



CLARIBEL DE CASTRO SÁNCHEZ\* – TERESA MARCOS MARTÍN\*\*

## A VUELTAS CON LA INMUNIDAD DE LOS FUNCIONARIOS EXTRAJEROS EN LOS CASOS DE VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS: ¿UN NUEVO HORIZONTE TRAS LA DECISIÓN EN EL ASUNTO *YOUSEF V. SAMANTAR*?\*\*\*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. De la inmunidad de jurisdicción en el sistema norteamericano: marco normativo. – 2.1. La *Alien Tort Claims Act* (ATS). – 2.2. La *Torture Victim Protection Act* (TVPA). – 2.3. La *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA). – 3. Inmunidad, funcionarios extranjeros y derechos humanos ante los tribunales americanos – 4. El asunto *Samantar*: las sucesivas instancias del proceso y la decisión sobre la inmunidad. – 4.1. Los antecedentes del caso. – 4.2. La sentencia del tribunal de distrito de Virginia de 2007: el reconocimiento de la inmunidad de Samantar en aplicación de la FSIA. – 4.3. Las decisiones de la Corte de Apelación y del Tribunal Supremo: Samantar no goza de inmunidad. – 4.3.1 La decisión de la Corte de Apelación. – 4.3.2 La sentencia del Tribunal Supremo de 2010: confirmación de la decisión del Tribunal de Apelación acerca de la no inmunidad de Samantar. – 4.4. Una nueva revisión y una nueva denegación de inmunidad: la sentencia de la Corte de Apelación de 2012. – 4.5. Una vuelta atrás en el proceso: el reconocimiento de inmunidad para Samantar en la sentencia del Tribunal Supremo de 2014. – 4.6. La decisión final: Samantar no es inmune. – 5. La práctica *post-Samantar* en las decisiones sobre inmunidad: los recientes «*Statement of Interest*». – 6. A modo de conclusiones.

### 1. Introducción.

Una de las cuestiones más complejas en el marco de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es, sin duda, la de determinar quién es beneficiario de la misma, es decir si, y bajo qué circunstancias, los individuos pueden invocar la

---

\* Profesora Contratada Doctora, Dpto. Derecho Internacional Público (UNED), España. Se ha ocupado de la redacción de los puntos 1, 2 e 3 de forma íntegra, así como del punto 7 de forma conjunta con la otra autora.

\*\* Profesora Contratada Doctora, Dpto. Derecho Internacional Público (UNED), España. Se ha ocupado de la redacción de los puntos 4 e 5 de forma íntegra, así como del punto 6 de forma conjunta con la otra autora.

\*\*\* El presente trabajo ha sido redactado en el marco del Proyecto de Investigación «*La protección de los valores de la Comunidad Internacional: Inmunidad, Justicia e Impunidad en el Derecho Internacional Contemporáneo*», financiado por el MINECO, cuyo ID es Concepción Escobar Hernández.

inmunidad estatal<sup>1</sup>. El problema estriba en que, tal y como señalara Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial sobre la Inmunidad de Jurisdicción Penal Extranjera de los funcionarios del Estado, en su Tercer Informe «*el alcance general del concepto de funcionario no ha sido definido por el Derecho Internacional*»<sup>2</sup>, y escasamente por los derechos nacionales<sup>3</sup>. Así, la determinación de este alcance constituye una de las claves para el establecimiento del régimen de inmunidad *ratione materiae* y, en ausencia de referencias normativas específicas, el método para su definición ha de ser el análisis de la práctica judicial, tanto nacional como internacional. El problema esencial, como también señalara en el mismo informe la Relatora Especial, es que el tema de la inmunidad de jurisdicción penal no ha sido considerado de forma amplia por los tribunales penales nacionales<sup>4</sup>. Sin embargo, si que existe una abundante jurisprudencia en materia civil que, si bien no es el tema central de estudio de la CDI, si que puede resultar relevante para determinar qué personas del Estado (*persons whom State*) deben estar cubiertas por la inmunidad de jurisdicción<sup>5</sup>.

Uno de los Estados cuyos tribunales quizá haya recibido un mayor número de demandas civiles contra funcionarios extranjeros por hechos cometidos en su propio país, es, probablemente, Estados Unidos. En este sentido, puede constatarse que existe una importante jurisprudencia, así como doctrina al respecto que puede resultar de interés a la hora de establecer quién puede disfrutar de inmunidad *ratione materiae*. Por ello, en el presente trabajo nos proponemos analizar la práctica americana y, esencialmente, el asunto *Yousuf v. Samantar*, que ha sido crucial en este ámbito.

## 2. De la inmunidad de jurisdicción en el sistema norteamericano: marco normativo.

Como es evidente, los Estados únicamente pueden actuar a través de personas físicas, que en principio, no están protegidas por la inmunidad, ya que la inmunidad de jurisdicción en esencia se garantiza respecto de los Estados en cuanto que tal. Ello tiene como consecuencia práctica que, dado que no se puede o es complejo conseguir activar una acción “contra” el Estado, se hayan planteado un gran número de demandas contra personas, funcionarios o agentes, que actúan en nombre de un Estado extranjero. En estos supuestos, el problema estriba en determinar si «pueden estos, y hasta que extensión, invocar y disfrutar de la inmunidad soberana?»<sup>6</sup> y es que si bien pudiera parecer claro a primera vista que «los funcionarios, hablando de modo general, son inmunes respecto de la jurisdicción de otros estados en relación con los actos realizados en su capacidad oficial (“inmunidad funcional” o “inmunidad *ratione materiae*”)<sup>7</sup>, no lo es en modo alguno, y así se ha planteado en varios supuestos ante los tribunales norteamericanos. Así, como adelantáramos *supra*,

<sup>1</sup> M. TOMONORI, *The individual as beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra vires conduct*, en *Denver Journal of International Law and Politics*, 2003, p. 127. Tal y como afirma el autor, «existe una presunción de inmunidad respecto de los Estados, mientras que no existe tal presunción respecto de los individuos».

<sup>2</sup> C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, *Third report on the immunity of State officials for foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/673, 2 junio 2014, p. 10.

<sup>3</sup> M. TOMONORI, *The individual as beneficiary*, cit., pp. 104-105.

<sup>4</sup> C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, *Third report on the immunity of State officials*, cit., p. 11.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> M. TOMONORI, *The individual as beneficiary*, cit., p. 101.

<sup>7</sup> D. AKANDE, S. SHAH, *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts*, en *Eur. Jour. Int. Law*, 2010, p. 825.

existe una amplia jurisprudencia civil provocada por las demandas presentadas por ciudadanos extranjeros que han sufrido violaciones de sus derechos fuera del territorio norteamericano a manos de funcionarios extranjeros. En estos casos, los fundamentos normativos son la *Alien Tort Claims Act* (ATS) la *Torture Victim Protection Act* (TVPA) y la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA).

Por una parte, la posibilidad de litigación civil de los individuos extranjeros ante tribunales norteamericanos está regida por la *Alien Tort Claims Act* que, en esencia, establece la jurisdicción de los tribunales norteamericanos respecto de determinadas violaciones del Derecho Internacional cometidas fuera del territorio de los Estados Unidos de América, permitiendo así a las víctimas de ciertos crímenes plantear demandas civiles frente a sus tribunales federales<sup>8</sup>. Así, con base en esta norma, aplicada de forma amplia a los agravios en violación del Derecho Internacional, los tribunales deciden sobre su propia competencia al determinar si una acción recae dentro de su jurisdicción<sup>9</sup>.

Asimismo, hemos de tener en cuenta la *Torture Victim Protection Act* (TVPA) que permite a los ciudadanos que se encuentren en territorio norteamericano, sean norteamericanos o extranjeros, plantear demandas ante los tribunales americanos por actos de tortura o asesinatos extrajudiciales cometidos fuera de territorio de los Estados Unidos.

Finalmente, la *Foreign Sovereign Immunities Act* establece las limitaciones respecto de la posible demanda de un Estado soberano extranjero ante un tribunal de los Estados Unidos, es decir, es la norma encargada de regular la inmunidad soberana.

Por tanto, cuando un litigante alega la existencia de un daño en violación del Derecho Internacional producido por un Estado extranjero también ha de justificar la existencia de una excepción a la inmunidad a la luz de la FSIA para que pueda ser resuelto por un tribunal norteamericano.

