunstancias de cada caso.

Desde esta perspectiva, tanto el voto mayoritario como el minoritario son criticables. El primero, por dar una solución de excepción (escondida bajo un manto de aparente positivismo normativista) sin estudiar si se daban las circunstancias excepcionales que la habilitan. El segundo, por afirmar principios absolutos (positivismo principista) sin indagar si en el caso concreto no existían circunstancias que requirieran hacer excepción de dichos principios para resolver con justicia.

III

¿CONSTITUYE UNA OPCION PARA EL JUEZ LA APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL?

"Es verdad, tal como lo destaca la Corte, que no existe una promesa expresa formulada por ninguna de las partes de abstenerse de realizar secuestros violentos en el territorio de la otra nación. Fundándose en

México en este caso (41). Si "Rauscher" fue decidido correctamente, y estoy personalmente convencido de ello, sus consideraciones claramente dictan un resultado comparable para este caso (42).

(41) Además el Restatement of Foreign Relations expresa: "(2) Los agentes de un estado pueden ejercer sus funciones en el territorio de otro estado sólo con el consentimiento del otro estado, y dado por las debidas autoridades oficiales de tal estado" "... c. Consecuencias de la violación de los límites territoriales de la ejecución de la ley. Si los alguaciles de un estado ejercitan sus funciones en el territorio de otro estado sin el consentimiento de este último, el estado está habilitado para protestar y, en casos apropiados, a recibir reparación de parte del estado ofensor. Si la acción desautorizada incluyó el secuestro de una persona, el estado del cual la persona fue secuestrada puede exigir su devolución. Si el estado del cual la persona ha sido secuestrada no demanda su devolución, de acuerdo a la opinión predomi-

esa omisión la Corte concluye que el Tratado simplemente crea un método opcional para obtener jurisdicción sobre presuntos criminales..." (del Nº 10, voto de la minoría). Resulta acertada esta crítica que los jueces disidentes efectúan a la Corte. El modo en que resuelve el caso implica un dualismo incompatible con el principio *pacta sunt servanda*, de enorme importancia en la concertación de tratados internacionales. En efecto, sin invocar ni considerar circunstancias excepcionales, la Corte consagra la posibilidad para un Estado signatario de un tratado de obviar los mecanismos en él previstos para lograr una determinada consecuencia jurídica. Le permite unilateralmente optar entre la extradición y otras formas de obtener la presencia del acusado para juzgarlo (conf. Nº 5). Ello implica, a mi modo de ver, afirmar que el Estado elige si aplica el tratado o lo deroga en la práctica, al recurrir a sistemas alternativos mediante una decisión tomada en sede interna. Como sostiene la minoría disidente, se estaría transformando a los tratados internacionales en "poco más que verborrea" (conf. Nº 10). Es lo que ocurriría, por ejemplo, si los jueces argentinos desconocieran la vigencia del derecho de réplica en nuestro país, incorporado por un tratado internacional ratificado por la Argentina (Convención Americana sobre Derechos Humanos). Dicho derecho integra nuestro ordenamiento jurídico desde el momento en que el Estado argentino se compromete internacionalmente a reconocerlo en las condiciones previstas en el acuerdo internacional. La obligación de cumplir dicho compromi-

III

Un crítico defecto tinte la opinión de la Corte entera. Faltó en diferenciar entre la conducta de los ciudadanos privados, que no

nante el estado que lo ha secuestrado puede proceder a procesar al individuo de acuerdo a sus leyes". Restatement s 432, y Comment c.

