

**ACCESO DE 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**

***ACCES OF VICTIMS TO JUSTICE AND FOREIGN
CONDUCTS: THE U.S.S.C. GIVES ANOTHER TURNING OF
THE SCREW IN THE *OBB PERSONENVERKEHR V.
SACHS* CASE, ON SOVEREIGN IMMUNITY***

Francisco Javier Zamora Cabot*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES DEL CASO. III. DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS. IV. VALORACIÓN CRÍTICA. V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.

RESUMEN: Esta Nota lleva a cabo una presentación y valoración crítica de la Decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Sachs*. Luego de una introducción en la que se pone de relieve la sintonía de lo decidido por el Alto Tribunal con su reciente y conocida jurisprudencia entre la que destacan *Kiobel* y *Daimler*, se presentan los antecedentes del caso y los principales argumentos esgrimidos por el Ponente, el Presidente Roberts. Tales argumentos son debatidos después de forma pormenorizada, tras unas apreciaciones de conjunto sobre la Decisión. En fase de reflexiones conclusivas se alude en fin a la posibilidad de importar en el ámbito jurisdiccional y la inmunidad soberana los fundamentos de los acercamientos metodológicos de la moderna doctrina estadounidense en materia de elección del derecho aplicable, y se aboga por una mayor sensibilización del Tribunal Supremo respecto del problema crucial del acceso a la justicia.

ABSTRACT: This Note addresses an outline and a critical approach of the Decision of the Supreme Court of the United States of America in Sachs case. After an introduction bringing to the fore in tune with the rulings made by the High Court in its recent and well-known jurisprudence, outstanding among which are Kiobel and Daimler, we present the precedents of the case and the main arguments put forward by the reporting Justice Roberts. Such arguments are debated afterwards in a long and detailed way, following

¹Fecha de recepción del original: 5 de abril de 2016. Fecha de aceptación de la versión final: 11 de mayo de 2016.

* Catedrático de Derecho internacional privado, UJI de Castellón. Este trabajo se enmarca en la Acción de Dinamización “Redes de Excelencia”- El Tiempo de los Derechos, DER2014-53503-REDT y la EU Action Grant “Business and Human Rights Challenges for Cross-Border Litigation in the EU”, 2014-2016.

overall assessments on the Decision. With respect to our conclusive comments we refer to the possibility of introducing into both the US jurisdictional system and sovereign immunity the foundations of the methodological approaches of the US modern doctrine as far as the choice of the applicable law is concerned, advocating for a greater awareness on the part of the Supreme Court with regard to the critical problem of access to justice.

PALABRAS CLAVE: Inmunidad Soberana; Foreign Sovereign Immunities Act; Ilícitos Civiles Internacionales; Alien Tort Statute; Casos *Kiobel*, *Goodyear* y *Daimler*. Caso *Nelson*. Acceso a la Justicia.

KEY WORDS: *Sovereign Immunity; Foreign Sovereign Immunity Act; International Torts; Alien Tort Statute; Kiobel, Goodyear and Daimler; Nelson Case. Access to Justice.*

I. INTRODUCCIÓN

De tiempo ya es perceptible una tendencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, respecto de ciertos sectores de su ordenamiento, a separar el poderoso aparato judicial y normativo del país de casos donde median conductas en el extranjero. En el sector de antimonopolios, por ejemplo, esa tendencia encontró un heraldo entrados los años noventa en el extinto Magistrado Scalia, con motivo de su lúcida y vigorosa disidencia en el notorio caso *Hartford Fire Insurance Co. v. California*², donde la mayoría del Alto Tribunal aplicó extraterritorialmente las leyes estadounidenses a conductas en materia de seguros y reaseguros desarrolladas en el Reino Unido, aunque algo más de diez años después, y con motivo de su decisión en *Hoffman-La Roche v. Empagran, S. A.*³, acabaran prevaleciendo, y es el dato a retener, las tesis avanzadas en su momento por el citado Scalia en contra de tal aplicación, en circunstancias análogas y con amplio apoyo en consideraciones de “cortesía internacional” -*international comity*⁴. De forma similar, y en el sector de regulación del mercado de valores, el canon contra la extraterritorialidad de las leyes, un clásico en el derecho estadounidense, fue sometido en 2010 a una reelaboración en *Morrison v. National Australia Bank, Ltd.*⁵, inspirando la práctica judicial en muchos otros sectores y con decisivo influjo, incluso, estando siempre presentes esas conductas, en la práctica de leyes puramente jurisdiccionales, como el *Alien Tort Claims Act*, más conocido como *Alien Tort Statute (ATS)*⁶; me refiero, por ejemplo, a la ya célebre decisión en el caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*

² 509 U.S. 764 (1993).

³ 542 U.S. 155 (2004).

⁴ Tuve ocasión de analizar la moderna práctica estadounidense sobre este concepto seminal en la presente *Revista*, en mi estudio “Sobre la *International Comity* en el sistema de Derecho internacional privado de los Estados Unidos”, Vol. 19, 2010. Explicué allí la transición de *Hartford Fire* a *Hoffman-La Roche* en las pp. 10-15.

⁵ 130 S. Ct. 2869 (2010). Sobre él, vid., v. gr., GREENE, E, y PATEL, A., “Consequences of *Morrison v. NAB*, Securities Litigation and Beyond”, *Capital Markets Law Journal Advance Access*, Publ. March 23, 2016.

⁶ 28 U.S.C. 1350 (2013). “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”. Vid., v.gr, su reciente presentación por WETZEL, J.R.-M., “The Alien Tort Statute”, en Idem, *Human Rights in Transnational Business*, Springer, 2016, pp. 19-73.

Co.⁷. También en el ámbito jurisdiccional por su parte, es discernible el influjo del carácter extranjero de las conductas en dos decisiones que han perfilado de forma restrictiva y asimismo con gran repercusión la llamada jurisdicción general *in personam*, una de las más claras y peculiares señas de identidad del sistema de los Estados Unidos. Se trata de los casos *Goodyear Dunlop Tires, S. A., v. Brown*⁸ y, sobre todo, *Daimler A.G. v. Bauman*⁹.