## 2.1. La Alien Tort Claims Act (ATS).

La *Alien Tort Act*, *Alien Tort Claims Act* o *Alien Tort Statute*<sup>10</sup> forma parte de la *Judiciary Act* (Ley judicial) de 1789, que podríamos considerar una especie de Ley procesal o de Enjuiciamiento civil adoptada por el Congreso de los Estados Unidos. A la luz de esta norma, los tribunales federales de los Estados Unidos tendrán jurisdicción original en toda acción civil entablada por un extranjero por un agravio producido por un acto cometido en violación del Derecho de Gentes o de un tratado internacional concluido por los Estados Unidos<sup>11</sup>. Así pues, a la luz de la ATS un extranjero puede iniciar una acción civil contra otro sujeto ante los tribunales de Estados Unidos por un acto cometido fuera de los Estados Unidos si ese acto constituye una violación del Derecho Internacional<sup>12</sup>.

En este sentido, algunos autores han considerado que la finalidad de la ATS consistía en trasladar la idea a los Gobiernos extranjeros de que los Estados Unidos actuarían para prevenir y remediar violaciones del Derecho Internacional, especialmente en materia di-

<sup>8</sup> Vid. S. POLLOCK, *A Political Embarrassment: jurisdiction and the Alien Tort Statute, Foreign Sovereign Immunities Act and Political Question Doctrine*, en *California Western Law Review*, 2015, p. 226, disponible en <http://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cwlr/vol51/iss2/3>.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Esta norma podría ser traducida como «Ley de reclamación por delitos contra extranjeros».

<sup>11</sup> «The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States» (28 U.S.C. § 1350), Vid. S. POLLOCK, *A Political Embarrassment*, cit., p. 230.

<sup>12</sup> E. PETERS, *La tortura*, Madrid, 1987, pp. 252-253.

plomática y comercial<sup>13</sup>. Así, tal como han mantenido doctrina y jurisprudencia, en el momento de su redacción, las violaciones del Derecho Internacional cubiertas por la ATS eran, esencialmente, la piratería, las violaciones de la conducta segura (*violations of safe conduct*) y las infracciones del Derecho diplomático<sup>14</sup>, por lo que raramente era invocada. Sin embargo, con el paso de los años, y fundamentalmente después de la II Guerra Mundial, como consecuencia de la evolución del Derecho Internacional, la ATS ha sido utilizada en casos de violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, fundamentalmente en el caso de violaciones de normas de *ius cogens*<sup>15</sup>.

Esta tendencia se materializa en el asunto *Filartiga v. Peña-Irala* (1980), considerado como el primer caso “moderno” en el que se invoca la ATS como base de una litigación en materia de derechos humanos. En la sentencia, el Tribunal sostuvo, entre otras cuestiones, que:

«[...] deliberate torture perpetrated under color of official authority violates universally accepted norms of international law of human rights, regardless of the nationality of the parties. Thus, whenever an alleged torture is found and served with process by an alien within our borders, § 1350 provides federal jurisdiction»<sup>16</sup>.

«For purposes of civil liability, the torturer has become like a pirate and slave trader before him *hostis humani generis, an enemy of all mankind*»<sup>17</sup>.

Tras este pronunciamiento y durante tres décadas, otros tribunales federales han encajado otras conductas como posibles violaciones del “Derecho de Gentes”, generando precedentes para posibles demandas respecto de las que la ATS podrá ser aplicada y, por tanto, reconocer competencia jurisdiccional a los mencionados tribunales<sup>18</sup>.

No obstante esta “expansión” de la competencia de los Tribunales americanos fue contrarrestada por el Tribunal Supremo<sup>19</sup> en el asunto *Sosa v. Alvarez-Machain* (2004), en el cual, si bien el Alto Tribunal reconoce que las violaciones del Derecho internacional a las

<sup>13</sup> G. C. HUFBAUER, N. K. MITROKOSTAS, *Awakening Monster: The Alien Tort Statute of 1789*, Washington D. C., 2003; B. STEPHENS, J. CHOMSKY, J. GREEN, P. HOFFMAN, M. RATNER, *Chapter 1: The Alien Tort Statute (ATS): From 1789 to Filartiga, Sosa, and Beyond*, en B. STEPHENS, J. CHOMSKY, J. GREEN, P. HOFFMAN, M. RATNER, *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*<sup>2</sup>, Leiden, 2008, pp. 3-27.

<sup>14</sup> Vid. S. POLLOCK, *A Political Embarrassment*, cit., p. 230.

<sup>15</sup> También podría considerarse como otro factor que ha incidido en el cambio de interpretación, el hecho de que muchos de los “perpetradores” de violaciones de los derechos humanos han acabado huyendo de su país e instalándose en EEUU, de igual modo que lo han hecho muchos de los supervivientes de las atrocidades cometidas, no pareciendo justo que éstos últimos comprueben como aquellos quedan absolutamente impunes por sus crímenes. Así lo afirma el Centro para la Justicia y la Responsabilidad: «Another factor can bar survivors from seeking redress: the perpetrators may have fled the country. It is estimated that 1000 human rights abusers have found safe haven in the United States. For refugees and survivors trying to rebuild their lives here in the U.S., seeing their abusers living with impunity can be profoundly traumatic. The ATS provides a tool to expose these human rights abusers and deny them safe haven». Vid. <http://cja.org/what-we-do/litigation/legal-strategy/the-alien-tort-statute>.

<sup>16</sup> Sentencia de la *Court of Appeals for the Second Circuit* del 30 de junio de 1980, *Filartiga v. Peña-Irala*, p. 630 F.2d. (2d Cir. 1980).

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 890.

<sup>18</sup> J. LOBEL, *The Contradiction Between Alien Tort Statute Jurisprudence and the Continued Immunity of U.S. Officials for Acts of Torture Committed Abroad*, en *Maryland Journal of International Law*, 2013, pp. 129 y ss.; L. WALKER, *United States Alien Tort Claims Act Litigation and Proposed Human Rights Exception to Foreign Sovereign Immunity*, 2015, en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2644121](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2644121).

<sup>19</sup> Hasta 2014, solamente seis sentencias del Tribunal Supremo mencionaban la ATS y únicamente dos recogían un análisis extenso de dicha norma: *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004) y *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, U.S., 133 S. Ct. 1659 (2013); vid. D. M. AMANN (Ed.), *Benchbook on International Law*, 2014, p. III.E-2, en [www.asil.org/benchbook/humanrights.pdf](http://www.asil.org/benchbook/humanrights.pdf).

que hace referencia la ATS no pueden limitarse a los “crímenes” identificados en 1789, lo cierto es que tampoco puede “cubrir” cualquier violación de una norma internacional, sino que deben seguirse unos paradigmas interpretativos. Así, en *Sosa*, el Tribunal Supremo «instruía a los tribunales inferiores a proceder de forma “cauta” en el ejercicio de su “juicio discrecional” para reconocer los daños que pueden dar lugar a una acción, encomiándoles a considerar las “consecuencias prácticas” de reconocer que existe causa para interponer una demanda»<sup>20</sup>. En esencia, este Tribunal estableció que las demandas bajo la ATS deben recaer sobre una norma de carácter internacional aceptada por el mundo civilizado y definida con una especificidad comparable a las figuras identificadas en el Siglo XVIII<sup>21</sup>.

## 2.2. *La Torture Victim Protection Act (TVPA)*.

Adoptada en 1991, en vigor desde 1992, la *Torture Victim Protection Act* (TVPA) viene a completar la *Alien Tort Act* en el sentido de establecer la posibilidad de litigación civil a ciudadanos americanos o extranjeros que hayan sufrido tortura o asesinatos extrajudiciales en aplicación de la ley de un Estado extranjero<sup>22</sup>. Así pues, mientras que la ATS hace referencia a cualquier acto contrario al Derecho de Gentes o a un tratado concluido por los Estados Unidos, con esta norma se posibilita compensación por vía civil únicamente en el caso de dos actos contrarios al Derecho Internacional, como son la tortura y los asesinatos extrajudiciales. Por tanto, aunque ambas normas pueden ser alegadas para plantear demandas en el caso de torturas y asesinatos extrajudiciales, establecen estatutos distintos con sus propias limitaciones.

El Tribunal Supremo ha recurrido en muy pocas ocasiones a esta norma y ha realizando un análisis en profundidad de la misma sólo con ocasión del asunto *Mohamad v. Palestinian Auth.* (2012), en cuya sentencia interpreta el contenido legal del término “individuo”. En los otros casos en los que el Alto Tribunal se ha ocupado de la TVPA, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* (2013), *Samantar v. Yousuf* (2010) o *Sosa v. Álvarez-Machain* (2004) lo ha hecho por referencia a la ATS o para determinar el alcance de la inmunidad<sup>23</sup>.

