

# Violencia transfronteriza: el Quinto contra el Noveno

“ No podemos imaginar a alguien cuya conciencia no quede impactada por el asesinato a sangre fría de una persona inocente caminando por la calle en México o en Canadá a manos de un agente estadounidense de la Patrulla Fronteriza desde el lado estadounidense de la frontera”, dice la opinión de la Corte de Apelación del Noveno Circuito del 7 de agosto de 2018 en el caso *Rodríguez vs. Swartz*.

Hernández vs. Mesa y Rodríguez vs. Swartz son los dos casos que durante la última década han definido el litigio sobre violencia transfronteriza entre México y Estados Unidos.

Por un lado, *Hernández vs. Mesa* deriva del incidente del 7 de junio de 2010, donde Sergio Adrián Hernández Güereca, de 15 años de edad, perdió la vida al recibir un impacto de bala por el agente de la Patrulla Fronteriza, Jesús Mesa, quien le disparó —desde territorio estadounidense— en las inmediaciones de la línea fronteriza, mientras el menor de edad se encontraba jugando —corriendo de un lado de la frontera al

otro— en el espacio limítrofe entre El Paso, Texas, y Ciudad Juárez, Chihuahua.

Por el otro, *Rodríguez vs. Swartz* deriva del incidente del 10 de octubre de 2012, donde José Antonio Elena Rodríguez, de 16 años de edad, perdió la vida al recibir 10 impactos de bala en su espalda, los cuales le fueron infligidos por Lonnie Swartz, un agente de la Patrulla Fronteriza, quien le disparó —desde territorio estadounidense— mientras José Antonio caminaba pacíficamente —del lado mexicano— por la Calle Internacional (la cual corre de forma paralela a la línea fronteriza con Nogales, Arizona) en Nogales, Sonora.

Si bien ambos casos son casi idénticos en los hechos, su desahogo a nivel judicial ha sido diametralmente opuesto. *Hernández vs. Mesa*, donde se concluyó que el agente de la Patrulla Fronteriza cuenta con inmunidad calificada, fue desahogado ante la Corte de Apelación del Quinto Circuito, y *Rodríguez vs. Swartz*, donde se concluyó lo opuesto, que el agente de la Patrulla Fronteriza no tiene derecho a una inmunidad



Foto: AZCentral.com

calificada, fue decidido ante la Corte de Apelación del Noveno Circuito.

El Quinto Circuito comprende los estados de Luisiana, Misisipi y Texas, y el Noveno Circuito, Alaska, Arizona, California, Guam, Hawái, Idaho, Islas Marianas, Montana, Nevada, Oregon y Washington. En épocas recientes, por un lado, el Noveno Circuito ha sido fuertemente criticado por ser considerado el circuito más liberal del Poder Judicial estadounidense (la mayoría de los jueces han sido designados por presidentes demócratas); inclusive Donald Trump le dedicó un *tweet* diciendo: "Simplemente muestra a todos cuán roto e injusto es nuestro sistema judicial cuando el lado opuesto en un caso (como DACA) siempre corre al Noveno Circuito y casi siempre gana antes de ser revocado por tribunales superiores". Por el otro, el Quinto Circuito (dos tercios de sus jueces han sido designados por presidentes republicanos) es considerado muy conservador, a tal grado que le ha valido el sobrenombre del "Horrible Quinto". Es justo ante este circuito donde se han suspendido los programas DAPA y DACA extendido.

A diferencia de México (o de la familia romano-germánica) en Estados Unidos (como acontece en el

*common law*) los jueces no son seleccionados por medio de exámenes de oposición, ni forman parte de un servicio de carrera, sino que son escogidos entre los miembros de las barras de abogados. De ahí que se torne más relevante conocer la corriente política del gobierno en turno, ya que a través de sus candidatos judiciales se puede manipular la balanza para que ésta favorezca interpretaciones jurídicas más liberales o más conservadoras.

De ahí se puede explicar —en parte— la razón por la cual ambas sentencias (Hernández vs. Mesa, del 20 de marzo de 2018, y Rodríguez vs. Swartz, del 7 de agosto de 2018), aun cuando abordan hechos similares, llegan a conclusiones diferentes. Por ejemplo: para determinar si aplican las protecciones de la Cuarta Enmienda Constitucional, el Quinto Circuito se enfocó al lugar donde surtieron los efectos del tiroteo transfronterizo (esto es, México), a resaltar que la víctima no tenía ninguna conexión con Estados Unidos, y a indicar que aplicaría el mismo criterio que para operaciones gubernamentales en el extranjero (esto es, rechazar el hecho de extender las protecciones constitucionales); en cambio, el Noveno Circuito, bajo una interpretación *pro homine*, enfocó

su análisis al lugar desde donde inició el tiroteo transfronterizo (esto es, Estados Unidos), indicó que era irrelevante que la víctima no tuviera conexión con Estados Unidos, y que no se trataba de ninguna operación gubernamental en el extranjero, sino que el caso simplemente versaba sobre “el uso irracional de fuerza letal por un agente federal en territorio estadounidense”.