⁷ 133 S.Ct. 1659 (2013). La sentencia, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 17 de Abril de 2013, que rechaza la demanda, trata de las graves violaciones de derechos humanos que, a través de su connivencia con el régimen militar, se imputan a la petrolera, descollando entre ellas las torturas y el ahorcamiento en 1995, tras un juicio sin garantías, de Ken Saro- Wiwa y un grupo de activistas contrarios a las actividades de la empresa en territorio Ogoni, entre ellos el Dr. Barinem Kiobel. Un interesante resumen de estos hechos se encuentra, por ejemplo, en WETZEL, J.R.-M., “Nigeria, Shell and the Ogoni People”, en *Human Rights in Transnational Business*, op. cit., pp. 11-18. Asimismo, vid., v. gr., desarrollos de relieve derivados de esta decisión en: MARULLO, M.CH. y ZAMORA CABOT, F.J., “Transnational Human Rights Litigation. The *Touch and Concern* Test in *Kiobel*: A Test Under Construction”, en *Papeles El Tiempo de los Derechos*, 2016 (1); IKEGBUNAM, Ch. K., “Touching the Concerns of *Kiobel*: Corporate Liability and Jurisdictional Remedies in Response to *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*”, *American Indian Law Review*, Vol. 39, 2015, pp. 201-234; CHEHAB, M., “Finding Uniformity Amidst Chaos: A Common Approach to *Kiobel’s Touch and Concern* Standard”, *University of Detroit Mercy Law Review*, Vol. 93, 2016, pp. 119-156; KENNEY, C.C., “Measuring Transnational Human Rights”, *Fordham Law Review*, vol. 84, 2015, pp. 1053-115 y STYLIANOU, A., “Unpeeling the Growing Peeling the Growing Split Under the ATS: *Cardona v. Chiquita Brands International, Inc.*”, http://scholarship.shu.edu/student_scholarship/710/. Asimismo, vid., FREUDEN, S. y ZERDEN, A., “Corporate Liability and the ATS: *Arab Bank* Appeal Continues to Define *Kiobel* Legacy”, accesible en <https://www.lawfareblog.com/corporate-liability-and-ats-arab-bank-appeal-continues-define-kiobel-legacy>; KENNE, A., “Corporate Liability Abroad Under the Alien Tort Statute”, *Journal of Corporation Law*, vol. 41, 2016, pp. 755-774 y JONES, M. R., “The Alien Tort Statute and Corporate Liability: Rebutting the Extraterritorial Presumption Post-*Kiobel*”, *Georgia State University Law Review*, vol. 32, 2016, pp. 699-725.

⁸ 131 S. Ct. 2846 (2011). Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 27 de Junio de 2011, donde se rechaza la demanda por defectos de fabricación contra la empresa de neumáticos, en un supuesto de accidente en París con el resultado de dos víctimas. Sobre ella, vid., v. gr., ERICHSON, H.M., “The Home-State Test for General Personal Jurisdiction”, *Vanderbilt Law Review En Banc*, Vol. 66, 2013, pp. 81-94.

⁹ 134 S.Ct. 746 (2014). Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 14 de Enero de 2014, rechazando una demanda sobre la detención, tortura, desaparición y muerte de sindicalistas argentinos de una planta de Mercedes Benz en el país sudamericano, durante la dictadura militar. Sobre ella, vid., v. gr., ZAMORA CABOT, F.J., “Decision of the Supreme Court of the United States in the *Daimler A.G. v. Bauman et. al.* Case: Closing the Golden Door”, *Papeles el Tiempo de los Derechos*, 2014 (2) y HANIGAN, K., “A Blunder of Supreme Propositions: General Jurisdiction After *Daimler A. G. v. Bauman*”, *Loyola of Los Angeles Law Review*. vol. 48, 2014, pp. 291-304; CORBETT, R.J., “*Kiobel, Bauman*, and the Presumption Against the Extraterritorial Application of the Alien Tort Statute”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 13, 2015, pp. 50-81. y SMITH R. LL. P., “*Bauman* Trumps Jurisdiction By Consent in Second Circuit- and New Post- *Bauman Cheat Sheet on General Personal Jurisdiction*, accesible en <http://druganddevicelaw.blogspot.com.es/2016/02/breaking-news-bauman-trumps.html>. De interés, asimismo, sobre la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos respecto de la llamada “jurisdicción personal específica”, son, v. gr., los comentarios de ESPOSITO, G.J., *et al.*, “Dont Bet On Finding Personal Jurisdiction Where the Conduct is Felt: The Supreme Court Further Restricts the Scope of Specific Personal Jurisdiction: *Walden v. Fiore*”, accesible en <http://media.mofo.com/files/Uploads/Images/140225-Walden-v-Fiore.pdf>; HOENIG, M., “U.S: Supreme Court Clarifies Personal Jurisdictional Boundaries”, accesible en http://www.herzfeld-rubin.com/publ_products_201_403.htm y SPIRO, E. P., y MOGUL, J.L., “A Smaller World, But Personal Jurisdiction Still Matters”, accesible en <http://www.MagLaw.com/publications/articles/00417>.

Que respecto de leyes con marcado componente sustantivo e imperativo como las que existen en los señalados sectores de antimonopolios y mercado de valores, y habida cuenta de su potencial más que probado de generar conflictos internacionales, el Alto Tribunal decida poner en práctica tesis de autolimitación y moderación en el ejercicio de la competencia del Estado para legislar y proyectar extraterritorialmente las leyes -la llamada *jurisdiction to prescribe*-, ha de recibirse, creo, y así lo he dejado patente¹⁰, de forma favorable. Pero encuentro mucho más delicado extender ese discurso al ámbito puramente jurisdiccional -la llamada *jurisdiction to adjudicate*¹¹ y, en especial al de los ilícitos civiles, donde las víctimas de conductas que pueden consistir incluso en muy graves violaciones de los Derechos Humanos -v.gr. en los casos *Kiobel* y *Daimler*- son privadas del acceso a la justicia, incurriéndose en denegación de esta última e, inevitablemente, en la impunidad de los responsables¹². Un resultado que desdice del prestigio y gran influencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y que, por desgracia, se viene extendiendo por su reciente jurisprudencia, donde parece haberse creado una dinámica imparable de sinergias y auto-referencias, sobre una nota común de las citadas conductas en el extranjero, y que en el caso que comento en estas páginas, que estimo muy ilustrativo, ha venido a implicar a la inmunidad de jurisdicción¹³. Procedo ya a analizarlo sucintamente y en los términos descritos en el Sumario.