## 2.3. *La Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*.

La *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) fue aprobada por el Congreso en 1976 con la finalidad de codificar el cuerpo del Derecho Común que había venido regulando la inmunidad soberana extranjera en los Estados Unidos. Así, siguiendo el mandato del Secretario de Estado y el Fiscal General, el legislador adoptó una ley que establecía normas y estándares concretos para determinar la inmunidad soberana extranjera, por una parte, y, por otra, trasladaba la decisión respecto de la inmunidad al poder judicial, al proclamar que los tribunales eran los que poseían la autoridad y el deber de decidir cuándo un soberano tiene derecho a la inmunidad<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. III.E-6.

<sup>21</sup> Vid. R. M. BUXBAUM, D. D. CARON, *The Alien Tort Statute: An Overview of the Current Issues*, en *Berk. Jour. Int. Law*, 2010, pp. 512 y ss.; S. POLLOCK, *A Political Embarrassment*, cit., p. 231.

<sup>22</sup> A. AMANN (Ed.), *Benchbook on International Law*, cit., p. III.E-26.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. III.E-27.

<sup>24</sup> Vid. E. NELSON, *Does Individual Foreign Official Qualify as a Foreign State Purposes of the Foreign Sovereign Immunities Act?*, in *Catholic University Law Review*, 2008, p. 855; S. POLLOCK, *A Political Embarrassment*, cit., p. 235.

Por tanto, a través de la adopción de la FSIA se pretendió codificar la normativa internacional en materia de inmunidad soberana, así como trasladar las decisiones en materia de inmunidad del poder ejecutivo, al judicial. En esencia, lo que establece la FSIA es que el estado extranjero – incluidos las agencias estatales – está cubierto por la inmunidad soberana frente a los tribunales norteamericanos, salvo que el asunto pueda encajar dentro de una de las excepciones a la inmunidad previstas por la norma. Ciertamente, los Tribunales en Estados Unidos reconocen la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros desde hace mucho tiempo, incluso antes de la adopción de la FSIA en 1976. Antes de la adopción de esta norma, los tribunales americanos trataban esta cuestión como un asunto de *Common Law*, teniendo en cuenta consideraciones de derecho y cortesía internacionales (*International Law and Comity*). En esta línea, empezando en los años treinta del pasado siglo, los tribunales comenzaron a dar preferencia absoluta a las opiniones del *Executive Branch* sobre como la inmunidad debería ser garantizada<sup>25</sup>. Por lo tanto, la FSIA supuso el abandono de la doctrina de la inmunidad absoluta, seguida larga data por los tribunales norteamericanos hasta la adopción de la *Tate Letter*<sup>26</sup>, y el traspaso de la competencia para decidir sobre la existencia o no de inmunidad al poder judicial<sup>27</sup>.

La FSIA es el único medio a través del cual un tribunal federal puede obtener jurisdicción sobre un Estado extranjero, estableciendo la presunción de que ese Estado gozará de inmunidad frente a la jurisdicción civil de los tribunales americanos siempre y cuando no sean de aplicación las excepciones previstas en la propia norma<sup>28</sup>. Tales excepciones son: a) los casos en los cuales se ha renunciado a la inmunidad por parte del Estado, b) las actividades comerciales; c) actos lesivos no comerciales que han tenido lugar en Estados Unidos; d) la propiedad marítima *in rem*; e) la propiedad en los Estados Unidos y f) la expropiación. En 1996 el Congreso añadió otra excepción para ciertos casos de actos terroristas. Esta última excepción se aplica únicamente en las demandas planteadas por nacionales norteamericanos contra un Estado que sea considerado como sponsor del terrorismo o contra funcionarios de ese Estado<sup>29</sup>.

En esencia, bajo la FSIA, se presume la inmunidad tanto de los Estados extranjeros, como de sus divisiones políticas, agencias e instrumentos (*instrumentalities*), pero ¿qué ocurre

<sup>25</sup> C. A. BRADLY, J. L. GOLDSMITH, *Foreign Sovereign Immunity, Individual Officials, and Human Rights Litigation*, en *The Green Bag And Entertaining Journal of Law*, 2009, p. 11.

<sup>26</sup> En definitiva, la idea de la FSIA era modificar el régimen anterior derivado de la conocida como *Tate Letter* (1952), a través de la cual el Departamento de Estado norteamericano establecía las bases para la aplicación judicial de la inmunidad soberana en un doble sentido, por una parte, adoptando la doctrina restringida de la inmunidad y, por otra, determinando que la decisión última de la inmunidad recaía en el poder ejecutivo. Vid. C. A. BRADLY, J. L. GOLDSMITH, *Foreign Sovereign Immunity*, cit., p. 11; S. KNUCHEL, *Samantar v. Yousuf: Narrowing the Prospects for Human Rights Litigation against Foreign Officials?*, en *Hum. Rights Law Rev.*, 2010, p. 154; A. LOWENSTEIN, *The Foreign Sovereign Immunities Act under Corporate Subsidiaries of Agencies or Instrumentalities of Foreign States*, en *Berk. Jour. Int. Law*, 2001, pp. 356 y ss.; E. NELSON, *Does Individual Foreign Official*, cit., pp. 863-866.

<sup>27</sup> Sobre la evolución en materia de inmunidad de los Estados seguida por Estados Unidos puede consultarse, entre otros, C. A. BRADLY, J. L. GOLDSMITH, *Foreign Sovereign Immunity*, cit., p. 10 y ss.; E. NELSON, *Does Individual Foreign Official*, cit., pp. 858 y ss.

<sup>28</sup> En definitiva, la idea de la FSIA era modificar el régimen anterior derivado de la conocida como *Tate Letter* (1952), a través de la cual el Departamento de Estado norteamericano establecía las bases para la aplicación judicial de la inmunidad soberana en un doble sentido, por una parte, adoptando la doctrina restringida de la inmunidad y, por otra, determinando que la decisión última de la inmunidad recaía en el poder ejecutivo. Vid. J. K. ELSEA, *In re Terrorist Attacks on September 11, 2001: Claims Against Saudi Defendants Under the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*, 2016, en [www.crs.gov](http://www.crs.gov); E. NELSON, *Does Individual Foreign Official Qualify*, cit., p. 855; S. POLLOCK, *A Political Embarrassment*, cit. pp. 234-235.

<sup>29</sup> S. KNUCHEL, *Samantar v. Yousuf*, cit., p. 155.

con los funcionarios? Esta cuestión no ha sido resuelta de forma satisfactoria por la jurisprudencia norteamericana siendo discutido el contenido y significado de lo que deba entenderse por “*instrumentalities*”<sup>30</sup>.

Hasta 2005, la jurisprudencia de ciertos tribunales de apelación (*Fourth, Sixth, and Ninth District of Columbia Circuits*) mantenía que los funcionarios extranjeros estaban incluidos en la definición de Estado extranjero bajo la FSIA<sup>31</sup>. En esencia, en estos pronunciamientos se entendía que, si bien la FSIA en su artículo 1603(b) no incluía a los individuos en la definición de instrumentos extranjeros, tampoco los excluían expresamente<sup>32</sup>. Sin embargo, la *Seventh Circuit* en el asunto *Abubakar* rompió esta jurisprudencia al mantener que un oficial extranjero no puede reclamar inmunidad bajo la FSIA porque un funcionario no encaja en la definición de Estado extranjero y así ha sido confirmado por el Departamento de Justicia, añadiendo, en contraposición a la idea mantenida en el *Asunto Chuidian*<sup>33</sup> por el *9th Circuit*, que si el Congreso hubiese pretendido incluir a los funcionarios que actúan en su capacidad oficial en el alcance de la FSIA lo habría hecho de forma clara e inequívoca<sup>34</sup>. Por ello, entendió en este caso el tribunal que atendiendo a la redacción de la FSIA no puede afirmarse su aplicación para determinar la inmunidad de los funcionarios extranjeros, debiendo los tribunales consultar el *Common Law* anterior a la adopción de la FSIA para determinar si un funcionario extranjero puede disfrutar o no de inmunidad<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Vid. F. J. ZAMORA CABOT, *Acceso a las víctimas a la justicia y conductas en el extranjero: el Tribunal Supremo de los Estados Unidos da otra vuelta de tuerca en el caso OBB Personenverkehr v. Sachs, sobre inmunidad de jurisdicción*, en *Rev. elec. est. int.*, 2016; E. NELSON, *Does Individual Foreign Official Qualify*, cit., p. 868.