(42) Así como "Rauscher" levantó la cuestión de la violación del tratado, el acusado tiene la posibilidad de levantar una cuestión semejante en este caso. Ciertamente, si a un individuo que no es parte en un acuerdo entre los Estados Unidos y otro país se le permite afirmar los derechos de tal país en nuestras cortes, como sucede en los casos de la especialidad, la misma regla debe aplicarse al individuo que ha sido víctima de la violación por este país de un tratado de extradición y que desea afirmar los derechos de tal país en nuestras cortes luego que el país ya hizo registrar su protesta.

so no puede evaporarse por decisiones internas (v. gr. leyes, actos de gobierno, sentencias, omisiones reglamentarias), ajenas a las contrapartes del tratado. De lo contrario, el *pacta sunt servanda* se convertiría en letra muerta.

Nuestra Corte ha rechazado recientemente el dualismo en la sentencia "Ekmekdjian c. Sofovich y otros", del 7 de julio pasado. El análisis efectuado allí (especialmente consid. 15 al 22) es precisamente opuesto a la opción que en los Estados Unidos ratificó su máximo tribunal en "Alvarez Machain". La aplicación del derecho internacional ya no constituye, en estas latitudes, una opción.

IV

REFLEXIONES FINALES Y DUDAS CONSIDERABLES

El voto minoritario se esfuerza en demostrar que la doctrina "Ker" no es aplicable a este caso. En "Ker" se había sostenido que se podía juzgar en los Estados Unidos a un acusado secuestrado de un país extranjero por individuos particulares carentes de mandato estatal para el secuestro. Pero en "Alvarez Machain" no se discute que el Estado al menos ordenó el secuestro. Luego, afirma la minoría, la doctrina "Ker" contempla una situación diferente. La diferencia que la mayoría considera irrelevante, es esencial para los jueces disidentes. De esta manera, el voto minoritario intenta preser-

violan ninguna obligación de un tratado, y la conducta expresamente autorizada por el Poder Ejecutivo que constituye una violación flagrante del derecho internacional (43) y en mi opinión, también constituye una violación de nuestras obligaciones bajo el tratado. Además, la Corte al comenzar su opinión levanta el argumento de "si un acusado criminal, secuestrado a los Estados Unidos desde una nación con la que existe un tratado de extradición, adquiere de ello una defensa contra la jurisdicción de las cortes de este país". Ante en 1. Esto, por supuesto, es la cuestión decidida en "Ker vs. Illinois", 119 U. S. 436 (1886), pero no

es, sin embargo, la cuestión planteada para la decisión actual.

* 13 La importancia de la distinción entre el ejercicio de jurisdicción por una Corte sobre una persona o propiedad que fue apresada ilegalmente por un ciudadano privado, o inclusive por un alguacil oficial, por un lado, y el ejercicio de jurisdicción intentado mediante la captura por parte de oficiales federales actuando más allá de la autoridad conferida por un tratado, es explicada por el juez Brandels en su opinión para la Corte en "Cook vs. Estados Unidos", 288 U. S. 102 (1933). El caso abarcaba la

en el cumplimiento de sus obligaciones del tratado permitirá a la otra rescindir el tratado, tomar revancha o tomar otros pasos". V[alquez, Treaty-Based Rights and Remedies of Individuals, 92 Colum. L. Rev. 301, 375 (1992).

(43) "En el orden jurídico internacional, los tratados son concluidos por los estados frente a un entorno de costumbre internacional. Las normas de la costumbre internacional especifican las circunstancias en las cuales el fracaso de una parte