II. ANTECEDENTES DEL CASO

Recordaré, en primer término, los hechos. Österreichische Bundesbahnen Personenverkehr AG (ÖBB), a la que las sedes judiciales estadounidenses se han referido en este caso como OBB Personenverkehr, (OBB), opera una red ferroviaria que transporta más de doscientos millones de pasajeros cada año, desde y hacia Austria. Se trata de una empresa de titularidad pública y cuya gestión se encomienda al Ministerio de Transporte, Innovación y Tecnología del país centroeuropeo. ÖBB, junto a otras 29 empresas europeas, es miembro del Grupo Eurail, un asociación encargada del manejo y gestión del llamado Programa Eurail Pass, que permite a sus usuarios un pasaje ilimitado, durante un tiempo concreto, para los servicios de transporte del Grupo citado. Los títulos de viaje pueden ser adquiridos solamente por no europeos, directamente al Grupo Eurail e, indirectamente, a través de una red mundial de agencias de viaje¹⁴.

Asimismo, vid., v. gr., *SPV OSUS Ltd. v. UBS AG*, Nos. 15-cv-9744 (S.D.N.Y. July 20, 2015); *Philos Techs., Inc. v. Philos & D, Inc.*, Nos. 12-3446, 14-2007, 14-3153 (7th Cir. Sept 22, 2015) y *Quantum Leasing, LLC v. Robinson Helicopter, Inc.*, No.2:15-cv-1005-HRH, 2016 WL 192145 (D. Ariz. Jan. 15, 2016).

¹⁰ Vid., entre otros, mi estudio “Sobre la *International Comity*...”, op. y loc. cit.

¹¹ Vid., las Secciones 421-423 del *Restatement III, The Foreign Relations Law of the U.S.*

¹² Vid., v.gr., MARULLO, M. CH., “La lucha contra la impunidad: El *Foro Necessitatis*”, *InDret*, 2015 (3).

¹³ Supreme Court of the United States, *OBB Personenverkehr v. Sachs*, Decided December 1, accesible en http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/13-1067_onkq.pdf, en adelante, cit., *Supreme Court Decision*. La documentación y cronología del caso se encuentra disponible en <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/obb-personenverkehr-ag-v-sachs/>.

¹⁴ Vid., *Supreme Court Decision*, p. 2.

Carol Sachs reside en California. En Marzo de 2007 adquirió un título de viaje de Eurail a través de Internet, en la página de The Rail Pass Experts, una agencia de viajes radicada en Massachusetts. En Abril llegó a la estación de Innsbruck, planeando usar su billete para tomar un tren hacia Praga. Por desgracia, cuando intentó subir a bordo cayó del andén a las vías, resultando aplastadas sus piernas por el tren en movimiento, debiendo serle amputadas por encima de las rodillas. Sachs demandó a ÖBB ante el Juzgado Federal del Distrito Norte de California, en base a cinco títulos para accionar – “*causes of action*”-, que iban desde la negligencia hasta el incumplimiento de una garantía implícita de adecuación –“*implied warranty of fitness*”-, en la medida en que el tren y el andén resultaban no aptos para sus usos previstos¹⁵. ÖBB contestó, por su parte, aduciendo inmunidad de jurisdicción en base a la Foreign Sovereign Immunities Act¹⁶, a la que en adelante citaré como FSIA, y, alternativamente, solicitando la desestimación del caso por, entre otras razones, *forum non conveniens*, falta de competencia jurisdiccional personal y cortesía internacional¹⁷. Aduce también la empresa, y Sachs lo niega, que ésta intentó subirse cuando el tren ya estaba en marcha, por lo que se trata de un aspecto a dirimir valorando en su momento las pruebas.

En el iter judicial que comienza, la demanda resultó en primera instancia desestimada por ese Juzgado, aceptando la falta de jurisdicción *ratione materiae*, en tanto en cuanto la demandante no había probado un contacto suficiente entre ÖBB y la citada agencia de viajes, como para crear una relación principal-agente, con lo cual quedaba desactivada la *excepción de actividad comercial* prevista en la FSIA, que hubiera dotado de competencia en el caso a ese foro federal¹⁸. La demanda inicial de Sachs también se dirigía contra la República de Austria y contra el Holding ÖBB, pero fueron apartados

¹⁵ Aunque este título para accionar puede parecer algo insólito, de mi propia experiencia en países europeos de esa próspera zona me surgen dudas razonables. Me llama, por ejemplo, fuertemente la atención, que sigan utilizándose antiguas unidades en las que se accede a los coches a través de varios empujados escalones. Personas de edad, o con algún impedimento físico, o si portan voluminosos equipajes, como muy posiblemente sucedía con esa infortunada joven, suelen tener - lo he constatado- problemas, y no hay que desear que sufran graves caídas, como le sucedió a ella. El margen entre los coches de ese tren en particular y el andén - que yo desconozco-, sería otro elemento a tener en cuenta.

¹⁶ 28 USC. Sec. 1330 *et alii*.

¹⁷ Vid. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, Decisión del Plenario de 6 de Diciembre de 2013, No. 11-15458, en adelante, cit., *Court of Appeals Decision*, p. 6 y s.

¹⁸ *Ibidem*, p. 7. Esa excepción se recoge en la Sec. 1505 (a) (2) de la FSIA, cuyo texto contiene tres cláusulas distintas que, unidas, proveen que :”Un Estado extranjero no resultará inmune ante la jurisdicción de los tribunales de los Estados Unidos o de los diferentes Estados en cualquier caso...en el que la acción se base sobre una actividad comercial llevada a cabo en los Estados Unidos por el Estado extranjero; o sobre un acto ejecutado en los Estados Unidos en conexión con una actividad comercial del Estado extranjero verificada en otro lugar; o sobre un acto fuera del territorio de los Estados Unidos conectado con una actividad comercial del Estado extranjero verificado en otro lugar y que ese acto cause un efecto directo en los Estados Unidos”. El caso, aquí, girará sobre la interpretación de la primera cláusula. Vid., también, v. gr., GAVC LAW, “Just Did Not Do It: USCA Confirms Strict Attributability Test in *Ranza v. Nike*”, accesible en <https://gavclaw.com/2016/02/05/just-did-not-do-it-usca-confirms-strict-attributability-test-in-ranza-v-nike/> y BAKER & McKENZIE, “Personal Jurisdiction. District Court Grants Motion to Dismiss for Lack of Personal Jurisdiction Against Italian Defendants, Despite Alleged Alter Ego Theory”, accesible en <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=564bd281-1b44-4b5a-bcf9-ffa60498b7ba> .

del caso cuando Sachs no se opuso a la petición de desestimación planteada por aquélla y el Holding no fue citado en tiempo y forma¹⁹.