<sup>31</sup> *Velasco v. Government of Indonesia*, 370 F.3d 392, 398-99 (4<sup>th</sup> Cir 2004); *Keller v. Cent. Bank of Nigeria*, 277 F.3d 811, 815-816 (6<sup>th</sup> Cir. 2002); *El-Fadl v. Cent. Bank of Jordan*, 75 F.3d 668, 671 (D.C. Cir 1996); *Chuidian v. Philippine National Bank*, 912 F.2d 1095, 1103 (9<sup>th</sup> Cir. 1990), según cit. E. NELSON, *Does Individual Foreign Official Qualify*, cit., p. 856.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 869.

<sup>33</sup> En este asunto el Noveno Circuito estableció que las demandas contra funcionarios por las actividades realizadas en su “*official capacity*” estaban cubiertas por la FSIA. Se trataba de un caso de un ciudadano filipino contra un miembro de la Comisión gubernamental filipina encargada de recuperar la riqueza supuestamente abandonada por el régimen de Marcos. En su sentencia, el Tribunal, recordando que los funcionarios extranjeros recibían inmunidad en base al *Common Law* anterior a la FSIA, el Tribunal arguyó que sería ilógico pensar que el Congreso, a través de la FSIA, eliminaba la aplicación de la inmunidad soberana respecto de los individuos de forma implícita y sin comentarios y que permitir demandas ilimitadas contra funcionarios extranjeros actuando en su capacidad oficial permitiría a los litigantes conseguir indirectamente lo que la norma les impide hacer directamente. Así, concluía el tribunal que los funcionarios que actúen en nombre del Estado pueden ser considerados de forma razonable como “agencias o instrumentos” del Estado a efectos de la FSIA ya que una demanda contra un individuo actuando en el marco de su capacidad es en la práctica una demanda contra el soberano directamente. En esta misma línea, el Segundo circuito, en el caso de los *Ataques Terroristas del 11 de septiembre de 2011* señalaba que «una reclamación contra una agencia o poder del Estado, incluido un funcionario que actúa en su capacidad oficial, puede ser en efecto una queja contra el Estado». Vid. C. A. BRADLY, J. L. GOLDSMITH, *Foreign Sovereign Immunity*, cit., p. 12.

<sup>34</sup> En el asunto *Enaboro v. Abubakar* señaló que la FSIA define “*agency or instrumentality*” como una persona legal aparte/diferente, concepto que hace referencia a una “ficción legal”. Añade, que si el Congreso hubiese deseado incluir a los individuos actuando en su capacidad oficial en el ámbito de la FSIA, lo habría hecho de forma inequívoca. En esta misma línea, el Cuarto Circuito, en el caso *Yousuf v. Samantar* señaló que los individuos no encajan con facilidad en el marco de los preceptos jurisdiccionales y procesales relativos a las “agencias e instrumentos estatales” en la FSIA; vid. C. A. BRADLY, J. L. GOLDSMITH, *Foreign Sovereign Immunity*, cit., pp. 12-13; E. NELSON, *Does Individual Foreign Official Qualify*, cit., pp. 855-856.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 857.

### 3. Inmunidad, funcionarios extranjeros y derechos humanos ante los tribunales americanos.

Desde que en 1980 el Tribunal del Segundo Circuito pronunciase su sentencia en el Asunto *Filartiga* – que permitió a un ciudadano extranjero demandar a un ex policía de su propio país por violación del Derecho Internacional de los derechos humanos ante un Tribunal de los Estados Unidos –, demandas procedentes de ciudadanos de todas partes del mundo han sido planteadas con base en el ATS ante tribunales norteamericanos. En esencia, en todos estos casos, un demandante extranjero acusa a un funcionario extranjero por la presunta violación del Derecho Internacional en territorio foráneo. En muchos de estos casos, las referencias a la conducta gubernamental se hace necesaria ya que, en muchas ocasiones las violaciones de los derechos humanos, máxime cuando éstas son masivas, requieren de la acción estatal, lo que tiene como resultado que muchas veces la inmunidad soberana de ese Estado se convierta en potencial obstáculo serio para poder litigar<sup>36</sup>.

Desde entonces y durante muchos años, la litigación en materia de derechos humanos en los tribunales norteamericanos venía realizándose sin prestar prácticamente atención a una cuestión clave como es el caso de la posible inmunidad de los funcionarios internacionales por actos cometidos por ellos y que pueden conllevar la violación de los derechos humanos. Según Bradley y Goldsmith, «el paradigma de los casos en el ámbito de los derechos humanos conlleva una demanda contra un oficial gubernamental/funcionario extranjero por presuntos abusos contra los derechos humanos llevados a cabo “bajo el color del derecho interno”. Dado que en estos casos se trata de demandas planteadas contra un funcionario extranjero, en principio, podría parecer aplicable la objeción de la inmunidad soberana»<sup>37</sup>.

En este sentido, hemos de tener en cuenta dos cuestiones: en primer lugar que, en principio, la Ley sobre Inmunidades soberanas extranjeras (FSIA) establece la presunción de inmunidad para los Estados extranjeros, sin excepción en el caso de los derechos humanos; en segundo lugar, son muchos los tribunales que han asumido que la FSIA no tiene relevancia para las demandas de derechos humanos ya que éstas van en contra de los funcionarios o agentes gubernamentales y no contra el Estado en sí mismo<sup>38</sup>. Ciertamente, nada en los estatutos que sirven de base para la litigación en materia de derechos humanos invalida la inmunidad. En esta línea, el Tribunal Supremo en el Asunto *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.* (1989) sostuvo que la principal fuente para la litigación en materia de derechos humanos en Estados Unidos, la ATS, está sujeta a las restricciones de inmunidad de la FSIA. Sin embargo, el uso de la ATS como canal para litigar en materia de violaciones de derechos humanos cometidas en territorio extranjero ha sido controvertida<sup>39</sup>.

Por ello, cómo ya mencionáramos *ut supra*, otra de las bases para la litigación en materia de derechos humanos es la TVPA que tampoco menciona la inmunidad. Así, si partimos de la base de que la TVPA fue adoptada ya en vigor la FSIA, tenemos en consideración decisiones como la *Amerada Hess* y nos guiamos por los debates parlamentarios que

<sup>36</sup> Vid. C. A. BRADLY, J. L. GOLDSMITH, *Foreign Sovereign Immunity*, cit., pp. 10-11.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> S. KNUCHEL, *Samantar v. Yousuf*, cit., p. 156.

precedieron a la elaboración de la norma, algunos autores consideran que esta norma no está sujeta a las restricciones de la inmunidad de la FSIA<sup>40</sup>.

En cualquier caso, los argumentos utilizados por los demandantes para “desmontar” la teoría de que la inmunidad establecida por la FSIA se aplica en el caso de violación de derechos humanos han sido varios. Así, uno de los argumentos más utilizados por los demandantes en los casos de violación de los derechos humanos es la excepción de la FSIA por violaciones de normas de *ius cogens* del Derecho Internacional. Dado que una norma de *ius cogens* es la más alta norma de Derecho internacional respecto de la que no cabe derogación por ninguna otra norma salvo otra norma de *ius cogens*, esta no puede “derogarse” por una norma nacional como es la FSIA, con lo que no podría defenderse la inmunidad de los funcionarios extranjeros por efecto de la FSIA cuando vulneren derechos humanos que puedan ser considerados como normas de *ius cogens*<sup>41</sup>. Sin embargo, en las demandas presentadas directamente contra los Estados extranjeros, en muchos de los casos los tribunales que han tenido que analizar la cuestión han concluido que la inmunidad del Estado es aplicable incluso para las violaciones de *ius cogens*, asumiendo de forma implícita o explícita que las violaciones de derechos humanos pueden ser actos oficiales para los propósitos de la FSIA<sup>42</sup>. Este planteamiento se ha debatido en diferentes instancias del *Asunto Yousuf v. Samantar*, que analizaremos a continuación en detalle.