En materia de seguridad nacional el Quinto Circuito señaló que “la amenaza de responsabilidad bajo [una causa de acción] Bivens podría minar la habilidad de la Patrulla Fronteriza para ejecutar labores esenciales a la seguridad nacional”; en cambio, el Noveno Circuito reconoció que “nadie sugiere que la seguridad nacional involucre el disparar a personas que sólo se encuentran caminando [pacíficamente] en una calle en México”.

En materia de política exterior el Quinto Circuito indicó que reconocer un recurso judicial “minaría el respeto de México sobre la validez de las determinaciones anteriores del Ejecutivo [federal estadounidense]” donde se “negó la extradición y se rechazó fincar cargos penales en contra del agente Mesa”; en cambio, el Noveno Circuito fustigó diciendo que “no hay ninguna política exterior estadounidense acogiendo tiroteos como el del caso en turno. Al contrario, se amenazaría a las relaciones internacionales si se declinara el extender una causa de acción, ya que significa que las cortes estadounidenses no pueden dar un remedio legal para una violación grave a la soberanía mexicana”.

En materia de extraterritorialidad el Quinto Circuito concluyó que la “presunción contra la [aplicación de un remedio Bivens] extraterritorial acentúa la impropiedad de extender derechos privados de acción a extranjeros lesionados en el extranjero”; en cambio, el Noveno Circuito reconoció que la “presunción contra la [aplicación de un remedio Bivens] extrate-

rritorial puede ser superado cuando los actos ‘tocan y conciernen al territorio de los Estados Unidos’... con suficiente fuerza para desplazar la presunción”. En otras palabras, el Noveno Circuito reconoce tácitamente que no es lo mismo un acto acaecido del otro lado del mundo, que uno literalmente a metros de distancia de territorio estadounidense, y que fue iniciado en el mismo.

En lo que se refiere a la falta de una legislación que otorgue un remedio legal para este tipo de situaciones, el Quinto Circuito lo interpretó como el “rechazo repetido del Congreso para crear derechos privados de acción en contra de oficiales federales por daños causados en contra de extranjeros en el extranjero”; en cambio, el Noveno Circuito fue sarcástico al responder que “como usualmente es el caso, el silencio legislativo susurra sólo un dulce nada”.

Respecto de la “inmunidad calificada” del agente migratorio estadounidense, el Quinto Circuito señaló que como el Departamento de Justicia no le fincó cargos penales al agente Mesa y certificó que actuó dentro del ámbito de su empleo, éste debía contar con inmunidad; en cambio el Noveno Circuito aclaró que la inmunidad calificada “existe para proteger decisiones erróneas pero razonables, no una conducta criminal dolosa. [Ya que al parecer de la Corte] no pueden imaginarse un argumento serio [en el sentido] de que un agente federal no sabía que era ilegal disparar a las personas en México sin ninguna razón”.

Desde un punto de vista neutro es importante señalar que el sistema jurídico estadounidense permite la posibilidad de presentar una demanda civil sólo para algunas violaciones constitucionales, en específico para aquellas en que explícitamente lo contempla su legislación. En otras palabras, no existe un remedio legal para demandar por daños por cualquier violación



Desde un punto de vista jurídico, los casos de violencia transfronteriza no son sencillos, especialmente si se toma en cuenta que detrás de ellos existen políticas públicas y criminales que tienen como prioridad proteger la seguridad del Estado estadounidense.

constitucional. De ahí la necesidad de realizar una examinación a la luz del precedente *Bivens vs. Six Unkown Federal Narcotics Agents*, con el cual se abre de forma excepcional la posibilidad de un remedio legal civil para aquellos casos en que no exista otro remedio alternativo adecuado, ni "ningún 'factor especial' que orillen a creen que el Congreso, en lugar de las cortes, sea el que debe autorizar una demanda por daños pecuniarios". Como se puede apreciar, la ponderación versa sobre los límites del Poder Judicial: ¿en que situaciones se puede adjudicar la controversia sin caer en el exceso de crear nuevas disposiciones de ley?

Desde un punto de vista jurídico, los casos de violencia transfronteriza no son sencillos, especialmente si se toma en cuenta que detrás de ellos existen políticas públicas y criminales que tienen como prioridad

proteger la seguridad del Estado estadounidense y asegurar que la promoción de sus intereses en el extranjero —vía la actuación extraterritorial de sus agentes gubernamentales— encuentre el respaldo adecuado. Es inevitable que la Suprema Corte de Estados Unidos tenga que pronunciarse en el tema en comento, especialmente frente a dos posturas tan contrastantes como las que promovieron el Quinto y el Noveno circuitos en sus casos correspondientes.

Resultará interesante ver en qué sentido la Suprema Corte de Estados Unidos se pronunciará en los próximos meses: ¿priorizará sus intereses nacionales o reconocerá que Estados Unidos no puede comportarse como si viviera aislado? *Alea iacta est.* 🗡️

\* Doctor en Derecho y diplomático de carrera experto en Derecho internacional.  
Twitter: @VE\_Corzo.