Por mayoría, una Sala del Tribunal de Apelación del Noveno Circuito Federal, con sede en San Francisco, confirmó la decisión de instancia, coincidiendo en el resultado, pero no en el razonamiento seguido, en tanto que el voto particular mantuvo que ese Acta permitía ejercer la competencia en el caso sobre ÖBB. Tras de ello, se ordena una revisión ante el Plenario para: “clarificar si la primera cláusula de la excepción comercial prevista en la FSIA se aplica a un soberano extranjero cuando una persona adquiere un título en los Estados Unidos para viajar en un transporte público de naturaleza comercial -“*comercial common carrier*” - propiedad del Estado extranjero”²⁰. Frente a los votos particulares de tres miembros, la mayoría del Plenario acordó revocar la decisión de Sala. Argumenta, en primer lugar que, según el acuerdo de las partes, la única actividad comercial relevante en los Estados Unidos fue la compra en Marzo de 2007 de un pase de Eurail a The Rail Pass Experts, una empresa de Massachusetts, que había actuado como agente de ÖBB y, utilizando los principios comunes de agencia, la venta podía ser atribuida a ÖBB²¹. Aceptado ésto, el Plenario estudia si las pretensiones de Sachs “se basaban sobre” - “*were based upon*”- la venta del pase de Eurail en los términos previstos en la Sección 1605 (a) (2) de la FSIA. Determinar este extremo requiere, según el Tribunal, que la actividad comercial en los Estados Unidos quede conectada con la conducta en la que fundamenta su título para accionar -“*cause of action*”- pero, según sostiene, no es necesario que *toda* la demanda se pueda basar en la actividad comercial de ÖBB. Así, el requisito de “basado sobre” se satisfaría para una demanda concreta, “si *un elemento* de ésta consistiera en conducta que surgiese de la actividad comercial desarrollada en los Estados Unidos”²².

Aplicando la ley de California, el Tribunal analizó cada uno de las “*causes of action*” de Sachs individualmente, concluyendo que la venta del pase de Eurail establecía un elemento necesario de cada una de sus demandas, por lo que todas ellas “se basaban en una actividad comercial desarrollada en los Estados Unidos”, es decir, quedaban cubiertas por la citada Sección de la FSIA y, así, dentro de la excepción a la inmunidad soberana que el Acta contempla²³.

Considero en este punto interesante destacar, dentro de los votos particulares, algunos extremos de lo mantenido por el Presidente, el *Chief Judge* Kocinski. Así, cuando afirma que las demandas de Sachs se apoyan en *eventos que sucedieron enteramente en Austria*, con lo que no están “basadas sobre” actividad comercial desarrollada en los

¹⁹ Vid., *Court of Appeals Decision*, cit., p. 6 y, allí, nota (1).

²⁰ Ibidem, p. 7 y s., énfasis propio. Vid., v. gr., sobre la correspondiente decisión, LITMAN, J., “She’s Got A Ticket to Ride: The Ninth Circuit’s Determination in *Sachs v. Republic of Austria* That a Ticket Sale by a Common Law Agent Abrogates a Foreign-State-Owned Common Carrier’s Sovereign Immunity”, *Boston College Law Review*, Vol- 56, (6) *Electronic Supplement*, 5-3-2015 y ECHEVERRI, D. R., “Six Degrees of Separation: Attribution Under the Foreign Sovereign Immunities Act in *ÖBB Personverkehr Ag v. Sachs*”, *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy Sidebar*, vol. 1, 2015, pp. 1-20.

²¹ Recojo la síntesis que se avanza en la *Supreme Court Decision*, cit, p. 4.

²² Ibidem, p.4.

²³ Ibidem, p. 5.

Estados Unidos²⁴. Critica también el que se haya llevado a cabo por la mayoría - conforme a la doctrina del Noveno Circuito, que su Presidente lamenta que el Tribunal de San Francisco haya perdido la ocasión de cambiar-, una lectura, que estima equivocada, del precedente *Saudi Arabia v. Nelson*²⁵, del Tribunal Supremo, según la cual una demanda *está basada* sobre actividad comercial siempre que se pruebe que tal actividad sustenta al menos *un elemento* de la demanda²⁶ lo que, en palabras de Kocinski, “invita a los abogados de los demandantes a manufacturar la competencia jurisdiccional a través de ingeniería jurídica -“*artful pleading*”²⁷. También, en fin, resulta de interés, resaltando el carácter extranjero de las conductas, el apoyo que encuentra en los precedentes *Morrison y Kiobel*, *cits.*, junto a otro no menos notorio, *Sosa v. Álvarez-Machain*²⁸, en especial en lo referido en este último a la interpretación de la llamada Federal Torts Claims Act y la exclusión de tales conductas que ese Acta lleva a cabo²⁹.

Después de los oportunos trámites, el Tribunal Supremo aceptó revisar el caso admitiendo la solicitud de *certiorari* presentada por ÖBB³⁰.

III. DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS

Es Ponente su Presidente, el *Chief Justice* Roberts, concurriendo con él -unanimidad- los demás miembros del Alto Tribunal. Tras situar el caso a partir de sus hechos, Roberts, con apoyo en el precedente *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*³¹, recuerda que únicamente a partir de la FSIA se puede obtener jurisdicción en los Estados Unidos sobre los Estados extranjeros³², y que las partes en el proceso coinciden en que ÖBB, en tanto que “agencia o ente instrumental” del Estado Austríaco, queda cubierta por ese texto legal. Lo que significa que resulta inmune ante la citada jurisdicción, a menos que el supuesto tenga cabida en alguna de las excepciones que la FSIA prevé expresamente, entre ellas la de *actividad comercial*, *cit.*, alegada por Sachs³³.

A partir de aquí, la Ponencia de Roberts trae a colación, en primer lugar, respecto de esa *actividad comercial*, los términos en los que se desarrolla el debate ante el plenario del Tribunal de San Francisco y cómo la mayoría de éste había considerado que las demandas de la víctima del accidente estaban basadas sobre - “*were based upon*”-, como reflejó páginas atrás, una actividad comercial desarrollada por ÖBB en los Estados

²⁴ Vid., *Court of Appeals Decision*, *cit.*, p. 53.

²⁵ 507 U.S. 349 (1993).

²⁶ Vid. *Court of Appeals Decision*, *cit.*, p. 54.

²⁷ *Ibidem*, p. 55.

²⁸ 542 U.S. 692 (2005)

²⁹ Vid., 28 U.S.C. Secc. 2680 (k). Y la *Court of Appeals Decision*, *cit.*, pp. 55-57.

³⁰ *Öbb Personenverkehr AG v. Sachs*, 135 S. Ct. 1172 (2015).