#### 4. El asunto Samantar: las sucesivas instancias del proceso y la decisión sobre la inmunidad.

##### 4.1. Los antecedentes del caso.

Durante los años de régimen autoritario del General Barreín en Somalia, las Fuerzas Armadas Somalíes perpetraron toda clase de abusos e infracciones de los derechos humanos de toda clase, como torturas, violaciones y asesinatos, a manos de las fuerzas armadas somalíes. En particular, Bashe Yousuf, un joven hombre de negocios especialmente perseguido, fue objeto de detención arbitraria, de torturas y encarcelado y mantenido aislado en una minúscula celda durante seis años. Mohamed Ali Samantar había sido, durante los años en que se produjeron los daños, Ministro de Defensa y Primer Ministro de la República Democrática de Somalia<sup>43</sup>.

Tanto Yousuf como Samantar viven en Estados Unidos<sup>44</sup> cuando, el 10 de noviembre de 2004, Yousuf y otros cinco representantes de somalíes que habían sufrido también

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>41</sup> Así, el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) define las normas de *ius cogens* como normas «aceptada[s] y reconocida[s] por la comunidad internacional de estados en su conjunto como norma[s] que no admite[n] acuerdo en contrario y que sólo puede[n] ser modificada[s] por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter»; en la misma línea, el artículo 64 de la Convención establece que «si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará».

<sup>42</sup> C. A. BRADLY, J. L. GOLDSMITH, *Foreign Sovereign Immunity*, cit., p. 20.

<sup>43</sup> De hecho, Samantar era un “hard-liner” y uno de los fundadores del régimen militar, que llegó a ser Vice Primer Ministro y Primer Ministro después de haber sido Ministro de Defensa, e instrumento esencial para una política de torturas, secuestros y cualquier otra forma de intimidación psicológica. Vid. S. KNUCHEL, *Samantar v. Yousuf*, cit., p. 160; L. WALKER, *United States Alien Tort Claims Act Litigation*, cit.

<sup>44</sup> Precisamente la residencia de Samantar en EEUU es uno de los argumentos que utilizará el Departamento de Estado para apoyar la denegación de la inmunidad, aunque, como el propio Departamento de Estado advierte, no es el más determinante.

torturas, presentan ante la Corte de Distrito de Virginia una demanda contra Samantar solicitando responsabilidad civil e indemnización por los daños sufridos. Ante la excepción de inadmisibilidad presentada por Samantar, basándose en su inmunidad, la Corte paraliza el procedimiento para determinar si el Departamento de Estado planeaba adoptar un *Statement of Interest* acerca de la alegada inmunidad de Samantar. Tras dos años esperando y sin haber recibido respuesta por parte del Departamento de Estado<sup>45</sup>, la Corte de Distrito retoma el asunto en 2007. Comienza entonces una batalla procesal que dura prácticamente hasta la muerte de Samantar.

#### 4.2. La sentencia del tribunal de distrito de Virginia de 2007: el reconocimiento de la inmunidad de Samantar en aplicación de la FSIA.

Retomado el asunto por parte de la Corte de Distrito en enero de 2007<sup>46</sup>, los demandantes alegan que Samantar era personalmente responsable de las torturas y homicidio de civiles por las agencias de inteligencia somalíes durante los años 80, basando su demanda en el *Torture Victim Protection Act* y en la *Alien Tort Statute*.

Por su parte, Samantar, en calidad de demandado, argumenta que no puede ser juzgado por un tribunal norteamericano ya que goza de inmunidad por aplicación de la FSIA<sup>47</sup>, al entender que sus actos son asimilables a los del Estado. Por el contrario, los demandantes entienden que no es posible aplicar aquí la FSIA, ya que Samantar actuó fuera del ámbito de su competencia, ha violado normas internacionales y por tanto, sus actos no podrían considerarse atribuibles al Estado<sup>48</sup>. No habría actuado, por tanto, a título oficial.

Por lo que se refiere a la extensión de la inmunidad del Estado respecto de sus funcionarios, el Tribunal afirma que, aunque la FSIA guarde silencio respecto de este tema, los tribunales americanos han extendido la inmunidad a un particular que actúe dentro de su competencia oficial en nombre del Estado extranjero<sup>49</sup>. Por tanto, el Tribunal considera que los funcionarios extranjeros, siempre y cuando actúen en nombre de sus estados y no

<sup>45</sup> L. WALKER, *United States Alien Tort Claims Act Litigation*, cit., p. 23.

<sup>46</sup> Este asunto da lugar a la Sentencia *Yousuf v. Samantar*, U.S. District Court, LEXIS 56277 (2007).

<sup>47</sup> Esta norma prevé que los tribunales de Estados Unidos únicamente tendrán jurisdicción respecto de los Estados extranjeros que no estén amparados por inmunidad. Es decir, siempre que un Estado no esté dentro de las excepciones previstas en esta norma, gozará de inmunidad ante los tribunales norteamericanos.

<sup>48</sup> Encontramos un análisis exhaustivo del concepto de “acto realizado a título oficial” en el Cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, preparado por Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, en el que, con carácter general, se establece que un individuo se puede beneficiar de la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* si en un caso concreto concurren tres condiciones: a) que pueda ser considerado como funcionario del Estado; b) que, en tal condición, haya realizado un acto a título oficial; y c) que haya realizado dicho acto durante su mandato. (Vid. *4th report on the immunity of State officials for foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/686)

En este supuesto, dentro de las tres condiciones necesarias, los demandantes otorgan especial fuerza a que, en su condición de funcionario del Estado, haya realizado los actos en cuestión a título oficial.

<sup>49</sup> Vid., entre otros, L. WALKER, *United States Alien Tort Claims Act Litigation*, cit., p. 23.

Encontramos un análisis exhaustivo del concepto de “acto realizado a título oficial” en el Cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, preparado por Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, en el que, con carácter general, se establece que un individuo se puede beneficiar de la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* si en un caso concreto concurren tres condiciones: a) que pueda ser considerado como funcionario del Estado; b) que, en tal condición, haya realizado un acto a título oficial; y c) que haya realizado dicho acto durante su mandato. (Vid. *4th report on the immunity of State officials for foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/686)

se hayan excedido son “agencias o instrumentos” de esos Estados, por lo que están dentro del ámbito de aplicación de la FSIA.

Respecto al otro argumento, es decir, si Samantar ha actuado o no en su “*official capacity*”, el Tribunal considera que no ha actuado excediéndose de su competencia y apoya su tesis en dos cartas enviadas por el actual gobierno de Somalia al *Department of State* en las que se ratifica que Samantar actuó en su capacidad oficial, añadiendo que negar la inmunidad supondría un peligro para el proceso de reconciliación en Somalia. El Tribunal no realiza más consideraciones en relación a la posible actuación de Samantar fuera de su competencia. Únicamente insiste en que si no se incluyera en la FSIA un supuesto como el que está juzgando -en el que la persona no actuó por intereses particulares sino en calidad de representante del Estado, y por ello, como una agencia o instrumento previsto por la FSIA- se estaría contraviniendo el sentido contenida en la norma y admitiendo una acción cuando en la FSIA claramente la prohíbe. Se viciaría así, entiende el Tribunal, la norma que permite juzgar a los Estados únicamente si están dentro de una de las excepciones del 1605-1607 simplemente sacando fuera de la noción de Estado a los agentes del mismo.

Finalmente, el Tribunal hace referencia a que, aunque hubiera existido una violación de normas que entrarían dentro de la categoría de *ius cogens*<sup>50</sup>, dado que la FSIA no lo contempla expresamente como excepción a la inmunidad, no puede tenerse en cuenta. Sí reconoce, al menos, el Tribunal, que admitiendo la inmunidad, no pretende minimizar la gravedad de las alegaciones, y que las violaciones de derechos humanos tanto por gobiernos como por sus agentes no han de ser toleradas en las naciones civilizadas. Sin embargo, se debe proceder, acuerda el Tribunal, con cautela en esta clase de asuntos, para no interferir en las relaciones internacionales, delicadas en este caso y admitir por ello la inmunidad. Es decir, en el balance entre la violación de normas internacionales de derechos humanos y la estabilidad de las relaciones internacionales, prima esto último, en una decisión de marcado carácter político.

#### 4.3. Las decisiones de la Corte de Apelación y del Tribunal Supremo: Samantar no goza de inmunidad.

##### 4.3.1 La decisión de la Corte de Apelación.

Los demandantes recurren en apelación la decisión del Tribunal de Distrito de Virginia ante la *Court of Appeals*. Continúa así un complicado recorrido por las diferentes instancias judiciales norteamericanas, impugnando Samantar mediante todos los recursos a su alcance todas aquellas decisiones por las que se niega su inmunidad. La primera vez que se falla en contra del reconocimiento de inmunidad es en 2009 en una decisión de la *Court of Appeals for the Fourth Circuit*<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Como se verá, va a constituir el hilo conductor de los siguientes pronunciamientos, en particular, las sentencias de 2013 y 2014, así como los *Statement of Interest* adoptados por el Departamento de Estado, en particular, de 2015.