var el *stare decisis*, pues no conmueve con su propuesta los precedentes anteriores sobre secuestros privados. Observo aquí un nuevo tipo de positivismo: el positivismo de los precedentes. ¿Por qué no se valora la doctrina "Ker" en lugar de tomarla como un dogma? Utilizando las mismas palabras con las que el juez Stevens criticó el fallo de la Corte, ¿no interesa saber si "Ker" no contiene también una doctrina "monstruosa"? Podría evadirse la cuestión argumentando que al no ser un precedente aplicable no existían motivos para criticarlo. Mas no deja de ser una respuesta evasiva si se tiene en cuenta que el voto mayoritario precisamente apoya sus argumentos en la aplicación de "Ker". Entonces, si "Ker" es monstruoso o si plantea una solución que debe mantenerse, es una cuestión de enorme trascendencia (conf., en la Argentina, art. 280, cód. procesal civil y comercial de la Nación). Hubiera correspondido, a mi modo de ver, valorar la doctrina "Ker" (pueden verse opiniones doctrinales al respecto en el estudio del doctor Luis M. GARCÍA, *Autolito judicial internacional y soberanía estatal*, publicado en La Ley de abril 9 de 1992, especialmente la nota 22). Así los jueces disidentes hubieran podido explicar una actitud que a primera vista parece contradictoria: permitir el juicio en los Estados Unidos cuando el acusado fue traído por la fuerza privada y prohibirlo cuando lo trajo la fuerza pública. ¿Por qué es relevante esta diferencia? Al menos cabe afirmar que se presta a la posibilidad de que un secuestro causado por el Estado se esconda bajo el disfraz de manos particulares. No resultará fácil probar la intervención estatal en estos

casos, que quedarían amparados por la doctrina "Ker", ratificada también por la minoría (obviamente, también los ampararía la doctrina "Alvarez Machain"; quien puede lo más, puede lo menos). Más aún, podría sostenerse como hipótesis aventurada pero probable que en el mismo caso "Ker" los Estados Unidos hayan utilizado —exitosamente, pues no pasó así a la historia— dicha estrategia del disfraz. En síntesis, creemos ver una analogía entre esta situación y lo afirmado por nuestra Corte en el recordado caso "Kot": cuando se trata de la efectiva tutela de los derechos, no interesa de quién provenga su violación. Puede ser causada tanto por el Estado como por particulares o grupos de particulares. En todos los casos, si la violación es injusta debe ponerse el remedio adecuado. Hay una sola razón que tal vez permita sostener que el remedio es distinto cuando el ilícito internacional (secuestro) proviene de particulares. En este caso el remedio podría ser la extradición a favor del Estado perjudicado de los individuos que perpetraron el ilícito, sin que se configure un obstáculo procesal para el ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales norteamericanos. En cambio, cuando fue el propio Estado el que secuestró, la entrega de sus agentes, autores materiales del ilícito, importaría reconocer su propia torpeza. Pero ello sería lógicamente incompatible con el enjuiciamiento. Por lo tanto, en estos casos la única solución posible, a salvo los casos excepcionales mencionados en el apart. II de este trabajo, es devolver al acusado. De todos modos, tan sólo dejo planteada la cuestión, sin perjuicio de ulteriores consideraciones.

interpretación de un tratado en la era de la prohibición que autorizaba a los agentes norteamericanos a abordar ciertos navíos británicos para asegurarse de si estaban importando bebidas alcohólicas. Un navío británico fue abordado 11 millas y media fuera de las costas de Massachusetts, encontrándose que transportaba bebidas alcohólicas no declaradas, y llevado a puerto. El recaudador aduanero sugirió la multa que pretendía cobrar mediante el embargo de tanto la carga como el barco capturado.

La Corte sostuvo que la captura no había sido autorizada por el tratado, pues había acontecido más allá del límite de las 10 millas (44). El Gobierno argumentó que la ilegalidad de la captura era inmaterial pues, como en "Ker", la jurisdicción de la Corte estaba apoyada por la posesión aunque la captura hubiera sido lícita. El juez Brandels reconoció que el argumento hubiera tenido éxito si la captura hubiera sido hecha por una parte privada sin autoridad para actuar por el Gobierno, pero que debe prevalecer otro principio cuando el Gobierno mismo carece de poder para la captura. Basándose en "Rauscher" y distinguiendo "Ker", explicó: "Cuarto. Cuando el «Mazel Tov» fue capturado sin orden legal, sus embargos fueron rechazados adecuadamente. El Gobierno alega que la supuesta ilegalidad de la captura es inmaterial. Argumenta que los hechos probados muestran una violación de nuestra ley para la cual la penalidad de decomiso, está dispuesta; que los Estados Unidos podrían, llenando una orden de decomiso, ratificar lo que de otra manera sería una captura ilegal; que el navío capturado habiendo sido traído al puerto de Providence, permitió que la Corte Federal de Rhode Island adquiriera jurisdicción; y que, además, el demandante al contestar los fundamentos anuló cualquier objeción relativa a la ejecución de las penalidades". Este argumento se basa en un concepto erróneo. "Es verdad que cuando los Estados Unidos, tomando posesión de una propiedad, llenan una demanda de ejecución de un decomiso resultante de la violación de sus leyes, el hecho que la posesión haya sido adquirida por un acto erróneo es inmaterial". "Dodge vs. Estados Unidos", 272 U. S. 530, 532 [(1926)]. Compárese "Ker vs. Illinois", 119