³¹ 488 U.S. 428, 443 (1989).

³² Vid., *Supreme Court Decision*, *cit.*, p.3.

³³ *Ibidem*.

Unidos -la venta del pase- y, de ahí, el levantamiento de la inmunidad decretado por ese Tribunal con apoyo en la Sección 1605 (a) (2), cit., de la FSIA³⁴.

Luego de ello, y tras dejar constancia de los fundamentos del recurso presentado por ÖBB ante el Alto Tribunal, Roberts centra su análisis en el correspondiente a que las demandas de Sachs *no* están basadas en la reiteradamente citada actividad, con lo que muestra su acuerdo³⁵. Así, y tras poner de manifiesto cómo la FSIA no desarrolla a estos efectos lo que entiende como (actividades) “basadas sobre” -“*based upon*”- , el Presidente indica que el precedente *Saudi Arabia v. Nelson*³⁶: “provee suficientes guías para resolver este caso”³⁷. Tras un breve resumen de sus hechos, que tienen que ver con un contrato de trabajo que se concluye en los Estados Unidos entre un nacional suyo y un hospital de titularidad de Arabia Saudí, para prestar servicios en las instalaciones del hospital en el país del Oriente Medio, Roberts recuerda cómo el trabajador y su esposa presentaron demanda ante los tribunales estadounidenses en petición de indemnización por ilícitos intencionados y negligentes causados por la detención ilegal, sometimiento a prisión y torturas supuestamente llevadas a cabo sobre el marido por la policía saudí, como consecuencia de las denuncias que había presentado por el mal funcionamiento del hospital³⁸. Los demandados saudíes alegaron entonces que la reiteradamente citada Secc. 1605(a) (2) era inaplicable porque el pleito se basaba sobre actos soberanos llevados a cabo por la policía referida, en tanto que los esposos alegaban que sus demandas se basaban sobre las *actividades comerciales* de los primeros, por haber reclutado a Mr. Nelson para trabajar en el hospital, firmar un contrato al efecto y, subsiguientemente, darle empleo³⁹. Roberts, por otra parte, deja patente cómo el Alto Tribunal dio la razón a los saudíes, considerando, ante definiciones de diccionario y la práctica de los tribunales inferiores, que un tribunal debería identificar la “conducta particular que daba origen a la acción contemplando “la base” o el “fundamento” de la demanda, “esos elementos... que, si son probados, justifican el derecho a ser indemnizado, y el *gravamen* de la reclamación”⁴⁰. Aplicada tal doctrina al caso, Roberts concluye su presentación de ese precedente indicando que las actividades comerciales, “aunque condujeron a la conducta que lesionó a los demandados”, no constituían la *conducta particular* sobre la que basaban sus reclamaciones, sino sobre actos del Soberano saudí que causaron sus daños, por lo que quedaban al margen de la excepción de actividad comercial prevista en la FSIA⁴¹.

Roberts tiene ya, pues, un término de comparación para contrastarlo con lo decidido por el Plenario del Tribunal de Apelación del Noveno Circuito Federal, en el caso aquí tratado. Y lo primero que deduce, en concordancia con la opinión del Presidente Kocinski, a la que aludí páginas atrás, es que, en efecto, la mayoría del Tribunal de San

³⁴ Ibidem, p. 4 y s.

³⁵ Ibidem, p. 5.

³⁶ 507 U.S. 349.

³⁷ Vid. *Supreme Court Decision*, cit. p. 5.

³⁸ Ibidem, p. 5 y s.

³⁹ Ibidem, p. 6.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem.

Francisco ha llevado a cabo una lectura inadecuada del precedente *Nelson*, en la medida en que en él se hablaba de “elementos”, no de un *solo elemento* de la demanda que, si acreditado, “daría origen a indemnización para el demandante bajo su teoría del caso”⁴². Para Roberts, “*Nelson* en vez de ello enseña que una acción está basada sobre -“*based upon*”- la *conducta particular* que constituye el *gravamen* del litigio”⁴³. Y, siempre en sus palabras, “bajo este análisis la conducta que constituye el gravamen del litigio de Sachs claramente ocurrió en el extranjero. Todas sus reclamaciones se originan en el mismo trágico episodio en Austria, supuestamente causado por una conducta ilícita y las condiciones peligrosas en Austria, que llevaron a lesiones sufridas en Austria”⁴⁴.

Alude luego el Presidente al intento de Sachs por configurar alguna de sus pretensiones como fundadas, al menos en parte, en algún ilícito cometido *en los Estados Unidos*, como en relación con su reclamación por responsabilidad estricta -una de las que plantea- al no haberle sido comunicadas las peligrosas condiciones de la estación de Innsbruck, cuando adquirió el pase en su país de origen⁴⁵. Y, sin citarlo expresamente, también coincide con lo que su homólogo en el Tribunal de San Francisco, Kocinski, denunciaba, y traje a colación en su momento, como “ingeniería jurídica”, en los términos aquí de Roberts, “para evadir las restricciones del Acta (la FSIA)”⁴⁶. Junto a ello y sobre el particular, en fin, y tras aludir a una idea del eminente Magistrado Holmes -lo *fundamental* (“*essentials*”) de una narrativa sobre lesiones personales basada en el *punto de contacto*, el *lugar* donde se producen -, expresada en una carta al que luego sería también un ilustre miembro del Tribunal Supremo, Frankfurter, el Presidente concluye que: “Al menos en este caso, (esa idea) se confirma. Con independencia de cómo Sachs busque reparación en términos de negligencia, responsabilidad estricta por inexistencia de aviso previo, o ruptura de garantía implícita, lo fundamental de su litigio respecto de los propósitos de la Sección 1605 (a) (2) se encuentra en Austria”⁴⁷. Y si se encuentra allí, lo pongo de relieve, y **no** en la actividad comercial de compra del pase acaecida en los Estados Unidos, la excepción prevista en la primera cláusula de ese precepto, en la que se basa Sachs, resulta inaplicable y, por tanto, la inmunidad de jurisdicción del Estado Austríaco permanece incólume en el caso.

Roberts concluye su argumentación desechando también, de forma sumaria, lo que considera un nuevo argumento de Sachs planteado ante el Alto Tribunal, junto al ya conocido de las demandas basadas sobre la venta del pase. Se trata del intento de aquella de que se considere *toda la operación de ferrocarril* de ÖBB como la “actividad comercial” que tiene el requerido “*contacto sustancial* con los Estados Unidos”, dado que esa empresa busca clientes en el país y les vende allí sus pases⁴⁸. Se trata de un fundamento sobre el que no se ha discutido previamente y, resuelve Roberts, “A falta de

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem, p. 8.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem, p. 9.