<sup>51</sup> Sentencia de la *Court of Appeals for the Fourth Circuit* del 8 de enero de 2009, *Yousuf v. Samantar*, 552 F.3d 371, 2009 U.S. App. LEXIS 189 (4th Cir. Va. Jan. 8, 2009).

Estos recursos dan a los tribunales americanos la oportunidad de realizar un repaso por la historia de la FSIA y su alcance, la aplicación del *Common Law* a la inmunidad de oficiales extranjeros y – lo que constituye uno de los puntos de inflexión y de reflexión en Samantar – clarificar el equilibrio entre el papel del Ejecutivo y la función de los tribunales en la determinación de la inmunidad de los funcionarios extranjeros en asuntos civiles.

En esta instancia, Yousuf et al. presentan un recurso de apelación ante el Tribunal de Apelación contra la decisión del Tribunal de Distrito. Este Tribunal, siguiendo la jurisprudencia establecida en *Abubakar*, centra sus razonamientos en negar la aplicación de la FSIA a particulares, como había determinado el Tribunal de Distrito, por haberlos considerado incluidos en la categoría de “agencias o instrumentos”. Realiza una interpretación sistemática y finalista de la FSIA y llega a la conclusión de que el espíritu de la FSIA es la no inclusión de particulares en esa categoría, ya que en diferentes partes de esa norma se hace referencia en particular a “entidades” que constituyen “personas jurídicas”, y que engloban corporaciones u otras entidades de negocios. Apela además a documentos en los que se recoge el debate mantenido durante la redacción de la misma, donde se refleja la voluntad de los redactores. Así, en el *House of Committee Report* se recoge que con el término “agencia o instrumento” pretende referirse a corporaciones, asociaciones, fundaciones. En definitiva, para la Corte de Apelaciones «la definición de Estado extranjero bajo la Sección 1603 de la FSIA no incluye individuos y la estructura, así como la historia legislativa de la FSIA apoyan esa conclusión»<sup>52</sup>.

Con esta referencia ha de despejarse, en nuestra opinión, toda duda acerca del ámbito de aplicación del término “agencia e instrumento” y zanjarse el debate acerca de la extensión de la FSIA a funcionarios. Si el Congreso de EEUU hubiese querido incluir a particulares, lo habría hecho de manera explícita y no dejando a una interpretación artificial o forzada el ámbito de aplicación del término “agencias o instrumentos”.

La segunda parte de este pronunciamiento se centra en el análisis de otra de las cuestiones relevantes de la inmunidad, la figura de los ex funcionarios extranjeros. Los demandantes alegan que, aún en el supuesto de que se llegara a considerar que la FSIA pudiese aplicarse a funcionarios extranjeros, no cubriría a los antiguos ex funcionarios. A este respecto, el Tribunal de Apelación realiza una aclaración: únicamente se tendrá en consideración la inmunidad de un funcionario cuando este continúe en el cargo en el momento en que se presente la demanda ante los tribunales americanos<sup>53</sup>. Esta postura es seguida en las siguientes instancias del procedimiento, de manera que, a nuestro parecer, es una de las aportaciones de este asunto. De hecho, tal y como mantienen Bradley y Goldsmith, la lectura que el Tribunal hace de la FSIA es consistente con el Derecho Internacional que estable-

<sup>52</sup> Vid. R. M. BUXBAUM, D. D. CARON, *The Alien Tort Statute*, cit., p. 516; S. KNUCHEL, *Samantar v. Yousuf*, cit., p. 160.

<sup>53</sup> En opinión del Tribunal de Apelación, la finalidad de la FSIA es conceder a los Estados extranjeros una protección actual (“*present protection*”) ante los inconvenientes que les causa un litigio ante sus tribunales, como un gesto de cortesía.

Esta decisión contrasta con el alcance de la inmunidad *ratione personae* en relación a la jurisdicción penal de los funcionarios de Estados extranjeros. El Proyecto de artículos provisionalmente aprobados por el Comité de Redacción en el 67º período de sesiones de la Comisión (UN doc. A/70/10), en 2015 contempla, en efecto, lo siguiente:

«Inmunidad *ratione materiae*

Proyecto de artículo 6

Alcance de la inmunidad *ratione materiae*

1. Los funcionarios del Estado se benefician de la inmunidad *ratione materiae* únicamente respecto de los actos realizados a título oficial.  
2. La inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial subsistirá a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado».

Hacemos referencia a este extremo aun cuando esta cuestión excede de la finalidad de esta contribución. Se trata, en efecto, de un tema controvertido que merece un estudio independiente.

ce que los antiguos funcionarios respecto de actos oficiales, únicamente pueden beneficiarse de inmunidad mientras que ocupan el cargo<sup>54</sup>.

El Tribunal admite la demanda y da la razón, por todo lo expuesto, a los demandantes.

#### 4.3.2 *La sentencia del Tribunal Supremo de 2010: confirmación de la decisión del Tribunal de Apelación acerca de la no inmunidad de Samantar.*

Samantar recurre la decisión del Tribunal de Apelación ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos, que confirma esta decisión. El Tribunal Supremo, en una decisión unánime<sup>55</sup>, insiste en que los funcionarios no son “agencias e instrumentos”, añadiendo a los argumentos expuestos por el Tribunal de Apelación que la intención del Congreso al redactar la FSIA claramente no era incluir a los funcionarios puesto que, en ocasiones<sup>56</sup>, ha sugerido inmunidad para funcionarios cuando el Estado como tal no gozaba de ella, así que parece difícil que cuando el Congreso quiso codificar la inmunidad del Estado deseó, sub *silenzio*, codificar la inmunidad de los funcionarios. Concluye el alto tribunal que, en todo caso, la decisión sobre si Samantar es acreedor de la inmunidad, corresponde al Tribunal de Distrito, al que devuelve el asunto, quien volvió a pronunciarse en 2011<sup>57</sup> y, reconsiderando sus argumentos de 2007, decidió que no ha de reconocerse la inmunidad de Samantar.

El Tribunal de Distrito basa su decisión en el *Statement of Interest* del Departamento de Estado<sup>58</sup> en el que este órgano determina que Samantar no es inmune<sup>59</sup>. En este documento, el Departamento de Estado describe el valor que los tribunales han de otorgar a estos *Statement of Interest* y determina<sup>60</sup> que cuando él mismo decide, como es el caso, adoptar una posición particular sobre la inmunidad, los tribunales deben aceptar esta decisión y, por tanto, en el presente caso, al concluir que Samantar no es inmune, el Tribunal de Distrito ha de seguir su decisión.

Nos detenemos en este documento ya que el Departamento de Estado enlaza la exposición del que, en su opinión, es el razonamiento fundamental de por qué no entra la figura del funcionario extranjero dentro de la FSIA, con su propio papel en la determinación de la inmunidad. Al parecer del Departamento de Estado, mientras que, al elaborar la FSIA, el Congreso pretendió reemplazar el régimen del *Common Law* aplicable a los Estados, no encuentra, en la intención y finalidad última del Congreso, el objetivo de codificar una norma aplicable a la inmunidad de funcionarios. El Congreso no deseó eliminar el papel del Departamento de Estado en las decisiones sobre inmunidad de funcionarios. Por tanto, el Ejecutivo continúa jugando un papel primario en la determinación de la inmunidad de los funcionarios extranjeros como un aspecto de la responsabilidad del Presidente

---

<sup>54</sup> C. A. BRADLY, J. L. GOLDSMITH, *Foreign Sovereign Immunity*, cit., p. 18.

<sup>55</sup> *Supreme Court of the United States of America. Certiorari for the US Court of Appeals for the 4 Circuit* 08-1555(2010).

<sup>56</sup> A este respecto la sentencia *Greenspan v. Crosbie*, No. 74 Civ. 4734 (Clg), 1976 WL 841 (SDNY, Nov. 23, 1976).

<sup>57</sup> Esta sentencia no está disponible.

<sup>58</sup> *Statement of Interest US. of America in Civil Action* 1: 04 1360 (14 febrero 2011).