U. S. 436, 444. La doctrina se apoya primariamente en las reglas del *common law* que sostiene que cualquier persona, a su riesgo, puede adquirir propiedad que ha sido decomisada o será decomisible por el Gobierno, y que los procedimientos por parte del Gobierno para ejecutar el decomiso ratifican una captura hecha por alguien sin autoridad, desde que la ratificación es equivalente a la delegación previa de autoridad para la captura. "Gelston vs. Hoyt", 3 Wheat. 246, 310 [(1818)]; "Taylor vs. Estados Unidos", 3 How. 197, 205-206 [(1845)]. Tal doctrina no es aplicable aquí. La objeción a la captura no es que haya sido errónea por haber sido hecha por alguien que carecía de autoridad gubernamental para capturar en el lugar en el que la captura fue hecha. La objeción es que el Gobierno mismo carece de poder para capturar, ya que el Tratado le ha impuesto limitaciones a su propia autoridad. El Tratado fija las condiciones bajo las cuales un "navío puede ser capturado y traído a puerto norteamericano, sus territorios o posesiones para su adjudicación en concordancia con las leyes aplicables. Por ello Gran Bretaña estuvo de acuerdo que la adjudicación siguiera a una captura adecuada. Nuestro gobierno, careciendo del poder para capturar, le falta el poder, en razón del Tratado, para sujetar el navío a nuestras leyes. Sostener que la adjudicación pueda seguir a una captura errónea iría a nulificar el propósito y efecto del Tratado. Compárese «Estados Unidos vs. Rauscher», 119 U. S. 407 «Cook vs. Estados Unidos», 288 U. S., en 120-122".

* 14 El mismo razonamiento fue empleado por el juez Miller para explicar por qué la opinión en "Rauscher" no se aplicaba al caso "Ker". El oficial que practicó el arresto en "Ker" no pretendió estar actuando en alguna función oficial cuando secuestró a "Ker". Como notó el juez Miller, "los hechos muestran que fue un claro caso de secuestro dentro de los dominios de Perú, sin ninguna pretensión de autoridad bajo el tratado o por parte del gobierno de los Estados Unidos". "Ker vs. Illinois", 119 U. S., en 443 (énfasis añadido) (45). Exactamente

(45) Cuando la Corte Suprema de Illinois describió la acción dijo que: "el arresto y detención de [Ker] no fue hecho por ninguna autoridad del gobierno general y no se encuentra implicada ninguna obligación por parte del Gobierno federal o Estatal... La invasión a la soberanía de Perú, si se hizo algún daño, fue hecha por individuos, algunos de los cuales quizás no le debían lealtad a los Estados Unidos, pero no por el Gobierno Federal". "Ker vs. Illinois", 110 Ill. 627, 643 (1884).

(44) El tratado preveía que los derechos de abordaje no podían ser ejercitados a una distancia mayor de la costa de la que el navío podía atravesar en una hora, y el navío capturado no podía ir a una velocidad mayor de 10 millas por hora. "Cook vs. Estados Unidos", 288 U. S. 102, 107, 110 (1933).