⁴⁸ Ibidem, p. 9 y s.

circunstancias inusuales...no entraremos en argumentos no presentados ante las instancias inferiores”⁴⁹.

IV. VALORACIÓN CRÍTICA

La desarrollaré aportando, en primer lugar, algunas impresiones a título previo. Y, tras de ello, efectuaré un contraste con los argumentos principales que he ido desglosando en mi presentación de la Ponencia del Presidente Roberts.

No oculto, y entro ya en el primer aspecto, cierto desasosiego que me viene invadiendo frente a algunas decisiones del Tribunal Supremo que se están produciendo en los últimos años en relación con el ámbito internacional. Así, como en *Kiobel* -en la que también fue Ponente Roberts-, o *Daimler*, y aceptando el limitado valor de lo que apporto ahora como basado en la impresión, en lo subjetivo, me parece que cuestiones de un gran calado son tratadas de manera sumaria, formal, perdiendo ocasiones clave para hacer progresar el sistema o, incluso peor, consiguiendo el efecto contrario. De tal modo, en esos dos citados, no se debiera haber, como poco, sentado una *doctrina general* en casos calificados como *Foreign-Cubed*, es decir, desvinculados *prima facie* de los Estados Unidos⁵⁰. O haber importado forzosamente, como he dicho, en el primero, un canon de ley aplicable al ámbito jurisdiccional, limitando éste de forma decisiva. O, en el segundo, al desechar un rico acervo jurisprudencial comúnmente admitido en ese país, y acorde con la realidad de un mundo globalizado en el que, por ejemplo, si una gran empresa, por sí o sus filiales, genera un gran volumen de negocio en un determinado lugar, y bajo concretas condiciones, pueda ser sometida a la correspondiente jurisdicción⁵¹. Y si uno y otro caso trataban de la protección internacional de los Derechos Humanos, el margen de preocupación puede aumentar.

Por su parte, el caso que aquí comento, aunque no se refiera a las gruesas violaciones de tales Derechos en el origen de *Kiobel* y *Daimler*, no cabe decir, creo, que resulte indiferente desde la óptica de aquéllos, por su propia naturaleza y, también, como

⁴⁹ Ibidem, P. 10.

⁵⁰ E, incluso en esas circunstancias, el acceso a la justicia, central en el ordenamiento internacional, debiera haber prevalecido, en mi opinión. Así ha sido, v.gr., en la modélica sentencia de la prestigiosa *Court of Appeal of England and Wales* en un supuesto particularmente sensible, vinculado con los llamados “vuelos de la CIA”, *Belhaj v. Straw*, [2014] EWCA Civ 1394. Vid., v.gr., CANNON, A, y HORMSBY, H., “Belhaj v Straw: English Court of Appeal Rules that State Immunity and the Act of State Doctrine Does Not Prevent Claims Against the British Government for Alleged Involvement in Unlawful Rendition”, accesible en <http://hsfnotes.com/publicinternationallaw/2014/11/17/belhaj-v-straw-english-court-of-appeal-rules-that-state-immunity-and-the-act-of-state-doctrine-do-not-prevent-claims-against-the-british-government-for-alleged-involvement-in-unlawful-rendition/>. Asimismo, recordaré que la Corte Interamericana de Justicia sitúa el acceso a la justicia como una norma imperativa del derecho internacional. Sintetizando esta postura, y el influjo del eminente A.A.CANÇADO TRINDADE en ella, vid., v.gr., MORALES, M., “Acceso a la Justicia: Conceptualización y Evolución en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia”, accesible en <http://www.diariocostitucional.cl/articulos/acceso-a-la-justicia-conceptualizacion-y-evolu-ci-on-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-interamericana-de-justicia/>.

⁵¹ En este sentido, vid. vgr., la Opinión de la Magistrada Sotomayor que recojo en mi “Decision of the Supreme Court of the United States in the *Daimler A.G. v. Bauman et. al.* Case...”, cit., pp. 12-14.

sucede con esos pronunciamientos previos del Alto Tribunal, parece haberse resuelto expeditivamente, sin parar mientes en las consecuencias - en la práctica demoledoras - sobre la demandante, o las lecturas que los tribunales inferiores extraigan de la solución. Algo que harán inevitablemente, y más cuando existe un fragor previo, como dije, propiciado por el propio Tribunal Supremo, respecto de su desinterés sobre lo que pueda derivarse de conductas foráneas⁵². Y ello aunque, en este caso, el Presidente indique que la decisión tiene un carácter *limitado*, ceñido a las particularidades del mismo⁵³. Roberts preside un foro de un gran prestigio dentro y fuera de los Estados Unidos; lo que decide nunca resulta indiferente, y máxime respecto de complejos asuntos de ámbito internacional, en los que la necesidad de guías y soluciones es continua, y el Alto Tribunal se constituye en uno de los máximos referentes.

Desarrollo ahora el análisis de los argumentos principales, al que doy comienzo con una reflexión de partida. Cabe recordar que ha sido el precedente *Nelson* el que, según Roberts, podía proporcionar las claves de solución del caso. Y sin embargo, el Tribunal Supremo, en su momento, también había señalado que no dictaba una doctrina general en ese supuesto⁵⁴. Con razón, estimo, por su singularidad y máxime frente al aquí tratado, por lo que el término de contraste escogido por el Presidente ya de partida puede no ser el más conveniente. En efecto, como se vio, *Nelson* se centraba en una serie de conductas que necesariamente se vinculaban, como detención ilegal, prisión, torturas, al ejercicio de la soberanía estatal a través de la policía saudita, la de un país, por otra parte, tradicional aliado de los Estados Unidos y clave en su estrategia en el Oriente Medio, extremo éste que no es desdeñable que pese sobre los jueces en un entorno de inmunidad de jurisdicción⁵⁵. Conductas, con todo, que nada tienen que ver con las que eventualmente sustentarían las demandas de Sachs en el presente caso.