<sup>59</sup> En todas las instancias de este asunto, los diferentes órganos jurisdiccionales han seguido los *Statements of Interest* del Departamento de Estado, lo que es objeto de análisis y, finalmente, de reconocimiento en los siguientes pronunciamientos.

<sup>60</sup> Este es el razonamiento más relevante por lo que respecta al valor de los *Statement of Interest* y del papel del Departamento de Estado en las decisiones sobre inmunidad de funcionarios extranjeros en los procedimientos civiles.

en la dirección de las relaciones y reconocimiento de gobiernos extranjeros. Por todo ello, los tribunales han de continuar sometiendo al Ejecutivo las decisiones sobre la inmunidad de los funcionarios extranjeros, tal como era la práctica antes de la adopción de la FSIA.

Añade finalmente que, cuando el *Department of State* se ha pronunciado sobre esta materia, los tribunales no han de interferir.

Una vez realizada esta declaración, el *Department of State* analiza por qué en este supuesto particular, no se reconoce la inmunidad. En aplicación de principios de Derecho internacional consuetudinario<sup>61</sup> determina que no puede existir inmunidad en este caso. Tiene particularmente en cuenta que Samantar es un ex funcionario de un Estado que no tiene en la actualidad un Gobierno reconocido que pueda solicitar la inmunidad en su nombre. Por otro lado, los residentes de Estados Unidos que son beneficiarios de las leyes estadounidenses, deberían estar sometidos a la jurisdicción de estos tribunales, en particular cuando son demandados por residentes en Estados Unidos<sup>62</sup>. El *Department of State* otorga, en otro orden de cosas, importancia al comportamiento del Estado del que depende el demandado. Así, como sólo los actos de los funcionarios que hayan sido realizados dentro de capacidad oficial estarán cubiertos por la inmunidad bajo el Derecho internacional consuetudinario, el Ejecutivo tiene en cuenta si el Estado extranjero entiende que el funcionario ha actuado dentro de su capacidad oficial. El supuesto de Samantar adquiere tintes particulares debido a que el Ejecutivo estadounidense no da reconocimiento, en ese momento, a ningún gobierno somalí<sup>63</sup>.

El *Department of State* insiste en que la decisión en cualquier caso debe tener en cuenta el potencial impacto en los intereses de las relaciones de Estados Unidos con Estados extranjeros y alerta de que en futuros casos en que se presenten diferentes circunstancias, el Departamento deberá determinar<sup>64</sup> si un *ex* funcionario de un Estado sin gobierno reconocido es inmune en causas civiles por actos realizados dentro de su competencia oficial, o si un *ex* funcionario de un Estado con un gobierno reconocido no es inmune en causas civiles por actos que no han sido realizados dentro de su competencia oficial.

Como anunciamos, el Tribunal de Distrito volvió sobre sus pasos y determinó que Samantar no era inmune.

#### 4.4. Una nueva revisión y una nueva denegación de inmunidad: la sentencia de la Corte de Apelación de 2012.

Samantar recurre la decisión adoptada por el Tribunal de Distrito en 2011 ante la Corte de Apelación<sup>65</sup>. Esta tiene la oportunidad de volver a determinar el papel de los *Statement of Interest* y de su relación con la labor de los jueces norteamericanos, ya que, aunque el Tribunal de Distrito siguió, como ya afirmamos, el contenido de la decisión del Ejecutivo, sí deseó que quedase de alguna manera constancia de que él mismo había realizado su

<sup>61</sup> El *Department of State* no concreta a qué principios se refiere.

<sup>62</sup> Como es el caso, ya que tanto los demandantes como el demandado, aunque de origen somalí, son residentes en Estados Unidos.

<sup>63</sup> En ese momento hay dos «*competing putative governmental entities*» que reclaman pronunciarse sobre la inmunidad de Samantar, el Gobierno Transicional Federal, que desea reclamar la inmunidad, y el Gobierno de la República de Somalilandia, que niega la posible inmunidad.

<sup>64</sup> El Departamento de Estado se afana, interpretamos, en reafirmar su autoridad para decidir sobre las inmunidades, en general, a través de estas declaraciones, en particular, esta determinación sobre lo que ha de hacerse en un futuro.

<sup>65</sup> *Unites States Court of Appeals for the 4 circuit* N. 11-1479 (2012).

propio análisis, intentando así reforzar su posición o al menos retener parcelas de su competencia en las decisiones de inmunidad. Dice exactamente: «[...] it performed its own analysis and merely took the State's Department view into account [...] The Executive Branch has spoken on the issue and [...] is entitled to a great deal of deference [...] They do not control but they are entitled to deference in this case».

La visión que tienen el *Department of State* y la Corte de Apelación sobre esta cuestión, y que se presenta en la Sentencia, se cifra en lo siguiente: los tribunales federales únicamente pueden funcionar como entidades independientes a la hora de tomar una decisión sobre la inmunidad en una situación: cuando el *Department of State* guarda silencio. En los casos en los que sí se pronuncia, hay que distinguir dos supuestos: en primer lugar, cuando se trata de Jefes de Estado (*Head of State*) y el Ejecutivo emite una Sugerencia de Inmunidad, la jurisdicción de los tribunales federales cesa. Esto es así por lo siguiente: el Ejecutivo tiene la función, derivada de la Constitución, de recibir Embajadores y otros Ministros Públicos. Esto implica la facultad de acreditar diplomáticos y de reconocer Jefes de Estado. En este contexto<sup>66</sup> los tribunales han considerado las Sugerencias de Inmunidad en relación a los Jefes de Estado como una función incluida dentro del poder constitucional del Ejecutivo que, por tanto, ha de controlar todos los supuestos en que se baraje la inmunidad de Jefes de Estado. En segundo lugar, en los supuestos en que no se trate de un Jefe de Estado, al no tener el Ejecutivo esa competencia constitucional, ya que no implican ningún acto de reconocimiento, el Ejecutivo no tendrá el control absoluto sobre esa decisión, pero se le otorgará siempre un peso sustancial. Así ocurre en este caso, ya que no se baraja inmunidad de un Jefe de Estado sino de otra clase de funcionario<sup>67</sup>.

En relación a si Samantar podría beneficiarse de una posible inmunidad de acuerdo al *Common Law*, una vez determinado que no entra dentro del ámbito de la FSIA, y que no puede beneficiarse de inmunidad como Jefe de Estado, la Corte de Apelación dispone que, debido a que las actuaciones de Samantar que han dado lugar a este proceso, entran dentro del ámbito de aplicación de las normas de *ius cogens*<sup>68</sup>, ya que incluían torturas, ejecuciones extrajudiciales, encarcelamientos arbitrarios prolongados, *etc.*, no es posible en ningún caso admitir su inmunidad basada en el *Common Law*, que en este caso incorpora normas de Derecho internacional<sup>69</sup>.

#### 4.5. Una vuelta atrás en el proceso: el reconocimiento de inmunidad para Samantar en la sentencia del Tribunal Supremo de 2014.

Samantar recurre la decisión de la Corte de Apelación ante el Tribunal Supremo. Este dicta una sorprendente sentencia en la que anula la decisión de la Corte de Apelación<sup>70</sup>. El Tribunal Supremo considera que, al haber decidido la Corte de Apelación que no es posible que un funcionario llegue a gozar de inmunidad en el supuesto de que haya violado normas de *ius cogens* de Derecho internacional, está creando una excepción categórica. Haciendo esto, la Corte de Apelación está provocando un quebrantamiento y poniendo en peligro im-

<sup>66</sup> En particular, dentro de la competencia para reconocer Jefes de Estado.

<sup>67</sup> Como se verá, finalmente, el Ejecutivo no va a seguir esa interpretación sino que va a retener el control de las decisiones de inmunidad a través de las Sugerencias de Inmunidad.

<sup>68</sup> Esta determinación va a ser objeto de discusión en las siguientes instancias.

<sup>69</sup> Aun cuando hace el Tribunal esta referencia a que son normas de *ius cogens*, echamos en falta una referencia a los instrumentos internacionales en que están contenidas.