En el núcleo de su decisión, dando un paso más, Roberts hace que se materialice un concepto cuasi-mítico, el *gravamen* del litigio, la *conducta particular* sobre la que se basa, una noción importada de la práctica en sectores alejados del aquí tratado. El Presidente es libre de preferirlo al test de *un elemento*, utilizado en varios Circuitos

⁵² “Esto se está convirtiendo en un acercamiento familiar del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Ya se presentan como una cuestión de inmunidad de jurisdicción (ÖBB), jurisdicción personal (Daimler) o interpretación normativa (Kiobel), las demandas por actos cometidos en el extranjero se están arrojando – *pushed away*- de las riberas estadounidenses”; vid., KOTUBI, Ch., *et alii*, “Recent Decision on Sovereign Immunity Highlights Need for Advance Planning When Transacting with Foreign Sovereign Entities”, p.2., accesible en <http://www.jonesday.com/recent-decision-on-sovereign-immunity-highlights-need-for-advance-planning-when-transacting-with-foreign-sovereign-entities-12-22-2015/>.

⁵³ Vid., *Supreme Court Decision*, cit., p. 9 y, allí, nota (2).

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Puede ser también el caso, en forma análoga, en otro supuesto recientemente planteado ante los tribunales del país transatlántico; vid., v. gr., FOLKMAN, T., “Case to Watch: *Schermerhorn v. Israel*”, accesible en <https://lettersblogatory.com/2016/01/13/case-watch-schermerhorn-v-israel/> y KU, J., “Gaza Flotilla Activists’ Suit Against Israel Will Probably Fail for Lack of U.S. Jurisdiction”, accesible en <http://opiniojuris.org/2016/01/12/gaza-flotilla-activists-files-civil-lawsuit-against-israel-for-2010-military-raid/>. Destacable, en todo caso, es el juego de la inmunidad de jurisdicción cuando lo que se dilucidan son conductas contrarias al *Jus Cogens*. Sobre el particular, vid., v. gr., BUCHER, A., “Rapport al IDI (2015)- La Compétence Universelle Civile en Matière de Réparation pour Crimes Internationaux”, pp. 89-110, accesible en http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/2015_Tallinn_01_fr.pdf.

Federales, junto al Noveno, pero el riesgo de *ingeniería jurídica* al que éste puede dar lugar se neutraliza a través del análisis de *cada una de las demandas* llevado a cabo, como apunté, por el Tribunal de San Francisco, en la medida en que mediante él serían susceptibles de rechazarse las no vinculadas con los Estados Unidos⁵⁶. Por otra parte, en *Nelson*, el Tribunal Supremo no basó explícitamente su decisión en ese gravamen, sino en la naturaleza radicalmente soberana de las conductas que originaban el litigio, y se trata, además, de un concepto indeterminado que puede dar origen a interpretaciones diversas en los tribunales inferiores. Junto a ello, y en la lectura que le da Roberts, resulta claro, en fin, que tal gravamen difícilmente se va a dar en los Estados Unidos, con lo que la excepción prevista en la tantas veces citada Sección 1605 (a) (2) de la FSIA resulta muy mermada, en contra de lo pretendido por el Congreso, *limitar* la inmunidad de jurisdicción en los casos en que los soberanos extranjeros desarrollasen actividades comerciales vinculadas con los Estados Unidos. Como, por ejemplo, captando allí consumidores para sus operaciones de transporte público en los respectivos Países.

En otro orden, si, en efecto, el intento de Sachs en torno a su reclamación en base a responsabilidad estricta por ausencia de aviso previo sobre las condiciones de la estación de Innsbruck parece bastante forzado, el nuevo argumento al que alude Roberts, y que desestima raudamente, tal vez hubiera merecido un tratamiento más ponderado. La propuesta de considerar *toda la actividad comercial* de ÖBB a los efectos señalados era, creo, digna de una evaluación en profundidad, por acercarse mucho a la realidad de las cosas. Cabe señalar, por ejemplo, cómo se recoge una idea análoga en lo que ha sido uno de los textos más logrados de la Conferencia de la Haya, me refiero al Convenio Sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos, de 1973⁵⁷, que como es sabido cubre no sólo la *producción*, sino *toda la cadena de intermediarios* que sitúa el producto ante el consumidor final (arts. 1-3). Lo traigo a colación, aunque no sea aplicable a este caso, como una visión moderna de las actividades empresariales sobre la que hubiera podido reflexionar, adaptándola al supuesto y para ilustración de todos, el Alto Tribunal. Éste dispone, en efecto, de margen para abordar si es su voluntad, una cuestión no planteada ante las instancias inferiores como, sin ir más lejos, hizo en *Kiobel*, en la segunda revisión que llevó a cabo a instancia propia sobre un tema, la extraterritorialidad del Alien Tort Statute, que nadie había suscitado en la especie ante los foros subordinados al primero.

Concluyo ahora este segundo plano, que atiene a la argumentación de Roberts, y con ello culmino el presente Apartado, señalando con todo respeto lo que considero una sutil manipulación por parte del Presidente de lo apuntado respecto de las lesiones personales por Holmes. Habla éste, como reflejé páginas atrás, de una *narrativa* centrada en el *punto de contacto*, el lugar donde se produjo el daño - “el lugar donde el niño se pinchó el dedito”, dice el ilustre Magistrado de forma expresiva y bienhumorada⁵⁸. Pero esa *narrativa* de Holmes no significa que *todo lo relativo a las lesiones personales* se deba encarar a través del lugar de producción del daño. Ese lugar, de importancia notoria en

⁵⁶ Vid., v.gr., ECHEVERRI, D.R., op. cit., p. 16 y s.

⁵⁷ Vid., BOE núm 21, de 25 de enero de 1989.

⁵⁸ Vid., *Supreme Court Decision*, cit., p. 9.

el sector de ilícitos civiles en el tratamiento que desde tiempos remotos le dedica el Derecho internacional privado, particularmente respecto del derecho aplicable, no conlleva de modo necesario, a *efectos jurisdiccionales*, su competencia exclusiva. O, en otras palabras, es preciso distinguir, como ya pusieron de manifiesto los Glosadores, entre proceso y sustancia, y competencia jurisdiccional y legislativa. Algo que sin duda conoce Roberts, pero de lo que parece no acabar de asumir todo lo que representa.

En el reiteradamente citado *Kiobel*, por ejemplo, el Presidente sostuvo la aplicación al Alien Tort Statute (ATS) no ya del canon contra la extraterritorialidad de las leyes - no se podría, por la naturaleza puramente jurisdiccional de ese texto- sino de los *principios* en los que tal canon se basa⁵⁹. Entremezclando a través de la “*narrativa*” y los “*principios*” los aspectos jurisdiccionales y los de elección de ley aplicable, Roberts hace, pues, un uso habilidoso y *pro domo sua* del lenguaje, pero asumiendo un coste respecto de la firmeza de la doctrina que consagra. Así, debe introducir modulaciones, bien a través de un test de nuevo cuño en *Kiobel*, el “*Touch and Concern*”, dejando abierta la posibilidad de que en situaciones más vinculadas con los Estados Unidos se pueda aplicar el ATS o bien, cuando como quedó expuesto, dicta el carácter *limitado* de la decisión en *Sachs*, en tanto que también un mayor contacto con el País transatlántico, referido a las actividades comerciales, pudiera activar la correspondiente excepción prevista en la FSIA. En ambos casos, y aparte de otras consideraciones, el Alto Tribunal no acaba de resolver los problemas, y es muy factible que en *Sachs* se repita lo que ya está sucediendo con *Kiobel*, es decir, que surja un elenco de respuestas divergentes por parte de los tribunales inferiores⁶⁰. En cuanto a esa infortunada viajera, que no se pinchó precisamente un dedo, como el niño al que alude Holmes, lo cierto es que, en términos jurídicos, tenía ante sí inmensos obstáculos, al margen de la inmunidad soberana. Ya quedó dicho, principalmente la competencia jurisdiccional personal sobre ÖBB, luego de *Daimler*⁶¹, el ubicuo *Forum Non Conveniens* y, claro está, el poder sustentar sus alegaciones llegada la resolución del fondo del litigio, la fase de juicio. En alpinismo serían el K1, el K2 y la vertiente norte del Eiger en invierno. Un reto formidable, en el que ÖBB hubiera tenido muy amplia oportunidad para defenderse, y que el Alto Tribunal le ha ahorrado a su compatriota. Pero la voluntad de Carol P. Sachs era luchar y, sin duda, en base al sistema de los Estados Unidos, objeto aquí de mi análisis, esperaba y no era descabellado poderlo hacer ante los tribunales de ese país. Así lo consideró en su momento, como indiqué, y por amplia mayoría, el Plenario del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito Federal, uno de los más prestigiosos de los Estados Unidos. Pero, en todo caso, y por si hubiera dudas, me importa destacar que el problema no gira aquí sobre la idoneidad, o no, de los tribunales de Austria para dirimir el asunto, nadie se la niega, sino sobre un punto muy técnico del sistema de competencia jurisdiccional del país transatlántico, vinculado con la inmunidad de los soberanos extranjeros. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos lo ha resuelto en los términos vistos, que es preciso asumir, aunque también quepa discrepar de la solución dada como,

⁵⁹ 133 S.Ct.1664 (2013).

⁶⁰ Vid., MARULLO, M.CH., y ZAMORA CABOT, F.J., “Transnational Human Rights Litigation...”, op. cit., *pass.*

⁶¹ Una decisión favorable en materia de inmunidad no conlleva necesariamente el que se reconozca la jurisdicción *in personam* sobre el demandado.

con el mayor respeto y por los argumentos que he avanzado, he hecho en las presentes páginas. Las completo seguidamente aportando otras perspectivas.

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

“*Out of sight, out of mind*”, u ojos que no ven...Tal es la doctrina que parece estar asentándose en los Estados Unidos merced al presente Tribunal Supremo frente a conductas en el extranjero en el ámbito de los ilícitos civiles, incluso si los afectados son ciudadanos del País. Algo un tanto sorprendente, si se me permite, y que casa mal, por ejemplo, con los modernos enfoques metodológicos con los que tanto brilló la doctrina estadounidense en el estudio del conflicto de leyes. Análisis de intereses, objetivos de política legislativa, búsqueda de justicia material, todos encontraron su más destacado banco de pruebas precisamente en aquel ámbito. El Tribunal de San Francisco lo trae a colación en la decisión de su Plenario en este caso, en el que aludiendo al *Second Restatement on Conflicts*, indica, tras otras consideraciones, que: “California tiene un fuerte interés en proveer compensación a sus residentes bajo su ley cuando esos residentes adquieren un título de transporte público en California y luego viajan por el extranjero en transportes estatales”⁶². Si Roberts habla de *narrativa* y de *principios*, ¿cabría hacer lo propio respecto de los *fundamentos* de esos enfoques metodológicos y que también permeasen los aspectos jurisdiccionales? Por otra parte, y en la medida en que el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, y según estimo, viene produciendo una jurisprudencia hartamente más enraizada en el presente siglo y sus complejos retos que su superior, podría también tomarse también como ejemplo a los efectos del tema crucial del *acceso de las víctimas a la justicia* donde, especialmente en relación con los Derechos Humanos, sintoniza mucho más con los actuales desarrollos que el Alto Tribunal. Al punto espero, en fin, que éste pueda ser iluminado, por ejemplo, por sendas y recientes aportaciones del IDI y el Consejo de Europa, a las que considero de gran relieve y heraldos de una tendencia cuya consolidación sería muy deseable, inspirada en una mayor protección de las víctimas y, por ello, acorde con la altura de los tiempos⁶³.

Concluyo ya con un pequeño homenaje al Tribunal Supremo de los Estados Unidos recogiendo ahora, en sede de la inmunidad de jurisdicción, que ha motivado estas páginas sobre el caso *Sachs*, unos pensamientos de uno de sus más celebres y prestigiosos Presidentes, John Marshall:

“Es, creemos, un principio fundado, que cuando un gobierno se convierte en socio de cualquier empresa comercial, se desprende, respecto de las transacciones de esa empresa, de su carácter soberano, y asume el de un ciudadano particular. En vez de

⁶² Vid., *Court of Appeals Decision*, cit. pp. 29 y 30 y, allí, nota (14), *in fine*.

⁶³ Vid., v. gr., respectivamente, la reciente Resolución del IDI Sobre la Competencia Civil Universal en Materia de Reparación por Crímenes Internacionales, accesible en http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutions/F/2015_Tallinn_01_fr.pdf y la también cercana Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros, Sobre Empresas y Derechos Humanos, accesible en [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Rec\(2016\)3&Language=lanEnglish&Site=CM&BackColorInter=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Rec(2016)3&Language=lanEnglish&Site=CM&BackColorInter=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383&direct=true)

comunicar a la compañía sus privilegios y prerrogativas, desciende a un nivel con los que se asocia, y adopta el carácter de sus asociados y el del negocio que ha de llevarse a cabo”⁶⁴.

Dedico estas páginas a la venerada memoria de mi maestro, D. Mariano Aguilar Navarro, con motivo del Centenario de su nacimiento.

⁶⁴ *Bank of United States v. Planters' Bank of Georgia*, 22 U.S. (9 Wheat.) 904, 907, 6 L. Ed. 244 (1824).