<sup>70</sup> Sentencia de la *Supreme Court of the United States* del 5 de mayo de 2014, *Samantar v. Yousuf*.

portantes intereses de Estados Unidos. Lo que más preocupa a este Tribunal es que en los supuestos en que sus funcionarios sean demandados ante tribunales extranjeros, les sea denegada la inmunidad. Los potenciales efectos para los funcionarios norteamericanos aconsejan<sup>71</sup> que se admita la petición de inmunidad en este supuesto, y que se anule la, en términos del *amici curiae*, errónea y peligrosa decisión de la Corte de Apelación. A nuestro parecer, se trata ésta de una actuación de urgencia por parte del Tribunal Supremo que puede obedecer a razones de coyuntura política de Estados Unidos que no se reflejan, como es natural, en la sentencia, y que se reconsideran en el siguiente y final documento de *amici curiae*.

#### 4.6. *La decisión final: Samantar no es inmune.*

En enero de 2015, el Departamento de Justicia emite un *amicus curiae*<sup>72</sup>. En este, aunque el *Department of State* sigue manteniendo que el razonamiento del Tribunal de Distrito es erróneo, concluye que la decisión final sí es la correcta, es decir, Samantar no ha de gozar de inmunidad. Es erróneo, a su entender, en lo que se refiere a la consideración de que únicamente ha de darse un peso sustantivo, pero no un total control, a las decisiones del *Department of State*<sup>73</sup>, y en la creación, por su propia iniciativa, de una excepción basada en la violación de las normas de *ius cogens*. Considerando que Somalia no desea, tal como ha expresado en correspondencia con el *Department of State*, que se reconozca la inmunidad de Samantar, pues no considera que sus actos hayan sido realizados dentro de su competencia oficial, decide con firmeza, tras más de una década en que se presentó la primera demanda, que Samantar no ha de gozar de inmunidad.

#### 5. *La práctica post-Samantar en las decisiones sobre inmunidad: los recientes «Statement of Interest».*

En el Asunto *Burma Task Force*, el Tribunal<sup>74</sup> reconoce sin reservas que se encuentra obligado, en su decisión, por la Sugerencia de Inmunidad adoptada por el *Department of State*<sup>75</sup> en la que decide que el Presidente y el Ministro de Asuntos Exteriores de Myanmar gozan de inmunidad ante los tribunales de Estados Unidos, amparada no por la FSIA<sup>76</sup> sino por el *Common Law* que el Ejecutivo ha aplicado en la Sugerencia de Inmunidad. En esta, se reconoce que, en virtud de sus respectivos cargos, y mientras permanezcan en los mismos, se les reconoce inmunidad a pesar de que hayan cometido actos como persecución, tortura, genocidio contra los miembros de la comunidad minoritaria Rohingya.

<sup>71</sup> Sigue el Tribunal el *United States Amici Curiae Former Attorneys General*, en nombre de los Estados Unidos (12 junio 2014). En este documento se recoge el Statement of Interest del Estado por tanto, se le reconoce ese mismo valor.

<sup>72</sup> *Amici curiae* de Estados Unidos en el Asunto 13-1365. January 2015, que recoge el *State of Interest* del *State of Department* en este asunto.

<sup>73</sup> La competencia constitucional del Ejecutivo para dirigir las relaciones exteriores lleva aparejada la facultad para facultad para determinar la inmunidad de los funcionarios extranjeros, sin distinción entre la inmunidad basada en que sea un jefe de Estado u otra categoría de inmunidad.

<sup>74</sup> En este caso, el Tribunal de Distrito de Nueva York.

<sup>75</sup> Statement of Interest 1.2015cv07772.

<sup>76</sup> Siguiendo así lo reconocido en *Samantar*.

La misma postura es seguida en el Asunto *Hmong I*, en el que el *Department of State*, en su Sugerencia de Inmunidad<sup>77</sup>, determina que son inmunes tanto el Presidente como el Primer Ministro de Laos argumentando que el Ejecutivo retiene la competencia para reconocer la inmunidad cuando se trata de Jefes de Estado y Jefes de Gobierno. En esta, el Departamento de Estado utiliza uno de los razonamientos del *Statement of Interest* que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de Samantar de 2014: el potencial peligro a que podrían someterse los funcionarios estadounidenses en tribunales extranjeros si en los tribunales estadounidenses se admitiesen las causas contra funcionarios extranjeros.

En *He Nam You*, el *Department of State* defiende la inmunidad del Emperador Akihito y del Primer Ministro Abe, y defiende la responsabilidad de su actuación apelando a que esta deriva de su competencia en materia de política exterior y en la dirección de las relaciones internacionales. En una aseveración aún más rotunda que en otras Sugerencias de Inmunidad, determina que ningún tribunal de este Estado puede, en ningún caso, proceder contra un Jefe de Estado o Jefe de Gobierno, una vez que el ejecutivo haya determinado su inmunidad.

Como puede observarse, la práctica reciente parece uniforme en cuanto al reconocimiento del control por parte del Ejecutivo de las decisiones sobre inmunidad, reafirmado por él mismo y seguido como obligatorio, por los diferentes tribunales americanos. Ciertamente es que en estos casos concurren similares características, al tratarse de Jefes de Estado y Jefes de Gobierno, supuestos estos en que no se había puesto en tela de juicio el protagonismo del Ejecutivo, derivado de su competencia constitucional sobre las relaciones exteriores. Por ello, es necesario seguir de cerca las actuaciones, en modo de *Statement of Interest* y, en su caso, de Sugerencias de inmunidad, para pronunciarse con fundamento sobre la práctica de este órgano estadounidense.

## 6. A modo de conclusiones.

La decisión final en el Asunto *Samantar* parece volver a la doctrina establecida en el asunto *Matar v. Dichter* (2009), en el que el Tribunal de Segundo circuito señaló que era de aplicación el *Common Law* anterior a la FSIA en virtud del cual los tribunales diferían su decisión sobre la inmunidad de los funcionarios a la “sugerencia de inmunidad” realizada por el poder ejecutivo. Desde nuestro punto de vista, esta “doctrina” marca una desafortunada vuelta al régimen del *Common Law* previo a la FSIA que dejaba a la discrecionalidad del poder ejecutivo la determinación de la inmunidad soberana extranjera, un régimen caracterizado por concesiones de inmunidad basadas en las preferencias políticas de la Administración presidencial de turno y en las presiones diplomáticas de cada caso concreto. La FSIA fue diseñada para liberar al Gobierno de las presiones diplomáticas, para clarificar los estándares gubernamentales y asegurar a los litigantes que las decisiones son adoptadas en base a fundamentos estrictamente jurídicos y bajo procedimientos que aseguran el debido proceso. Volver a “pasar” el peso de la decisión al Ejecutivo puede difuminar los bordes de la seguridad jurídica. Así, la coherencia en la práctica estadounidense en esta materia va a depender de los criterios que adopte el *Department of State* en sus *Statement of Interest* ya que, como se ha expuesto, en no pocos casos van a estar basadas en consideraciones de carácter

<sup>77</sup> *Suggestion of immunity and Department of Interest of United States of America in case 2:15 CV 2345.*

político y en la coyuntura de las relaciones internacionales de Estados Unidos. Esto puede entrañar un cierto peligro para la buena administración de justicia en la materia, al permitir que sean esas circunstancias políticas las que marquen el rumbo de los *Statement of Interest* y estos guíen, a su vez, la decisión de los jueces que, en un Estado de Derecho debería estar basadas únicamente en criterios jurídicos.

Por otra parte, entendemos que en los casos de funcionarios extranjeros demandados por violaciones de derechos humanos, el tema quedaría más delimitado si se incluyese definitivamente como excepción a la inmunidad en la FSIA. Se minimizaría así uno de los problemas cruciales que se presenta ante los tribunales, que se cifra en que, cuando un supuesto presentado ante ellos, llegara a entrar dentro del ámbito de aplicación de la FSIA, y los actos que dieran lugar a la demanda constituyeran una posible violación de una norma de *ius cogens*, se podría automáticamente esa excepción, siendo entonces únicamente debatible si tal conducta entraría dentro de lo que en el Derecho internacional se viene definiendo como norma de esa categoría. Se rebajaría en cierta medida el riesgo que suponen las contradicciones de las decisiones de los tribunales de distrito entre sí y, lo que reviste mayor importancia, las decisiones de diferentes instancias dentro de un mismo asunto.

Finalmente, por lo que a la codificación de la inmunidad de jurisdicción penal de funcionarios extranjeros por parte de la CDI se refiere, entendemos resulta muy interesante la práctica americana que, si bien no de forma detallada, se ha realizado en el presente escrito. Creemos posible la aplicación analógica en el plano penal de las conclusiones adoptadas por los tribunales norteamericanos en el ámbito civil a la hora de delimitar la extensión de la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios.