

EL «CERTIORARI». EJERCICIO DISCRECIONAL DE LA JURISDICCION DE APELACION POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS (*)

MARIA ANGELES AHUMADA RUIZ

«It is most true that this Court will not take jurisdiction if it should not: but it is equally true, that it must take jurisdiction if it should. The judiciary cannot, as the legislature may, avoid a measure because it approaches the confines of the constitution. We cannot pass it by because it is doubtful. With whatever doubts, with whatever difficulties, a case may be attended, we must decide it, if it be brought before us. We have no more right to decline the exercise of jurisdiction which is given, than to usurp that which is not given. The one or the other would be treason to the constitution» (JOHN MARSHALL en *Cohens v. Virginia* [1821]).

«The Supreme Court is not, and never has been, primarily concerned with the correction of errors in lower court decisions (...). If we took every case in which an interesting legal question is raised, or our “prima facie” impression is that the decision below is erroneous, we could not fulfill the Constitutional and statutory responsibilities placed upon the Court. To remain effective, the Supreme Court must continue to decide only those cases which present questions whose resolution will have immediate importance far beyond the particular facts and parties involved (...)» (Discurso del *Chief Justice* VINSON ante la *American Bar Association* [1949]).

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. PROBLEMAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.—II. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL SISTEMA JUDICIAL AMERICANO.—III. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL «WRIT OF CERTIORARI».—IV. LA REGULACIÓN ACTUAL Y EL PROCEDIMIENTO PARA EL ACCESO A LA APELACIÓN MEDIANTE EL «CERTIORARI».—V. LOS FACTORES QUE INDUCEN AL TRIBUNAL A EJERCER LA JURISDICCIÓN («CERTWORTHINESS»). EN PARTICULAR: EL CONFLICTO ENTRE DECISIONES DE TRIBUNALES DE APELACIÓN Y EL CONFLICTO CON LOS PRECEDENTES DEL TRIBUNAL SUPREMO.—VI EL PROCESO INTERNO. MODO EN QUE SE DECIDE EL «CERTIORARI».

I. INTRODUCCION. PROBLEMAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Cuando John Marshall accede a la presidencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1801, la capital de la nación acababa de trasladarse a Washington. La potencia y dignidad de las flamantes instituciones del gobier-

(*) Ponencia presentada en el Seminario de Profesores de Derecho Constitucional que se celebra en la Universidad Autónoma de Madrid bajo la dirección de los profesores Rubio Llorente y Aragón Reyes.

no central debían manifestarse también simbólicamente, y se construyó el Capitolio. Puede ser asimismo simbólico que en aquel momento nadie previera un espacio destinado a la sede del depositario del Poder Judicial Federal, de forma que el Tribunal Supremo encontró apurado acomodo provisional en una sala situada debajo de la Cámara del Senado. Tres años después de su primera sesión pública, en 1790, el Tribunal había decidido cinco casos. A la llegada de Marshall, este número se había incrementado a cincuenta y cinco. La condición de magistrado del Tribunal Supremo en modo alguno se interpretaba como culminación de la carrera del político o del jurista, sino que, al contrario, el cargo venía a ser considerado más bien una sinecua. El Poder Judicial Federal, encarnado en el Tribunal Supremo, había sido calificado por Hamilton en expresión célebre como el más débil de los tres departamentos del poder, *the least dangerous branch*, y convirtiendo en premonición las enseñanzas de Montesquieu, efectivamente estaba resultando, al pie de la letra, que «de las tres potestades... la de juzgar es en cierto modo nula» (1).

Esta situación no perduró. Como es bien conocido, Marshall, en sus treinta y cuatro años de liderazgo del Tribunal Supremo, llevó a cabo una revolución sin precedentes, entre cuyas conquistas la afirmación del poder de *judicial review of legislation* es sólo la punta del iceberg. Ante todo, a él se debe la imparable absorción de poder por parte del Tribunal en los primeros años (frente a la parquedad de la regulación legal de su jurisdicción y pretendidamente de acuerdo con la vieja máxima del derecho anglosajón: *boni iudicis est ampliare jurisdictionem*) y la conversión de este órgano en oráculo de la Constitución. Los cimientos del Estado federal se asientan en buena medida en las sentencias de aquella época, que fue también la de formación del derecho americano. La grandeza del legado de Marshall es aún más abrumadora si se tiene en cuenta que el Tribunal tuvo oportunidad de encargarse de relativamente pocos asuntos dadas las limitaciones, fundamentalmente de índole procesal, que le eran impuestas. Durante la prolongada presidencia de Marshall, el Tribunal Supremo decidió en total 1.215 casos (2).

El Tribunal Supremo permaneció en régimen de inquilinato en distintas estancias del edificio del Congreso hasta 1935. Para entonces, el imponente edificio que se construyó a propósito —el Marble Palace— no añadía mayor

(1) *El Federalista*, LXXVIII (Hamilton) [pág. 331 de la ed. del F.C.E. (4.ª reimpr.), México, 1987. Hamilton recoge la cita de Montesquieu en nota 52].

(2) Para la descripción de este primer período de vida del Tribunal puede verse, por ejemplo, G. E. WHITE: *The American Judicial Tradition*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1988, págs. 7-34, de donde tomo la referencia numérica de la actividad del Tribunal.

dignidad al Tribunal, que justamente se sigue considerando el más poderoso e influyente de los existentes. Ante todo obedecía a la necesidad evidente de espacio, medios técnicos y personal de una institución que ha visto crecer a velocidad de vértigo su volumen de trabajo. Aunque las quejas de los miembros del Tribunal en cuanto a su carga de trabajo son antiguas, en los primeros tiempos —pongamos hasta 1870— no estaban motivadas por el número de asuntos que les llegaban que, como sabemos, era reducido, sino por la obligación impuesta a los jueces de «recorrer los circuitos» (*riding the circuits*). Esta obligación, un intento de realización práctica y estricta del deseo de acercar la justicia federal a cada ciudadano, suponía un esfuerzo físico extenuante para los miembros de más edad del Tribunal, forzados a viajar constantemente por todo el Este en los medios de locomoción de la época. Los jueces fueron paulatinamente exonerados de esta carga, pero la obligación formal no desaparece como tal hasta que en 1911 son abolidos los viejos tribunales de circuito que requerían para constituirse la participación de, al menos, un juez del Supremo (3).

Por causas que más adelante mencionaremos, el volumen de trabajo del Tribunal en su jurisdicción de apelación comienza a ser considerable a partir de 1870. La etapa posterior a la Guerra Civil conoce también un fuerte crecimiento de la litigación debido no sólo al alargamiento de la jurisdicción federal en todos los órdenes, sino al rápido crecimiento de población del país. La

(3) La configuración de los tribunales de circuito fue el aspecto más insatisfactorio de la originaria organización de los tribunales federales inferiores, de acuerdo con la *Judiciary Act* de 1789. Estos tribunales —a no confundir con los tribunales de apelación del circuito, que son creados un siglo después— no estaban integrados por jueces titulares, sino que se constituían en períodos determinados y estaban compuestos por un juez de distrito y dos del Supremo (posteriormente, sólo se requirió la participación de un juez del Supremo). De hecho, el número de jueces del Tribunal Supremo se hizo depender en un principio del número de circuitos (por esta razón, habiéndose agrupado los distritos del país en tres circuitos, la primera composición del Tribunal Supremo fue de seis jueces) y varió a expensas de éstos. Entre sus muchas disfuncionalidades, la doble condición de los jueces del Tribunal Supremo llevaba a que ante este Tribunal se revisaran en apelación los errores previamente cometidos por sus propios jueces cuando juzgaron en el circuito. Ya en 1801 hubo un intento de transformación de los tribunales de los circuitos, inmediatamente frustrado (en 1802) con la llegada de Jefferson a la Presidencia de la Nación. Ninguna razón, salvo la pura venganza política, era capaz de convencer de las virtudes de la trashumancia judicial: «I am not quiet convinced that riding rapidly from one end of this country to another is the best way to study law. I am inclined to believe that knowledge may be more conveniently acquired in the closet than in the high road» (Intervención del *Gouvernor Morris* en el Senado el 14 de enero de 1802. Citado en F. FRANKFURTER y J. M. LANDIS: «The Business of the Supreme Court of the United States», en *Harvard Law Review*, vol. 38 [1925], pág. 1021).

primera gran crisis por sobrecarga de trabajo tuvo lugar en torno a 1890 y provocó la reforma del sistema de apelaciones federal con la introducción de los tribunales de apelación intermedia. El Tribunal, que en sus primeros años de vida se había visto relegado por la inactividad, se encontraba ahora permanentemente amenazado por el colapso. El respiro que supuso la introducción de un nuevo nivel de tribunales federales se demostró transitorio. El número de casos pendientes siguió creciendo, y ya de forma espectacular, a partir de 1950. Desde los años ochenta el número de asuntos ante el Tribunal no desciende de 5.000 cada año (4).

En un famoso y controvertido artículo del que aún hoy hay resonancias, el profesor Henry M. Hart se entretuvo en elaborar la «tabla horaria ideal» del trabajo de los jueces del Tribunal Supremo. Valiéndose de los datos estadísticos disponibles y de cierta imaginación, procedió a cuantificar el tiempo que el «juez-tipo» dedicaba por término medio a leer demandas y otros escritos, atender vistas, deliberar, decidir, redactar sentencias y votos particulares (5). Todo ello arrojaba como conclusión lo que ya se sabía: que el Tribunal (cada juez) abarcaba más trabajo del que podía llevar a cabo en debida forma (6). Si esta conclusión nada tenía de inaudito, el método empleado para deducirla —traducir en minutos la dedicación del juez a una tarea de la máxima gravedad— hizo más evidente que nunca que la sobrecarga de trabajo del Tribunal estaba pesando sobre la calidad de sus decisiones y, por tanto, sobre el adecuado desempeño de su función constitucional (7). Esta preocupación, ampliamente compartida por jueces y expertos, se ha trasladado por fin a las esferas políticas y el Congreso ha tomado conciencia de que su intervención

(4) De acuerdo con las estadísticas sobre la actividad del Tribunal Supremo que la *Harvard Law Review* publica cada noviembre, en el pasado año (1992 Term, que abarca de octubre de 1992 a octubre de 1993), el Tribunal decidió sobre 6.336 asuntos y quedaron pendientes 909.

(5) Se trata de «The Time Chart of the Justices», en *Harvard Law Review*, vol. 73 (1959), págs. 84-125. El asunto tratado era tanto más llamativo, puesto que aparecía como «Prefacio» al análisis y estadísticas de la actividad del Tribunal Supremo durante el Curso Judicial (Term) de 1958, un espacio tradicionalmente dedicado al examen de los *leading cases* del período acotado, cambios de jurisprudencia, etc.

(6) «[W]hat then emerges is not guesswork but hard fact—the fact that the Court has more work to do than is able to do in the way in which the work ought to be done», *op. cit.*, pág. 84.

(7) Así, por ejemplo, de su reparto lógico de tiempo resultaba que un juez rechazaba las peticiones de *certiorari* «frívolas» en cinco minutos (pág. 88) en tanto que dedicaba veinte minutos a las «merecedoras de atención» (pág. 88); las peticiones recibidas de acuerdo con el procedimiento *in forma pauperis* ocuparían cada una otros cinco minutos (pág. 90) y redactar una sentencia o un voto particular, incluido el tiempo preciso para conseguir la información necesaria y el inexcusable período de reflexión, supondría veinticuatro horas de trabajo («The Time Chart...», *cit.*, pág. 92).

es imprescindible (8). Desde los años setenta, se suceden los estudios de expertos y se constituyen comisiones encargadas de elaborar propuestas de solución. Entre los propios jueces del Tribunal Supremo no faltan las constantes llamadas de atención sobre el problema y la sugerencia de remedios. Hasta hoy, la única respuesta legislativa operada en la práctica ha sido la supresión virtualmente total de la apelación improrrogable del Tribunal y su sustitución por la apelación de ejercicio discrecional mediante el *certiorari*, que garantiza al Tribunal el control sobre su agenda de casos a decidir (9). Queda pendiente, aunque todo parece indicar que no tardará mucho, una reforma de alcance estructural y no meramente de procedimiento. El trabajo que el Tribunal Supremo no puede abarcar y debe ser hecho ha de ser encomendado a otro. Quién reciba la encomienda es asunto discutido: entre otras, ha habido propuestas en favor de la creación de un nuevo Tribunal de Apelación de ámbito nacional o de un Tribunal para dirimir conflictos intercircuítos, bien sea constituido *ad hoc*, bien de carácter permanente (10). Lo que parece evidente es que el *certiorari* ya no es por sí sólo —si alguna vez lo fue— el remedio a los males del Tribunal; pero su historia, desde hace algo

(8) De conformidad con el artículo III, sección 2.^a, de la Constitución Federal, al Congreso corresponde determinar la forma y alcance de la jurisdicción en apelación del Tribunal Supremo, así como las excepciones a la misma.

(9) La última reforma legislativa se operó el 27 de junio de 1988 y entró en vigor noventa días después. La propuesta de reforma llevaba años pendiente en el Congreso y su aprobación tuvo lugar sin oposición. En la defensa de la nueva legislación ante el Senado, el ponente, Sr. Hefling, hizo referencia al apoyo expreso del Tribunal Supremo a una reforma que, en definitiva, él había alentado y urgido. Si no se conocía ninguna oposición a la misma y el apoyo de las organizaciones implicadas era evidente, la única cuestión por resolver era «por qué no se hizo antes»: «The removal of the Supreme Court's obligatory jurisdiction is so clearly needed, long overdue, and widely supported that the failure to accomplish it before now is a tribute to nothing so much as gross inertia. I hope today will mark the end of our inertia.» Actas de la sesión del Senado del día 18 de marzo de 1988 (134 Cong. Rec. S 2606).

(10) Un buen resumen y análisis de la multitud de propuestas de reforma tanto de procedimiento como estructurales es el que se ofrece en NOTE: «Of High Designs: A Compendium of Proposals to Reduce the Workload of the Supreme Court», en *Harvard Law Review*, vol. 97 (1983), págs. 307-325. Para una aproximación a la ingente producción de artículos y monografías generada al respecto, véanse BATOR, MELTZER, MISHKIN, SHAPIRO: *Hart and Wechsler's, The Federal Courts and The Federal System*, The Foundation Press, Westbury-New York, 1988, págs. 42-60, y STERN, GRESSMAN, SHAPIRO: *Supreme Court Practice*, 6.^a ed., B.N.A., Washington D.C., 1986, págs. 27-39 y bibliografía allí citada. Acerca del establecimiento de nuevos tribunales que absorban parte del trabajo del Tribunal Supremo, véase, en particular, BAKER y MCFARLAND: «The Need for a New National Court», y GINSBURG y HUBER: «The Intercircuit Committee», ambos en el vol. 100 (1987) de la *Harvard Law Review*, págs. 1401-1416 y 1417-1435, respectivamente.

más de un siglo, discurre en paralelo a la de las crisis recurrentes del Tribunal por exceso de trabajo.

Tratar del *certiorari* no es, sin embargo, ahondar en las causas y paliativos del atasco del Tribunal. Su conexión con la cuestión general del trabajo de este órgano es más esencial: podemos afirmar que la introducción y generalización del *certiorari* ha impulsado y favorecido la transformación de la función «constitucional» del Tribunal Supremo y aun del carácter de la litigación que tiene lugar ante él. Ambas afirmaciones no son, ni juntamente ni por separado, enteramente compartidas por el Tribunal. Sobre esto algo diremos en las páginas que siguen. Lo que es indiscutible es que, desde el momento en que se establecen los tribunales intermedios de apelación (*circuit courts of appeals*), deja de ser tarea primordial del Tribunal Supremo la «corrección de los errores» eventualmente cometidos por los tribunales de las instancias inferiores (*review of correctness*) y, como contrapartida, se amplifica su función institucional: proveer de guías y directrices vinculantes —en general, precedentes— para la adecuada interpretación y desarrollo del derecho federal, así como asegurar la uniformidad de su aplicación. El mecanismo del *certiorari* ha puesto en manos del Tribunal el tremendo poder de seleccionar, entre la multitud de casos que reclaman su atención, aquellos que, según su criterio, le permiten desempeñar mejor su función institucional y decidir sólo o preferentemente las cuestiones cuyo impacto trasciende los límites de la controversia particular en que se plantean. Al mismo tiempo, y desde otra perspectiva, el uso que el Tribunal ha hecho y hace del *certiorari* desvela la concepción que este órgano tiene acerca de cuál es su propia función. En este punto, sin embargo, los autores detectan algunos «problemas de comportamiento»: el *certiorari*, que permite al Tribunal la selección de las cuestiones que desea decidir, ¿le faculta también para elegir su función? (11).

La pretensión de estas páginas es describir el funcionamiento del *certiorari* en la práctica de la jurisdicción de apelación del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. El interés que pueda tener el examen de esta institución extranjera, aparte de satisfacer modestamente una hipotética curiosidad, puede ponerse en relación con su invocación más o menos frecuente por parte de quienes, ya en nuestro ámbito, reclaman para los Tribunales Constitucionales fórmulas más expeditivas para decidir sobre la admisión de casos a trámite. Puesto que desde muchos puntos de vista es envidiable la capacidad del Tri-

(11) Al respecto, y entre todos, el penetrante análisis de S. ESTRECHER y J. E. SEXTON: «A Managerial Theory of The Supreme Court's Responsibilities: An Empirical Study», en *New York University Law Review*, vol. 59 (1984), págs. 681-823.

bunal Supremo de Estados Unidos para confeccionar su agenda de casos y, de esta forma, reservar sus fuerzas para los asuntos que lo merecen, es comprensible que ante la foto fija de Tribunales Constitucionales inundados de demandas y con un pesado lastre de casos pendientes se contemple el mecanismo del *certiorari* como una opción, por extraña que resulte al sistema, no del todo descartable. En España, la discusión se conecta con la sobreabundancia de demandas de amparo, muchas de ellas sobre cuestiones fútiles, que gravan indebidamente el trabajo del Tribunal Constitucional. Ya hemos advertido antes que el problema de la sobrecarga de trabajo del Tribunal Supremo de Estados Unidos ha sido desencadenante de la progresiva implantación del *certiorari* como forma de acceso (única, en la práctica actual) a su jurisdicción revisora. También se ha indicado que esta técnica, aunque mejora la situación, no ha procurado definitivo remedio. Nada hace pensar que una solución similar a ésta del *certiorari* se demostrará más eficaz frente al mismo problema en nuestras jurisdicciones.

El aspecto que, por último, queremos destacar —para finalizar esta introducción demasiado larga— es el carácter discrecional del ejercicio de la jurisdicción promovida en *certiorari*. Este es el rasgo que, por relación a nuestra concepción de la jurisdicción, nos resulta más ajeno. En una ocasión, el juez Brandeis, refiriéndose al oficio del Tribunal Supremo, manifestó: «The most important thing we do, is not doing.» Esta afirmación sirvió a Alexander Bickel, en un libro fundamental, para ensalzar lo que denominó «virtudes pasivas» del Tribunal: decidir no decidir, o evitar decidir, puede ser la forma óptima de decisión. Bien es cierto que esta virtud de la abstinencia, consecuencia del responsable *self-restraint* del Tribunal, no se predicaba sólo, o en particular, para la administración del *certiorari*, pero el recurso a la paradoja, «la importancia de no hacer nada», dice mucho sobre la práctica desconcertante del Tribunal en esta jurisdicción (12).

(12) A. BICKEL: *The Least Dangerous Branch*, 2.^a ed., Yale University Press, New Haven-Londres, 1986. La cita de BRANDEIS, en pág. 71. El capítulo IV es el dedicado a «The Passive Virtues» (págs. 111-198). Como hemos advertido, BICKEL no se refiere en exclusiva a la administración del *certiorari*, sino que lo analiza en conexión con los demás instrumentos de que el Tribunal dispone para «evitar decidir» cuando ello es más conforme a los principios que, en opinión de este autor, orientan su función. La discreción judicial a la que se refiere es, en todo caso, *principled discretion*, la propia de un órgano que, como decía Hamilton, «no posee fuerza ni voluntad, sino discernimiento». La cuestión de si el Tribunal está facultado para «declinar el ejercicio de la jurisdicción que le ha sido conferida» («the power to decline the exercise of jurisdiction which is given») generó en su momento una vivísima polémica entre BICKEL y G. GUNTHER, quien rebatió con dureza las conclusiones del anterior en «The Subtle Vices of the Passive Virtues — A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review», en *Columbia Law Review*,

En relación con el *certiorari*, se discute el posible deslizamiento desde la discrecionalidad a la arbitrariedad o, por utilizar un vocablo menos duro, a la aleatoriedad. El Tribunal Supremo no se ha disciplinado y, más bien, ha impedido que los criterios para la admisión de casos a revisión concidieran con el paso del tiempo causas ciertas y reconocibles de inadmisión (o de admisión, que sería más fácil). Si la apariencia no engaña, el Tribunal pretende a todo trance que el *certiorari* conserve el carácter de prerrogativa y que la petición de *writ of certiorari* siga siendo materia graciable. Así fue en origen y, en este sentido, la pretensión cuenta con legitimidad histórica, la del *common law*. Pero las necesidades de los nuevos tiempos, que han favorecido el reciclaje y reinención de la institución, pugnan también por la revisión de su fundamento (13).

II. LA POSICION DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL SISTEMA JUDICIAL AMERICANO

La red de juzgados y tribunales de los Estados Unidos, en correspondencia con la estructura federal de la nación, resulta de la superposición de dos esferas judiciales: estatal y federal. Cada uno de los cincuenta gobiernos estatales, al igual que el gobierno federal, crea y ejecuta su propio derecho. Cada estado, según las previsiones de su Constitución, organiza su sistema de tribunales autóctonos, y éstos, con la debida presencia del Derecho federal, aplican e interpretan la Constitución estatal y el Derecho que en ella se funda. Los sistemas judiciales estatales son cuerpos separados entre sí y respecto de los jueces y tribunales que integran el sistema federal (14). El único punto de convergencia en el entramado judicial es el Tribunal Supremo de los Estados

vol. 64 (1964), págs. 1-25. Pero, de nuevo, la discusión no se circunscribía al ejercicio discrecional de la jurisdicción mediante el *certiorari* (que al fin y al cabo tiene apoyatura legal), sino que se centraba en los mecanismos que el Tribunal ha desarrollado para «no pronunciarse», en especial, cuando una cuestión de interpretación constitucional controvertida está de por medio.

(13) Sobre la legitimidad y justificación del ejercicio discrecional de la jurisdicción, para todos los tribunales y no sólo respecto del Tribunal Supremo, DAVID I. SHAPIRO: «Jurisdiction and Discretion», en *New York University Law Review*, vol. 60 (1985), págs. 543-589. En otro sentido, para el Tribunal Supremo, el estudio ya citado de ESTREICHER y SEXTON: «A Managerial Theory of the Supreme Court's Responsibilities...».

(14) Lo que no descarta algún solapamiento en la jurisdicción de primera instancia estatal y federal en determinadas materias.

Unidos, con autoridad irresistible para todos los tribunales —sean éstos federales o estatales y de todas las instancias— en todas aquellas cuestiones que se planteen en relación con la aplicación o interpretación de la Constitución, las leyes y los tratados de los Estados Unidos. La autoridad del Tribunal Supremo se detiene allí donde no llega el Derecho federal.

El sistema judicial federal, descrito a grandes rasgos, está organizado en forma piramidal: un primer nivel de tribunales que conocen en primera instancia (*district courts*), un segundo nivel de tribunales que actúan, exclusivamente, como instancia de apelación (*circuit courts of appeals*) y, en la cúspide, el Tribunal Supremo (*Supreme Court*), que, aunque es esencialmente instancia última de revisión, posee también una pequeña parcela de jurisdicción original —directamente atribuida por la Constitución— en única instancia, aunque parte de ella la ha cedido a otros tribunales y, por tanto, se configura como jurisdicción concurrente y no exclusiva (15).

El Tribunal Supremo desarrolla su tarea de árbitro final en cuestiones de interpretación constitucional, y también legal, fundamentalmente a través de su jurisdicción de apelación. Una vez adoptadas, sus decisiones proveen de una interpretación autorizada y uniforme al resto de los tribunales del país, de acuerdo con la tradición de adherencia al precedente. Aunque, como hemos señalado, el artículo III de la Constitución se refiere en primer término a su jurisdicción original o de única instancia, lo cierto es que la escasez y la especialidad de los supuestos incluidos en ella la convierten en irrelevante respecto de lo que es el volumen de trabajo del Tribunal (16). Las vías principales de

(15) Esta es una descripción muy esquemática y, por tanto, no del todo exacta del sistema de tribunales del nivel federal. Nos referimos únicamente a los llamados «tribunales federales constitucionales», es decir, aquellos cuya existencia se deriva del desarrollo legal del artículo III de la Constitución. Existen, además, una serie de tribunales especiales que quedan fuera de las tres grandes categorías indicadas y son denominados «tribunales federales legislativos». Su existencia no se hace derivar del artículo III de la Constitución relativo al poder judicial de la Federación, sino del artículo I, sección 8.^a, cláusula 9.^a en conexión con la cláusula 18, la famosa cláusula de atribución de poderes implícitos. El *status* de estos tribunales y sus jueces no es el mismo que el de los jueces federales «constitucionales». En 1950, el Congreso modificó el *status* de algunos de estos tribunales que pasaron a ser «tribunales constitucionales especiales».

Una descripción clara y eficaz de la organización judicial en los Estados Unidos, en HENRY J. ABRAHAM: *The Judicial Process*, 6.^a ed., Oxford University Press, New York-Oxford, 1993, págs. 137 y sigs.

(16) Por ejemplo, de acuerdo con las estadísticas sobre actividad del Tribunal, en el pasado año éste decidió un solo caso de su *original docket* y dejó pendientes once. Desde 1789, el Tribunal ha resuelto por sentencia 165 casos en ejercicio de esta jurisdicción (según indica H. J. ABRAHAM: *op. cit.*, pág. 171).

acceso a su jurisdicción de apelación son tres, transitables mediante los *writs of certification, of appeal* y *certiorari* (17). De estas vías sólo las dos últimas están propiamente dirigidas a provocar una revisión del caso, puesto que, en principio, el procedimiento de *certification* está pensado para la eventualidad de que un tribunal federal de apelación efectúe una consulta relativa a una cuestión de derecho que se le plantea respecto del caso que está resolviendo y acerca de la cual desea recibir instrucciones para la mejor o más adecuada solución del mismo (18). El Tribunal Supremo, a la vista del caso puede requerir de oficio el envío de las actuaciones desde el tribunal inferior para considerar y decidir el litigio en su totalidad. Pero aparte de esta posibilidad —que convierte el supuesto en uno de revisión en apelación en toda regla—, este procedimiento está pensado para ser dispuesto con celeridad, limitadamente a la cuestión de derecho suscitada y, quizá por esa razón, es raramente utilizado (19). Por otra parte, el Tribunal siempre ha considerado que no está obligado a responder a estas consultas, de forma que su intervención ante *certified questions* es también discrecional.

De las otras dos vías, *appeal* y *certiorari*, es esta última, sin duda, la que abre camino al grueso de la apelación. La diferencia esencial entre ambas radica en que el *writ of appeal* se concede como derecho, previsto por la ley, a las partes que han actuado en determinado tipo de procesos, en tanto que el *writ of certiorari* depende en cuanto a su concesión de la pura discreción del Tribunal. El Tribunal Supremo en el *appeal* ejerce una jurisdicción de apelación improporogable que fue, en origen, la forma habitual de acceso a la revisión en apelación (20). Sin embargo, el Congreso, atendiendo la demanda tanto de los miembros del Tribunal como de buena parte de los expertos, ha reducido progresivamente las ocasiones de la apelación «como derecho» (*appeal as of right*), al tiempo que extendía la vía del *certiorari*. La reforma legislativa operada en junio de 1988 ha supuesto la práctica derogación de las

(17) Las peticiones de *writs* extraordinarios como el *writ of prohibition*, *writ of mandamus* o *writ of habeas corpus* se conceden raramente, sólo atendiendo a circunstancias excepcionales que justifican el ejercicio de los poderes discrecionales del Tribunal y siempre que se demuestre que el peticionario no podría conseguir adecuada satisfacción en ninguna otra instancia. Estas peticiones se tramitan de forma similar a las peticiones de *certiorari*. Véase la Rule 20 de las U.S. Supreme Court Rules.

(18) De acuerdo con la Regla 19.1 de las Reglas de procedimiento del Tribunal Supremo: «A United States court of appeals may certify to this Court a question or proposition of law concerning which it desires instruction for the proper decision of a case.»

(19) En cierto modo, esta facultad contradice la prohibición asumida por el Tribunal de emitir *advisory opinions*.

(20) Junto con el *writ of error*, ahora desaparecido, del que más adelante se hablará.

vías de *appeal* y su sustitución por un sistema basado casi exclusivamente en la apelación discrecional. La necesidad de tal reforma se había argumentado mucho tiempo antes y las razones para ella hay que buscarlas en el exceso de trabajo que amenaza constantemente con colapsar al Tribunal y la exigencia de que este órgano dedique sus recursos humanos y de tiempo a aquellos casos que se estiman de mayor importancia y trascendencia a los fines de la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho, de la solución de posibles conflictos entre la jurisprudencia de tribunales de distintos órdenes o en ejercicio de su poder de supervisión de la actividad de los tribunales federales (21).

III. ORIGEN Y EVOLUCION DEL «WRIT OF CERTIORARI»

El *writ of certiorari*, como tantas otras instituciones del derecho americano, forma parte de la herencia del *common law* inglés. Una vez trasplantada en suelo colonial, experimentó una evolución peculiar. El *certiorari* al que normalmente se alude, la jurisdicción discrecional que permite al Tribunal Supremo controlar el acceso a la apelación de los casos que le llegan, es denominado en términos técnicos *statutory writ of certiorari*, esto es, *certiorari* de base legal, para diferenciarlo del *common law writ of certiorari*, una figura aún presente en el Derecho americano si bien de uso menos que excepcional, trasunto más o menos fiel del *writ of certiorari* originario y de la cual, en esta medida, derivó en cierto momento el *certiorari* de base legal.

No nos detendremos aquí en la génesis del *certiorari* en el Derecho inglés, aunque quizá no esté de más recordar que la apelación, tal y como hoy la

(21) En 1982, los nueve jueces del Tribunal Supremo suscribieron una carta que se envió a las Comisiones de Justicia (*Judiciary Committees*) del Senado y de la Cámara de Representantes, en la que ponían de relieve los problemas asociados a la apelación obligatoria: «The present mandatory jurisdiction provisions permit litigants to require cases to be decided by the Supreme Court of the United States without regard to the importance of the issues presented or their impact on the general public. Unfortunately, there is no correlation between the difficulty of the legal issues presented in a case and the importance of the issue to the general public. For this reason, the Court must often call for full briefing and oral argument in difficult issues which are of little significance. At present, the Court must devote a great deal of its limited time and resources on cases which do not, in Chief Justice Taft's words, "involve principles, the application of which are of wide public importance or governmental interest, and which should be authoritatively declared by the final court"» (recogido en las Actas de la sesión del Senado de 18-III-1988, 134 Cong. Rec. S 2606).

entendemos, tiene un desarrollo relativamente tardío en este Derecho. Significa esto que el antiguo *common law* careció durante mucho tiempo de apelación. Dos instituciones de origen altomedieval guardaban, no obstante, algún parecido con ella. Ambas permitían revisar la actuación de un tribunal invocando la justicia del rey: una de ellas consistía en la acusación de «juicio falso» (*false judgment*) dirigida contra un tribunal o un jurado; la otra, abría la posibilidad de revisar la causa con el fin de comprobar si se había procedido en error. En este último caso el tribunal del rey actuaba una vez instado *writ of error* o *writ of certiorari* (*writ of certis de causis*). El *certiorari*, en definitiva, era una técnica de supervisión de los procedimientos seguidos en los tribunales inferiores y, de forma similar a como sucedía con la *advocatio* continental, permitía al tribunal superior avocar para sí el conocimiento de las causas en que presuntamente se hubiera producido alguna grave irregularidad. Con todo, y conviene poner en ello el acento, el *certiorari* no era una apelación. Mediante su concesión el tribunal del rey podía anular la actuación del inferior, pero no sustituir la sentencia incorrecta. Podía, eso sí, acompañar a su decisión del mandamiento de juzgar y sentenciar de nuevo o de la prohibición de continuar el proceso. Se trató siempre de un recurso discrecional, y si con él se remediaban situaciones de exceso o defecto de jurisdicción, error de derecho manifiesto o vulneración de la «justicia natural», la finalidad principal no era tanto la corrección del juicio como el control del ejercicio de la jurisdicción por órganos inferiores, como ya hemos señalado, un instrumento de supervisión. El *certiorari* era uno más de los *writs* de prerrogativa, como lo eran también el de *mandamus* o el de *prohibition*, manifestación del poder del rey sobre sus agentes y de la concepción devolutiva de la jurisdicción (22).

El establecimiento de las colonias inglesas en Norteamérica conllevó el traslado del Derecho inglés al Nuevo Mundo. Pero este cambio de escenario no tuvo lugar sin que se produjera una importante mutación: el *common law* inglés en tierra colonial, alejado del sistema que le daba vida y hacía de él un derecho dinámico en constante transformación, quedó «congelado» en el momento de la recepción. Los colonos, después americanos, se refieren al *common law* inglés como un Derecho distinto y separado del Derecho que se legisla o de las decisiones judiciales del momento, tanto en Inglaterra como en América. El *common law* inglés a sus ojos es el Derecho inmemorial, más aso-

(22) Sobre el *certiorari* en el antiguo *common law* inglés y su evolución, puede verse R. C. VAN CAENEGEM: *Judges, Legislators & Professors*, Cambridge University Press, 1993, págs. 4-6; C. K. ALLEN: *Las fuentes del Derecho inglés*, I.E.P., Madrid, 1969, págs. 826-832.

ciado con la noción de justicia natural que con la creación consciente de reglas. A partir de este Derecho «revelado» e inmutable, tiene lugar una evolución particular que desembocará en la formación de un *common law* —éste sí, dinámico— propiamente americano. Con la independencia, las colonias se liberan de la regla inglesa, pero no se desprenden del *common law* de referencia. El sistema judicial norteamericano, más primitivo, era mucho más simple que el inglés, entre otras razones porque había evitado el arraigo de la complicada maraña de tribunales especiales. Sin embargo, no fue capaz de sustraerse a la diversidad de procedimientos. Los tribunales eran simples, pero el Derecho era complicado: para resolver un caso el juez debía o podía atender al *common law* tradicional, al Derecho legislado, a la práctica colonial, a la jurisprudencia autóctona o a la de los antiguos tribunales de Westminster (23). Sin preguntarse demasiado acerca de su origen o fundamento, los americanos acogieron el sistema de *writs* de *common law* y de los recursos de equidad, que debían convivir ante los mismos tribunales con los recursos ordinarios establecidos por ley.

Con la Constitución federal de 1787, este panorama no experimentó de inmediato grandes cambios. Iba a producirse una transformación en el sistema de tribunales que, no obstante, sólo tiene lugar a partir de la *Judiciary Act* de 1789. Algunos de los antiguos procedimientos ingleses desaparecen por desuso, pero muchos otros se perpetúan y llegan hasta hoy. Es el caso del procedimiento con base en el *common law writ of certiorari*, donde es fácil trazar una línea de descendencia directa entre el siglo XVIII y nuestros días.

La *Judiciary Act* de 1789, que, como sabemos, es la que da forma al sistema judicial federal, además de establecer los tribunales de distrito y de circuito dotándolos de determinada jurisdicción en el marco de lo que el artículo III de la Constitución federal había delimitado como contenido máximo de la «jurisdicción federal», establecía, entre otras cosas, la organización, el sistema de recursos y la extensión de la jurisdicción en apelación del Tribunal Supremo. En su sección 14, conocida como «All Writs Section», la ley reconocía a los tribunales federales la autoridad para proceder con los *writs* de *common law* —entre éstos, el *writ of certiorari*— siempre que ello fuera preciso en apoyo de su jurisdicción (24).

(23) La descripción del escenario en que germina el *common law* genuinamente americano se encuentra en una historia bien contada: el clásico de ROSCOE POUND: *The Spirit of the Common Law*, Marshall Jones, Francetown-New Hampshire, 1921.

(24) Sec. 14 (*Judiciary Act* 1789): «And be it further enacted, That all the before-mentioned courts of the United States, shall have power to issue writs of scire facias, habeas corpus, and all other writs not specially provided for by statute, which may be necessary for the exercise of their respective jurisdictions, and agreeable to the principles and usages of law.»

La previsión de la sección 14 de la Ley de 1789 se recoge hoy prácticamente inalterada en la sección 1651 del *Judicial Code* (*Title 28, United States Code*) (25). Ciertamente, la actual ley de la jurisdicción «legaliza» de esta forma el *writ of certiorari*, que, sin embargo, se sigue considerando de *common law*. Las Reglas de Procedimiento del Tribunal Supremo (*Supreme Court Rules*) se refieren a los *writs* de *common law*, denominados aquí «extraordinary writs» en la Regla 20. Las Reglas del Tribunal no hacen un tratamiento separado del *certiorari* respecto de los otros *common law writs*, *mandamus* o *prohibition* (sí tiene un régimen peculiar el *writ* de *habeas corpus*) y, como se ha señalado, aunque están pensados para servir a distinto tipo de situaciones, lo cierto es que, en la práctica, se solapan (26). Con la petición del *extraordinary writ of certiorari* al Tribunal Supremo, el litigante persigue en realidad lo mismo que con el *certiorari* ordinario de base legal: que el Tribunal emita una orden dirigida al tribunal inferior para el traslado de las actuaciones y proceda a la revisión de la causa. Como sucede con los remedios de equidad, la solicitud de un *extraordinary writ* sólo encuentra sentido cuando quien ha sido parte en un proceso no puede acudir a otro tribunal o seguir la vía normal de apelación para hacer valer su pretensión. Dado que el *certiorari* de *common law* supone el ejercicio de un poder extraordinario por parte del Tribunal, a él corresponde decidir si se dan los presupuestos que justifican la petición. Su concesión es cuestión de pura discreción del Tribunal. De hecho, como advierten las Reglas, el ejercicio de este poder y las circunstancias que deben concurrir para ello son excepcionales (27).

(25) Compárese el contenido del § 1651 con el precepto transcrito en la nota anterior: «The Supreme Court and all courts established by Act of Congress may issue all writs necessary or appropriate in aid of their respective jurisdictions and agreeable to the usages and principles of law.»

(26) En general, sobre la jurisdicción del Tribunal Supremo en uso de los *writs* extraordinarios, véase STERN, GRESSMAN, SHAPIRO: *Supreme Court Practice*, 6.^a ed., E.N.A., Washington D.C., 1986, págs. 498-516.

(27) De acuerdo con el apartado 1 de la Regla 20: «The issuance by the Court of an extraordinary writ authorized by 28 U.S.C. § 1651(a) is not a matter of right, but of discretion sparingly exercised. To justify the granting of any writ under that provision, it must be shown that the writ will be in aid of the Court's appellate jurisdiction, that there are present exceptional circumstances warranting the exercise of the Court's discretionary powers, and that adequate relief cannot be obtained in any other form or from any other court.» Aunque ha sido materia de controversia entre la doctrina (puede verse en BATOR, MELTZER, MISHKIN, SHAPIRO: *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System*, 3.^a ed., Foundation Press, Nueva York, 1988, págs. 347-357), desde *Marbury v. Madison* (1803) se admite que los *writs* extraordinarios sólo operan en el ámbito de la jurisdicción de apelación del Tribunal. Como se recordará, en *Marbury* el Tribunal declaró inconstitucional la sec. 13 de la *Judiciary Act* de 1789 en cuanto atribuía al Tribunal potestad originaria para emitir *mandamus*.

Lo dicho sirve para explicar la presencia del *common law writ of certiorari* en el Derecho americano. Resta por examinar lo que es nuestro asunto: en qué momento nace otra «especie» del *certiorari*, por qué razón y en qué forma evoluciona en el seno de la jurisdicción del Tribunal Supremo. Este *certiorari* pasó de ser un recurso excepcional a uno alternativo a la apelación, que más tarde se superpone a ella, sustituyéndola, para convertirse hoy, virtualmente, en la única vía de acceso a la jurisdicción revisora del Tribunal Supremo. La referencia al *writ de common law* es precisa no sólo porque es necesario no confundir ambas formas de *certiorari*, sino porque el mero dato de su presencia constante en la historia del Derecho americano ha servido por sí solo para justificar la autoridad de un tribunal superior para decidir, según su discreción, revisar la actuación de otro inferior con el fin de comprobar que la jurisdicción se ejerce correctamente o reparar el perjuicio o la injusticia derivados de su arbitraria administración. Diferente fundamento tiene la apelación, que se concibe siempre como derecho del recurrente y que, correctamente interpuesta, obliga al tribunal a una decisión sobre el fondo; en todo caso, al ejercicio de una jurisdicción improrrogable. Por último, la mención al *writ de common law* tenía interés porque es dudoso que quienes son considerados artífices del *statutory writ* fueran conscientes de ello. Como vamos a ver a continuación, el legislador de 1891 probablemente sólo pretendía acoger en la ley el *writ de common law*.

Una ley de 1891 contiene la primera referencia a lo que se convertirá en *statutory certiorari*. La *Circuit Courts of Appeals Act* de 1891 introdujo un cambio trascendental en la estructura del sistema judicial federal al establecer por vez primera una serie de tribunales permanentes de apelación intermedia: los tribunales de apelación del circuito. Al tiempo que ordenaba en pirámide los tribunales, la nueva ley modificó de forma importante el sistema de recursos en la jurisdicción federal. Extendió la jurisdicción de apelación del Tribunal Supremo, a la que se podía acceder mediante *appeal* o *writ of error* directamente, desde los tribunales de primera instancia (tribunales de distrito y los viejos tribunales de circuito), en un buen número de materias. Para el resto, la apelación era posible, también por *appeal* o *writ of error*, ante los nuevos tribunales de apelación del circuito (28). En ciertos asuntos, las sentencias dictadas por estos tribunales de apelación eran definitivas y ponían fin a la vía judi-

(28) El acceso a la apelación mediante *writ of error* facultaba al Tribunal superior para revisar las cuestiones de Derecho decididas por el inferior. Su origen se encuentra en el *common law* y es muy similar al del *certiorari*. El *appeal*, por el contrario, con origen en el *civil law*, permite la revisión de la causa como si de un nuevo juicio se tratara, con atención a los hechos y al derecho del caso. El proceso de *writ of error* desaparece en 1928 subsumido en el de *appeal*.

cial. A estos tribunales se les reconocía, como novedad, la posibilidad de plantear al Tribunal Supremo cuestiones de derecho acerca de las cuales solicitaran «instrucción» para resolver adecuadamente los litigios que debían decidir (29). Finalmente, esta ley contenía una previsión conforme a la cual, en aquellas materias en las que la sentencia del tribunal de apelación fuera inapelable, el Tribunal Supremo podría «by certiorari or otherwise» requerir al tribunal de circuito el traslado de la causa para revisarla y decidirla del mismo modo que en los casos que le llegaban mediante *writ of error* o *appeal*.

No son abundantes las referencias al *certiorari* en los trabajos de elaboración de la ley de 1891. Pero de la defensa de su propuesta por el senador Evarts parece desprenderse, en primer lugar, que la vía del *certiorari* era considerada excepcional, y en segundo lugar, que estaba pensada para la eventualidad de conflictos entre decisiones de los tribunales de circuito en aquellas materias en las que la ley les atribuía la última palabra (30).

En los años siguientes, las intervenciones legislativas en la jurisdicción de apelación del Tribunal Supremo se dirigieron invariablemente a abrir paso hacia su jurisdicción obligatoria a nuevos tipos de litigantes. El Tribunal veía crecer su depósito de casos pendientes sin que sus recursos de tiempo y personal variaran (31). Los tribunales federales en su conjunto, y no sólo el Tribu-

(29) Es este el procedimiento de *certification*, al que ya hemos hecho referencia y que hoy regula la Regla 19 de las Supreme Court Rules.

(30) «There should be something besides a mere judgment within these courts as to what ought to be reviewed in the interest of jurisprudence and uniformity of decision, and that is that the Supreme Court shall have a right in any of these cases that are thus made final, by certiorari to take up to itself for final determination this or that case, and in that way the scheme of the committee does firmly and peremptorily make a finality on such subjects as we think in their nature admit of finality, and at the same time leaves flexibility, elasticity, and openness for supervision by the Supreme Court» (defensa de la ley por su ponente, Evarts. Citado por PETER LINZER: «The Meaning of Certiorari Denials», en *Columbia Law Review*, vol. 79 [1979], pág. 1235). El *certiorari* estaba pensado como instrumento de supervisión, una válvula de seguridad del sistema que se añadía a la cautela de la *certification*. La novedad principal respecto del *certiorari* de *common law* es que este *writ* que ahora se introduce no se ejercitaría en «apoyo» de la jurisdicción conferida al Tribunal, sino que su previsión, en sí misma, comportaba una atribución de jurisdicción, si bien no de ejercicio obligatorio.

(31) La Constitución no fija el número de jueces que integran el Tribunal Supremo, pero siempre se ha tratado de un colegio reducido. Con distintas justificaciones, más o menos confesables —tégase en cuenta que el número de jueces lo fija el Congreso, pero el nombramiento corresponde al Presidente—, el Congreso ha variado el número de integrantes en seis ocasiones a lo largo de la historia: en la *Judiciary Act* de 1789 se fijó en seis, en 1801 cambió a cinco, en 1807 aumentó a siete, nueve en 1837, diez en 1863 y, de nuevo, siete en 1865. El último cambio tuvo lugar en 1869, cuando se fijó en nueve el número de jueces, composición que se mantiene hasta hoy, tras el conato de «Court Packing Plan» proyectado por Roosevelt durante la crisis que enfrentó al Tribunal Supremo con el Ejecutivo a causa de las medidas legislativas del New Deal.

nal Supremo, comenzaban a verse inundados de demandas. Ello no se debía a un inexplicable aumento de la litigiosidad, sino que se trataba del fruto tardío de la reforma de 1875. En efecto, la *Judiciary Act* de 1875 alargó la jurisdicción de los tribunales federales hasta el máximo constitucional haciendo eficaz la hasta entonces aletargada cláusula de atribución genérica de jurisdicción contenida en el artículo III de la Constitución: a los tribunales federales corresponde conocer de todas las «cuestiones de Derecho federal» (*federal question jurisdiction*). La única barrera, no muy difícil de franquear, era la de la cuantía de la controversia. Con ello se cumplía la vieja aspiración de los federalistas y la jurisdicción federal se convertía, finalmente, en la vía principal para la reivindicación de cualquier derecho con fundamento en la Constitución, las leyes o los tratados de los Estados Unidos. Pero al mismo tiempo fue el disparo de salida hacia los tribunales federales de un tipo de litigación que antes se repartía entre las jurisdicciones estatales, originando una crisis por sobrecarga de trabajo que se iba a revelar crónica. La reforma de 1891, a la que antes nos hemos referido, fue el primer —y se puede decir único— intento de dar una solución al problema de saturación de los juzgados incidiendo en la estructura judicial. La aparición de un nivel intermedio de apelación con nuevos jueces no impidió, sin embargo, que se mantuviera la segunda instancia de apelación en el Tribunal Supremo (32).

¿Cómo contener la avalancha de casos en ruta hacia el Tribunal Supremo? El Congreso hablaba por dos bocas a la hora de enfrentarse con el problema sin que durante mucho tiempo hubiera acuerdo. El Senado estimaba que la solución pasaba por dotar al Tribunal del poder de confeccionar su propia agenda y ejercer selectivamente su jurisdicción. La Cámara de Representantes, por el contrario, abogaba por establecer o aumentar, según los casos, las restricciones al acceso a la jurisdicción (33). En todo caso, parece evidente que el legislador, salvo episodios anómalos (34), no ha considerado la posibilidad de recortar la jurisdicción de apelación del Tribunal Supremo. Más bien, al contrario, la ha dispuesto de forma tal que, potencialmente, cualquier caso que

(32) La historia del sistema judicial federal en el período que abarca desde la Guerra Civil hasta la Ley de 1891, en F. FRANKFURTER: «The Business of the Supreme Court of the U.S.» (II), en *Harvard Law Review*, vol. 39, págs. 35-81.

(33) *Hart and Wechsler's, The Federal Courts...*, cit., págs. 38-39.

(34) El más relevante y citado tuvo lugar cuando, en 1868, el Congreso desposeyó al Tribunal de su competencia para revisar en apelación los casos de *habeas corpus*, precisamente, cuando estaba decidiendo uno de ellos, *Ex parte McCordle*, que fue desestimado por falta de jurisdicción sobrevenida. Recordemos que el artículo III de la Constitución atribuye al Congreso el poder de establecer excepciones a la jurisdicción de apelación del Tribunal.

plantee una cuestión de Derecho federal relevante, ya proceda de la jurisdicción estatal o de la federal, pueda alcanzar esta última instancia. A partir de 1891, con la introducción del *statutory certiorari*, se inaugura tímidamente la tendencia que encuentra confirmación en la *Judges' Bill* de 1925 y culmina con la reforma de 1988: reducir la jurisdicción de apelación obligatoria, eliminar la segunda instancia de apelación obligatoria (*double review as of right*) y aumentar en consecuencia los supuestos de apelación discrecional mediante el *certiorari*.

La Ley de 13 de febrero de 1925 es conocida como *Judges' Bill* porque fue producto de un borrador elaborado y defendido ante el Congreso por una comisión de jueces del Tribunal Supremo. Con ella se sientan definitivamente las bases para el ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo mediante el *certiorari*. Con anterioridad a su promulgación, dos modificaciones legislativas, en 1914 y en 1916, habían recurrido de nuevo al *certiorari*. La Ley de 1914 permitió la revisión por el Tribunal Supremo, vía *certiorari*, de aquellas decisiones de los tribunales superiores estatales en las que se decidieran cuestiones de Derecho federal y respecto de las cuales no estaba prevista posibilidad de apelación mediante *writ of error* al Tribunal Supremo. Por su parte, la Ley de 1916 (*Webbs Act*) extendió las ocasiones en que la decisión del Tribunal de Apelación del circuito era definitiva, dejando a salvo la posibilidad, en estos casos, de recurrir al *certiorari*. Tanto este supuesto como el anterior de la Ley de 1914 se correspondían con la idea del *certiorari* como válvula de seguridad del sistema, como remedio extraordinario a través del cual el Tribunal ejercería un poder de supervisión. Pero la Ley de 1916 introdujo una ulterior modificación en el sistema de recursos que permitía llevar ante el Tribunal Supremo cuestiones decididas por los tribunales superiores de los estados. Esta vez no se trataba de ampliar los supuestos, sino de sustraer parte de los casos a la jurisdicción obligatoria y remitirlos al cauce del *certiorari*. Por primera vez, una serie de materias de indiscutible interés nacional quedaban sujetas a la discreción del Tribunal. La *Judges' Bill* de 1925 se encargó de transformar la excepción en regla. Aunque alguna vez se levantó en el Congreso clamando contra la conversión de asunto tan grave como la reivindicación de derechos constitucionales en materia graciable por parte del Tribunal, no encontró eco. Y ya no hubo vuelta atrás (35).

En 1928 se eliminó el *writ of error*, que fue absorbido por el *appeal*. De esta forma, la jurisdicción de apelación improrrogable del Tribunal Supremo quedó

(35) Los antecedentes e historia legislativa de la *Judges' Bill* de 1925, en FRANKFURTER y LANDIS: «The Business of the Supreme Court of the U.S.» (VII), en *Harvard Law Review*, vol. 40, págs. 834-873, que es además un comentario contemporáneo a la ley.

limitada a los casos, en adelante cada vez menos, en que específicamente se contemplara la posibilidad de interponer *appeal*. La dispersión de las cuestiones de la jurisdicción en distintas leyes hizo precisa la revisión y recodificación del *Judicial Code* en 1948, que pasó a integrarse en el título 28 del *United States Code*. Esta revisión fue fundamentalmente técnica y no alteró en sustancia lo relativo a la jurisdicción de apelación del Tribunal Supremo.

Con la técnica del *certiorari* no se ha impedido el acceso a la jurisdicción del Tribunal, sino que se han puesto los medios para que éste pueda disponer con celeridad un gran número de litigios sin entrar en el fondo y de concentrar su esfuerzo en aquellos casos considerados, por distintas razones, de especial trascendencia. Sin duda, el *certiorari* ha sido el remedio durante algún tiempo a la sobrecarga de trabajo del Tribunal. No obstante, en los últimos años se ha demostrado insuficiente por sí solo. El volumen de casos pendientes ante el Tribunal experimentó un crecimiento en vertical en los años cincuenta. Los autores coinciden en identificar las razones que lo provocaron, aunque polemizan en cuanto a cuál fue el factor que tuvo mayor peso. En estos años, el Tribunal se encuentra con un enorme volumen de litigación, sin precedentes, en materia de «derechos civiles». De esta litigación sobresale, por su reiteración, la relativa a garantías constitucionales de los procesados y, más en concreto, aquella que afecta a detenidos o prisioneros indigentes, que sigue el procedimiento *in forma pauperis* en su variedad penal. Además de esta modalidad, el incremento de los asuntos relacionados con «derechos civiles» obedece a la nueva legislación del «Estado interventor»: leyes que afectan no sólo a los derechos civiles en sentido clásico, sino también sobre consumo, medio ambiente, pensiones, sanidad, asistencia social, etc., surtieron de nueva materia litigiosa a los tribunales, en demandas que convergían en apelación ante el Tribunal Supremo. Por último, no cabe olvidar que ésta es la época de la revolución emprendida por el Tribunal Warren, período en que se produjo un cambio de doctrina constitucional, en algunos casos espectacular, en materia de garantías en los procesos criminales y derechos civiles. El «activismo» del Tribunal alentó sin duda a los potenciales demandantes (36).

En vista del aumento de la carga de trabajo del Tribunal se vuelve a insistir en la necesidad de eliminar las últimas resistencias a la apelación discrecional, suprimir, por tanto, la vía del *appeal* y hacer del *certiorari* la única forma de acceso a su jurisdicción. El legislador, renuente a dar este último paso de una vez por todas, ha ido eliminando paulatinamente las ocasiones de *ap-*

(36) Sobre las causas de la explosión de la litigación federal, RICHARD A. POSNER: *The Federal Courts. Crisis and Reform*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-Londres, 1985, en particular, págs. 59-93.

peal. Pero en la situación actual éste ya no es el remedio al atasco de los asuntos ante el Tribunal que, si bien ya no tiene hipotecado parte de su tiempo por los casos que necesariamente debe discutir en *appeal*, debe dedicar cada vez más esfuerzo al proceso de filtración de los que le llegan en *certiorari*.

Esta situación ha forzado una modificación en la forma de proceder con el *certiorari*. Son muchos los casos en que, una vez concedido el *certiorari*, el Tribunal no resuelve mediante sentencia argumentada, sino mediante *memorandum per curiam* en *summary disposition*. Esta práctica ha despertado fuertes críticas no sólo en la doctrina, sino también entre la judicatura y algunos miembros del propio Tribunal (37). De hecho, obliga a replantearse el fundamento del *certiorari* y de la llamada «*certiorari policy*». De nuevo vuelve a sugerirse la necesidad de una reforma estructural del sistema de tribunales, ya que no sirve con actuar sobre la disposición de los recursos. Desde los años setenta se discute la oportunidad de crear una nueva instancia de apelación, un tribunal de apelación de ámbito nacional (*national court of appeals*), que además de convertirse en instancia ulterior de apelación intermedia realizaría el trabajo de filtración en el *certiorari* remitiendo al Tribunal Supremo los casos que revisten auténtico interés. Sobre su concreto funcionamiento, las propuestas varían (38). Lo que parece claro es que este proyecto no cuenta con el entusiasmo del Tribunal, que no ve con buenos ojos una intervención ajena en su poder de «confección de la agenda», de selección de las materias que *quiere* decidir. Pero, puesto que el problema apremia, desde el propio Tribunal se han planeado otras estrategias. En primer lugar, sus jueces han reiterado la necesidad de suprimir los *appeal* subsistentes; en segundo lugar, se han producido ciertas transformaciones —y no serán las últimas— en la forma de tramitar los asuntos y en la mecánica interna de adopción de decisiones, con el fin de agilizar los procesos (39).

El más reciente cambio acontecido en relación con el *certiorari* ha sido la modificación legislativa operada por la Ley de 27 de junio de 1988. De resultas de ella ha sido eliminada toda posibilidad de *appeal* desde los tribunales estatales y en la actualidad sólo es posible practicar esta vía en los casos espe-

(37) Los argumentos en contra de la normalización de esta práctica siguen siendo en esencia los recogidos en NOTE: «Supreme Court Per Curiam Practice: A Critique», en *Harvard Law Review*, vol. 69 (1956), págs. 707-725. Véase STERN, GRESSMAN, SHAPIRO: *Supreme Court Practice*, cit., págs. 280-287.

(38) Al respecto, véanse las referencias indicadas *supra* en nota 10.

(39) Así, el Justice JOHN P. STEVENS: «The Life Span of a Judge-Made Rule», en *New York University Law Review*, vol. 58 (1983), págs. 1-21, en relación con la pervivencia de la *rule of four*, de la que más adelante se hablará, para la concesión del *certiorari*.

ciales, previstos por ley, o decididos por un tribunal colegiado *ad hoc*, la *three-judge district court*. Esta reforma, como veremos a continuación, ha sido seguida de la modificación de las Supreme Court Rules.

No será la última, y parece llegado el momento de repensar la arquitectura judicial. Como señaló F. Frankfurter, «Framers of judiciary acts are not required to be seers; and great judiciary acts, unlike great poems, are not written for all time» (40).

IV. LA REGULACION ACTUAL Y EL PROCEDIMIENTO PARA EL ACCESO A LA APELACIÓN MEDIANTE EL «CERTIORARI»

A) *La regulación*

La jurisdicción que, de acuerdo con la ley, corresponde al Tribunal Supremo está regulada con carácter general en el capítulo 81 del *Judicial Code* (28 U.S.C.), secciones 1251 a 1259, y es desarrollada por las Reglas del Tribunal (Supreme Court Rules).

Tras la reforma legislativa de 27 de junio de 1988, el acceso a la jurisdicción de apelación del Tribunal Supremo mediante *writ of certiorari* queda configurada como sigue:

a) Desde el tribunal de última instancia estatal que tenga jurisdicción, de acuerdo con la ley, en el caso particular (normalmente, pero no siempre, la *highest court of a state*, que habitualmente, pero no siempre, es el tribunal supremo estatal), en casos en que está puesta en cuestión la validez de un tratado o de una ley federal, o cuando la validez de la ley de un estado es cuestionada sobre la base de ser incompatible con la Constitución, tratados o las leyes de los Estados Unidos, o cuando un título, derecho, privilegio o inmunidad es precisamente invocado o reivindicado de conformidad con la Constitución o los tratados o las leyes de los Estados Unidos (o cualquier actuación o autoridad ejercida a su amparo) (§ 1257).

b) Desde los tribunales de (circuito) apelación y, en todos los casos pertinentes, desde otros tribunales inferiores de los Estados Unidos, tales como tribunales legislativos, a petición de cualquiera de las partes enfrentadas en un pleito civil o en un caso criminal antes o después de recaída la sentencia (*judgment or decree*) (§ 1254).

(40) De «The Business of the Supreme Court of the U.S.» (III), en *Harvard Law Review*, vol. 39, pág. 329.

Las secciones 1258 y 1259 se refieren a *certiorari* respecto de sentencias del Tribunal Supremo de Puerto Rico y del Tribunal Militar de Apelaciones.

Por su parte, las Supreme Court Rules se refieren a este procedimiento en las Reglas 10 a 16. Como ya se indicó, la reforma legislativa de 1988 forzó su modificación, que tuvo lugar el 5 de diciembre de 1989 y entró en vigor en enero de 1990 (41). Si bien la revisión era en cierto punto obligada tras la práctica supresión de la jurisdicción obligatoria en apelación del Tribunal, ha servido también para simplificar la redacción de algunos preceptos, eliminar inexactitudes e introducir mejoras técnicas. El Tribunal, de hecho, aprovechó esta ocasión para reescribir sus reglas de procedimiento más allá de los cambios a que estrictamente obligaba la reforma legislativa. Con todo, la novedad más importante que introducen es la subordinación de las apelaciones a los casos de *certiorari*, que ocupan ahora el lugar preferente (42).

Este es el marco legal del *certiorari*. Sin embargo, el desarrollo de este procedimiento está afectado además por otras normas. Estas, no escritas ni publicadas oficialmente, han sido adoptadas por convención por el propio Tribunal y de ellas se tiene noticia de cuando en cuando a través de los testimonios de sus jueces, que con ello pretenden ilustrar sobre el procedimiento interno del Tribunal, bien sea para demostrar que no es arbitrario, bien, por el contrario, para criticar determinadas prácticas. El Tribunal tiene una bien merecida reputación de órgano que opera en clausura, hurtando su mecánica interna a la luz pública (43).

(41) Un comentario sobre el alcance de esta reforma en STERN, GRESSMAN, SHAPIRO: *Supreme Court Rules. The 1990 Revisions*, BNA, Washington D.C., 1990, págs. 1-18.

(42) En la redacción de 1980, las Supreme Court Rules dedicaban al procedimiento de *appeal* los números 10 a 16. Actualmente su regulación se contrae a la Regla 13, a continuación de las dedicadas al *certiorari*.

(43) La ética del secreto o la confidencialidad impide, por ejemplo, que antiguos letrados del Tribunal aporcen datos «no publicados» al elaborar un artículo científico sobre el funcionamiento del Tribunal (el caso de R. REVESZ y P. KARLAN, en el artículo que más adelante citaremos). Por ello, adquieren especial relieve las «autobiografías» del Tribunal, pues en circulación por sus jueces. Una aportación notable a este «género» ha sido, por ejemplo, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, de CHARLES EVANS HUGHES (ed. en español del F.C.E., México, 1971, trad. de R. Molina y V. Herrero). En la elaboración de estas páginas ha sido de especial ayuda el trabajo de H. W. PERRY *Deciding to Decide. Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-Londres, 1991, precisamente porque su principal fuente de información procede de una larga serie de entrevistas mantenidas por el autor con jueces y letrados del Tribunal, lo que le permitió sacar a la luz —manteniendo el anonimato de los entrevistados— detalles desconocidos y de gran interés acerca del funcionamiento interno del Tribunal.

B) *El procedimiento*

El procedimiento de *certiorari* se pone en marcha con la petición de *certiorari* (*petition for certiorari*) dirigida al Tribunal Supremo a instancia de cualquier persona que haya sido parte en un litigio ante un tribunal de apelación (44). Para la formulación de la petición no hay restricciones por razón de la materia objeto del litigio, la ciudadanía o carácter de las partes o la cuantía de la controversia, aunque será preciso que en el pleito estén presentes cuestiones de Derecho federal de entidad (45).

Es preciso hacer énfasis en el hecho de que la petición del *certiorari* no se interpreta como «derecho» (*right*) a apelar una decisión judicial adversa, sino como un «privilegio» (*privilege*) que permite a las partes solicitar del más alto tribunal de la nación la concesión del *writ of certiorari* (46). La parte que inicia el proceso recibe el nombre de «petitionario» o «demandante» (*petitioner, plaintiff*), y la otra, su oponente en el proceso previo, el de *respondent*. El Tribunal atenderá las alegaciones que puedan hacerse a favor y en contra de la concesión del *writ*.

De la misma forma que la petición no se configura como derecho de quien la cursa, la concesión del *writ of certiorari* no significa otra cosa más que la voluntad del Tribunal de revisar el caso sobre la base de la petición, sopesadas las razones en pro y en contra para ello. Por tanto, la concesión o denegación del *writ* no constituye un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia y, toda vez que depende de la discreción del Tribunal, no necesita ser motivada. Habitualmente, la resolución del Tribunal denegando la petición consiste en la escueta fórmula «*petition for certiorari denied*». En cuanto al efecto que la

(44) Nos referimos aquí en sentido genérico a «tribunales de apelación» (tribunales de segunda instancia), aunque, como se vio, de acuerdo con los §§ 1254, 1257, 1258 y 1259, hay alguna especialidad según se trate de tribunales federales o estatales, de la jurisdicción militar, etc.

(45) La ley reconoce a «cualquiera de las partes» la posibilidad de elevar la petición. En la apelación de derecho, la regla es que el litigante no tiene derecho a apelar una decisión a su favor, si bien hay alguna excepción. Tratándose del *certiorari*, aunque no existe restricción alguna en este sentido, la práctica ha sido no concederlo a instancia de la parte vencedora en el juicio ante el tribunal de apelación. Cabe mencionar un supuesto peculiar: en algunas de las escasas ocasiones en que el Tribunal Supremo concede el *certiorari* antes de recaída la sentencia en apelación, la petición ha resultado ser elevada por los Estados Unidos, vencedores en el litigio en la primera instancia. Sin duda lo que aquí se pretende es fijar con máxima autoridad y celeridad los criterios de actuación de los poderes públicos (CH. A. WRIGHT: *The Law of Federal Courts*, 4.ª ed., St. Paul (Minn.), West Publishing, 1983, pág. 733; STERN, GRESSMAN, SHAPIRO: *Supreme Court Practice*, cit., págs. 338-339).

(46) ABRAHAM: *The Judicial Process*, cit., pág. 175.

denegación o concesión tiene sobre el proceso *a quo*, en teoría, es ninguno. La denegación no es otra cosa que la negativa del Tribunal, por cualquier motivo, a entrar a revisar. El efecto es el mismo que si no se hubiera elevado la petición: el pronunciamiento del tribunal inferior permanece inalterado, pero no confirmado por la decisión del Tribunal Supremo. La concesión del *certiorari*, por su parte, tampoco prejuzga acerca del resultado final de la revisión en apelación, puesto que el Tribunal Supremo podrá concluir confirmando, revocando o anulando la sentencia del inferior o, incluso, desestimando si considera que la concesión del *writ* fue improcedente. El único efecto que la concesión tiene es procesal: el Tribunal ordena el traslado de la causa desde el inferior (47).

Ahora bien, como hemos indicado, esto es así «en teoría». El Tribunal Supremo ejerce su jurisdicción de apelación y desarrolla su función como intérprete autorizado del derecho federal e instancia uniformadora de la jurisprudencia con ocasión de la resolución del *certiorari*. El 90 por 100 del total de casos que le llegan lo hace por esta vía. El Tribunal acoge un 5 por 100 de las peticiones de *certiorari*. Como es evidente, el criterio de admisión, aunque discrecional, necesariamente guarda relación con el impacto y la importancia de la cuestión a decidir en revisión. Las estadísticas muestran de manera fehaciente que la mayoría de los *certiorari* concedidos culminan con la modificación en alguna forma de la decisión del tribunal inferior, lo que permite razonablemente aventurar que la concesión del *certiorari* tiene algo de pronunciamiento indiciario sobre el fondo del asunto. Por similar motivo cabe también atribuir algún efecto a la denegación del *certiorari*. La doctrina ortodoxa, como veremos, lo niega rotundamente, pero ello casa mal con la práctica común de emitir votos discrepantes acompañando a la decisión de denegar o con el efecto que los propios tribunales inferiores le atribuyen.

Continuemos con el procedimiento. Hemos hecho ya referencia a la parte que puede iniciarlo mediante la petición. El plazo de que dispone para hacerlo

(47) Un autorizado diccionario jurídico, el *Black's Law Dictionary*, define precisamente el *writ of certiorari* como «an order by the appellate court which is used by that court when it has discretion on whether or not to hear an appeal from a lower court. If the writ is denied, the court refuses to hear the appeal and, in effect, the judgment below stands unchanged. If the writ is granted, then it has the effect of ordering the lower court to certify the record and send it up to the higher court which has used its discretion to hear the appeal» [cito de la 6.^a ed., St. Paul (Minn.), West Publishing, 1990].

La concesión del *certiorari* no opera automáticamente la suspensión de la ejecución de la sentencia del inferior. Normalmente, ésta debe solicitarse antes y por separado de la petición de *certiorari*. (Sobre «applications for stay», véase STERN, GRESSMAN, SHAPIRO: *op. cit.* págs. 398 y 649 sigs.).

es de noventa días a partir de la fecha en que haya recaído el previo pronunciamiento judicial. Este plazo es ampliable por otros sesenta días como máximo, sólo cuando muy poderosas razones lo justifiquen y siempre que así lo haya estimado alguno de los jueces (R. 13). Aunque las Rules se refieren siempre e indistintamente a «sentencia» y «decisión» (*judgment, decision*), la petición puede plantearse respecto de una decisión interlocutoria (*interlocutory order*) sin necesidad de aguardar a la sentencia definitiva; normalmente esto jugará en contra de la concesión del *certiorari*, que, si es denegado en este momento, podrá volver a solicitarse una vez recaída sentencia sobre el asunto principal.

Cabe también que el *certiorari* se solicite antes de recaído pronunciamiento alguno del tribunal de apelación [R. 11 y § 2101(e) 28 U.S.C]. En este caso, el *writ* sólo será otorgado si se demuestra que la relevancia pública de la cuestión comprometida es tal que hace inadecuado seguir el proceso normal de la apelación y aconsejable el inmediato pronunciamiento del Tribunal. Esta posibilidad es admitida en raras ocasiones por el Tribunal y está siempre sujeta a crítica de sus jueces, que consideran que la ayuda que supone contar con una decisión judicial previa para el acierto en la decisión final del caso justifica casi siempre el retraso que implica el paso por otra instancia de apelación (48). No obstante, el hecho de que esta posibilidad esté abierta ha sido uno de los argumentos de mayor peso a la hora de insistir en la eliminación del *appeal* ante el Tribunal frente a decisiones de tribunales de distrito, puesto que este tipo de *certiorari*, si se concede, tiene el mismo efecto. La petición de *certiorari* previa a la sentencia en apelación obedece en otros casos a que, según le consta a la parte, un supuesto sustancialmente igual está pendiente de decisión por el Tribunal Supremo.

El contenido de la petición, el orden en que deben exponerse las cuestiones y su extensión está escrupulosamente regulado en las *Rules* (en particular, R. 14) (49). En primer lugar, el peticionario deberá indicar las cuestiones que solicita sean sometidas a revisión y a ellas limitará su consideración, en lo sucesivo, el Tribunal. El demandante, representado por abogado (*counsel*),

(48) El Tribunal habla de necesidad de *percolation*. Caso especial es el señalado de los juicios en que es parte el Estado.

(49) La manera de presentar ante el Tribunal cualquier escrito, salvo cuando se procede *in forma pauperis pro se*, está extremadamente formalizada. Buena parte de las Rules están dedicadas a la descripción del tamaño del papel, tipo de letra, espaciado interlineal, color de las cubiertas, número de páginas, etc. (y pocas editoriales dispondrán criterios tan rígidos y técnicos como los de la R. 33, «Printing Requirements»). A lo largo de las Reglas se reiteran las llamadas, a veces dramáticas, a la brevedad y concisión, dirigidas a recordar al abogado con dotes literarias u oratorias que el Tribunal carece de tiempo y de paciencia.

debe hacer un depósito de 300 dólares en el momento de registrar su petición (R. 38) (50).

Una vez se ha registrado la *petition for certiorari* se abre un plazo de treinta días para que el *respondent* deponga su *brief in opposition*, esto es, un escrito en el que exponga las razones por las cuales debe, en su opinión, denegarse el *certiorari* o se pongan de manifiesto los errores o inexactitudes en cuanto a los hechos o al derecho en que haya podido incurrir el demandante. El *respondent* puede renunciar a hacer uso del derecho a objetar la petición. Si presenta el *brief in opposition*, el demandante dispone de un nuevo plazo para efectuar su réplica mediante *reply brief*. A lo largo del procedimiento, cualquiera de las partes, mediante *supplemental briefs* puede dirigirse al Tribunal para poner en su conocimiento nuevos casos, legislación u otras cuestiones de interés de las que no se tuvo noticia en el momento de elaborar los escritos anteriores (R. 15) (51).

La petición de *certiorari*, como hemos visto, la puede presentar cualquiera de las partes que ha actuado en el proceso ante el tribunal inferior. Pueden presentarse peticiones conjuntas o varias peticiones separadas. Si distintos casos ante el mismo tribunal plantean las mismas cuestiones, es posible también acumular las peticiones (52). La adhesión a la petición por otra persona interesada no es posible una vez la petición se ha registrado.

A los efectos de la petición de *certiorari* se consideran partes del proceso ante el tribunal inferior no sólo quienes comparecieron como «apelante» y «apelado», sino también aquellos que participaron como *interveners* (53)

(50) Están exonerados de este pago previo aquellos que de acuerdo con el procedimiento *in forma pauperis* son declarados indigentes (R. 39) y los «veteranos, marinos y procesados en causas ante el tribunal militar de apelaciones» (R. 40).

(51) Las Reglas del Tribunal (R. 37) prevén también la presentación de «amicus curiae briefs» en apoyo de las partes y siempre que aporten nuevos argumentos para la decisión del Tribunal. En general, su influencia va a depender de la relevancia pública del firmante y, en muchas ocasiones, se han utilizado como medida de presión para forzar la decisión del Tribunal sobre el fondo del asunto. En su nueva redacción, las Reglas han impuesto más restricciones a su admisión y han recordado la función a que sirven: «An amicus curiae brief which brings relevant matter to the attention of the Court that has not already been brought to its attention by the parties is of considerable help to the Court. An amicus brief which does not serve this purpose simply burdens the staff and facilities of the Court and its filings are not favored» (R. 37.1).

(52) Todo depende de si la revisión que se solicita y los argumentos para ello son coincidentes. La acumulación no es posible en los supuestos en que la misma cuestión está presente en casos decididos por distintos tribunales (STERN...: *op. cit.*, págs. 352-353).

(53) La *intervention* (intervención adhesiva) permite a un tercero, no localizado entre las partes al inicio de la controversia, implicarse en el litigio una vez haya demostrado su legítimo interés en la controversia —que le dota del *status* de «*real party in interest*»— y con el fin de que

(intervenientes) en cualquiera de ambas posiciones. No son partes, sin embargo, aquellos que actuaron en apoyo de los argumentos de cualquiera de las partes mediante *amicus curiae* briefs. La razón en este caso estriba en su consideración procesal de *amici curiae*, «amigos del tribunal», aunque sea clara su intención de favorecer, mediante el escrito que incorporan a las actuaciones, a una u otra parte.

Antes de pasar a examinar la forma en que el Tribunal decide sobre la concesión o no del *writ* es preciso aún volver sobre el problema de la determinación de las «cuestiones a decidir» (*questions presented for review*).

El Tribunal, mediante el *certiorari*, abre paso al ejercicio de una jurisdicción plenaria que no se limita a las cuestiones de derecho discutidas en el proceso previo. Concedido el *certiorari*, el traslado de la causa para su revisión conlleva que el Tribunal puede, potencialmente, revisarlo todo (54). Dicho esto, hay que reconocer que la práctica del Tribunal revela que rara vez en este nivel de apelación entrará en consideraciones sobre los hechos y son excepcionales las ocasiones en que el Tribunal conoce por primera vez de cuestiones no decididas previamente en la instancia de apelación intermedia (55).

De conformidad con lo establecido en la Rule 14.1(a), el Tribunal limitará su revisión a las cuestiones que el peticionario desea precisamente someter a su juicio, y éstas deben estar claramente indicadas en la «petición» (56). Una vez presentada ésta, el actor no podrá añadir nuevas cuestiones ni variar las expuestas, salvo en supuestos excepcionales y siempre que lo admita el Tribunal. Asimismo, el *respondent* deberá atenerse a tales cuestiones y no puede llamar la atención sobre otras distintas con las que no guarden relación (57). Las *ques-*

tenga opción a preservar su derecho o hacer valer su reclamación. El Derecho procesal americano es extremadamente respetuoso del principio de audiencia. Las reglas de vinculación a la *res judicata* están fuertemente condicionadas por este principio.

(54) Con las limitaciones que impone la VII Enmienda, las propias de la revisión de sentencias estatales y, tratándose de la revisión de hechos, la práctica del *two court rule* (véase *infra*, pág. 128).

(55) En el caso de sentencias estatales, esto, por regla general, impide la revisión.

(56) R. 14.1(a) *in fine*: «Only the questions set forth in the petition, or fairly included therein, will be considered by the Court.»

(57) Las Reglas del Tribunal incorporan la posibilidad de que el *respondent* interponga, separadamente a la petición de *certiorari*, pero con causa en ella, una *cross-petition*, esto es, le permiten plantear reconvencción (R. 12.3). De esta forma, en el mismo proceso, el *respondent* puede hacer valer su pretensión en orden a alterar la decisión del inferior que, en principio, le favorece. Puede condicionarse a la estimación del *certiorari*, según la *petition* del demandante y el Tribunal también la admitirá según su discreción. La presentación de una *cross-petition*, en la que no nos detenemos más, complica notablemente el proceso, al convertir a las partes en «apelante apelado» y «apelado apelante».

tions presented for review en el escrito de petición de *writ of certiorari* fijan los contornos de la controversia. En atención al principio de congruencia, un tribunal resuelve, también en apelación, sobre lo que se le demanda.

Es evidente que la petición es el elemento central en todo el proceso de solicitud de *certiorari*. Aunque es tratada como documento único, en ella se contienen, en apartados separados, de acuerdo con el riguroso orden que impone la Rule 14, todos los datos que pueden ser de interés para que el Tribunal se considere bien informado. Como se verá, a pesar de que otros documentos entran en juego, es la petición la que predispone al Tribunal a aceptar o no la revisión del caso.

La finalidad inmediata de la petición es conseguir del Tribunal la concesión del *certiorari*, pero en ella deben contenerse ya las cuestiones que, una vez concedido el *certiorari*, serán revisadas en apelación. Por esta razón, no son coincidentes las «cuestiones presentadas para revisión» con las «razones por las que el *writ* debe ser concedido» y éstas deben ser expuestas en distinto apartado de la petición [R. 14.1(j)]. Al otorgar o denegar el *writ*, el Tribunal, en principio, se pronuncia sobre las «reasons for granting the writ» y decide si el caso es merecedor o no de su atención (*certworthiness*). Puesto que la concesión del *writ* es discrecional, el Tribunal puede apoyarse en las razones expuestas en la petición o en otras distintas y no está en modo alguno obligado a argumentar la concesión o denegación. El aumento de su depósito de casos en espera de decisión ha hecho que la concesión o denegación sea, simplemente, imprevisible y su discreción bordee la arbitrariedad, lo que ha levantado ácidas críticas y explica, en algunos casos, que la decisión de no otorgar el *writ* esté acompañada de votos discrepantes.

Si el Tribunal puede otorgar el *certiorari* por consideraciones distintas a las expuestas por quien lo demanda, ¿debe limitar la revisión a las cuestiones que éste le presenta? El Tribunal a menudo concede el *certiorari*, pero admite a revisión sólo parte de las cuestiones presentadas. La pregunta es si puede resolver sobre otras distintas. La respuesta es afirmativa. La limitación afecta a las partes, pero no al Tribunal, al fin y al cabo las Reglas son dispuestas por él y, como ha admitido, no restringen «our power to decide important questions not raised by the parties» (58). La discrecionalidad del Tribunal, por tanto, no se reduce a la concesión del *certiorari*, sino que se extiende a la determinación de las cuestiones que serán efectivamente decididas en apelación.

Una vez recibidos por el Tribunal el escrito formal de petición del *writ* y, en su caso, el *brief in opposition*, se distribuye copia de los mismos entre los

(58) Sobre la cuestión, STERN, GRESSMAN, SHAPIRO: *op. cit.*, págs. 364-365, donde se cita jurisprudencia en este sentido.

miembros del Tribunal. Sometidos a consideración éstos y los demás documentos que les acompañen (*reply brief, supplemental briefs, amicus curiae briefs*), el Tribunal emitirá su decisión al respecto: denegar o conceder el *writ*. La Rule 16 advierte que es posible mediante *summary disposition* decidir sobre el fondo del asunto y, por tanto, sin esperar al juicio plenario en apelación, decidir sobre la confirmación, revocación o anulación de la sentencia del tribunal inferior o bien proceder al reenvío de la causa al inferior para que éste reconsidere su decisión (aunque ésta no es propiamente, entonces, una decisión sobre el fondo) (59).

Frente a la decisión del Tribunal denegando el *certiorari*, no hay apelación posible, aunque cabe, en los veinticinco días siguientes a su anuncio, solicitar de éste su reconsideración mediante «petition for the rehearing» (R. 44.2). Quien lo solicita debe hacer un nuevo depósito de 200 dólares y basar su petición «exclusivamente» en las sólidas razones que la justifican u otras circunstancias o motivos determinantes de la decisión del Tribunal que no hubo ocasión de anticipar. Ni que decir tiene que la inmensa mayoría de estas peticiones son perfectamente ineficaces, y pese a ello —aunque quizá sea la causa— la inmensa mayoría de los abogados las presenta (60). El Tribunal, a su vez, puede *sua sponte* revocar su decisión de denegar el *certiorari*. Su «cambio de

(59) En general, sobre las formas que puede adoptar la decisión sobre el *certiorari*, STERN, GRESSMAN, SHAPIRO: *op. cit.*, págs. 274 y sigs.

Aprovecho esta nota y ocasión para trasladar al lector algunas dudas que no son sólo de traducción: La R. 16 señala sencillamente que a la vista de la petición y los escritos que la siguen, el Tribunal emitirá *appropriate order* y que ésta puede consistir, como se ha indicado, en una *summary disposition on the merits*. Si entendemos que el proceso de petición de *certiorari* funciona como «trámite de admisión» a la apelación propiamente dicha, esa *order* podría traducirse como «auto». Ahora bien, normalmente no se motiva. Podríamos entonces estimar más adecuado considerarla «providencia», pero lo cierto es que la denegación del *certiorari* pone fin al procedimiento. En las Rules, respecto del pronunciamiento en *certiorari*, no se hace nunca referencia a «sentencia» (*judgment*) del Tribunal y, sin embargo, el Tribunal puede pronunciarse sobre el fondo del asunto mediante *summary disposition*: habitualmente se trata de una decisión *per curiam* que revoca o anula la sentencia del inferior. Este tipo de *order* es, entonces, una sentencia. ¿Qué cosa es un procedimiento, de estructura rígida y exclusivamente escrito, que puede concluir indistintamente por auto, providencia o sentencia?

(60) Entre los motivos o nuevas circunstancias que por lo común inclinarán al Tribunal a reconsiderar la denegación del *certiorari* y quizá a concederlo en esta última oportunidad, destacan: la aparición de nuevas decisiones judiciales que ponen de manifiesto la existencia de un conflicto de decisiones sobre la misma cuestión; nueva jurisprudencia del TS sobre la cuestión o pendencia de una decisión al respecto; cambio legal que modifica las circunstancias del caso. Por supuesto, está también la posibilidad de aprovechar este momento para demostrar que los defectos procesales o de la legitimación detectados por el Tribunal y determinantes de su decisión han sido subsanados o bien que nunca existieron.

opinión» se justifica en la necesidad de evitar, en lo posible, decisiones contradictorias al menos en el mismo curso judicial (*Term*) (61).

Si el *certiorari* se concede, así se notifica al interesado y al tribunal inferior. Se fija entonces plazo para presentar alegaciones (en general, *briefing*) y fecha para la vista oral (*oral argument*). Si antes no se hizo, tiene lugar el traslado de las actuaciones desde el tribunal inferior (R. 16.2).

A continuación sigue el juicio plenario de apelación, igual para todos los casos con independencia de la vía seguida para el acceso al Tribunal (*appeal, certiorari, certification*).

Esta es a grandes rasgos la regulación del procedimiento tal y como se contiene en las Supreme Court Rules y las leyes sobre la jurisdicción del Tribunal Supremo. Como puede apreciarse, nada en ellas indica en qué consiste o cómo se desarrolla el procedimiento en el seno del Tribunal.

V. LOS FACTORES QUE INDUCEN AL TRIBUNAL
A EJERCER LA JURISDICCIÓN («CERTWORTHINESS»). EN PARTICULAR:
EL CONFLICTO ENTRE DECISIONES DE TRIBUNALES DE APELACIÓN
Y EL CONFLICTO CON LOS PRECEDENTES DEL TRIBUNAL SUPREMO (**)

De los casos que le llegan al Tribunal solicitando revisión mediante *certiorari* sólo un 5 por 100 tiene posibilidades de éxito. Concedido el *certiorari*, las expectativas del demandante aumentan, pues la mayoría de los casos que se admiten a revisión finalizan con la modificación de la sentencia del tribunal inferior. A la hora de pronosticar con algún grado de certeza si un caso será o no favorecido por el *certiorari*, los datos mandan: normalmente el caso pertenecerá al 95 por 100 que no entra a revisión. Sin que esto aparentemente provoque el desaliento entre los abogados y sus clientes, es evidente que en la mayor parte de los litigios las decisiones de los tribunales de apelación serán definitivas.

¿Qué es lo que mueve al Tribunal a otorgar el *certiorari*? O planteado de manera menos subjetiva, ¿qué elementos deben concurrir en un caso para que el Tribunal lo estime merecedor de su atención? De forma un tanto cínica, se ha dicho que un caso será merecedor de *certiorari* (*certworthy*) si cuatro de los

(61) Por ejemplo, si deniega el *certiorari* y después lo concede en un supuesto idéntico. Sobre esto, STERN... *op. cit.*, págs. 398-400 y 627 sig.

(**) La elección de este tema, *certiorari*, como objeto de una sesión del Seminario fue sugerencia del profesor Rubio, y surgió al hilo del coloquio que siguió a la ponencia del profesor Requejo. En aquella ocasión, éste se refirió elocuentemente a los problemas derivados del eventual «conflicto entre jurisprudencias» de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, ante la inexistencia de vías o recursos dirigidos a garantizar la uniformidad en la aplicación de derecho respecto de aquellas materias en que las decisiones de estos Tribunales son irapelables

jueces del Tribunal así lo deciden. Es cierto que la afirmación constante de la discrecionalidad del Tribunal para admitir casos a revisión plenaria se ve reforzada por la dificultad de concretar los factores que entran en juego al hacer uso de ese poder discrecional y por la habitual ausencia de explicaciones a la concesión o denegación del *certiorari*. Aun admitiendo que hay un alto grado de subjetividad —en más de una ocasión los jueces han admitido que, en cierto modo, es una cuestión de *feel* más que de reglas (62)—, el propio Tribunal ha indicado una serie de criterios o razones que tienen peso a la hora de la concesión del *certiorari*. A continuación vamos a analizar brevemente cuáles son y cómo operan, no sin advertir desde ahora que: 1.º, no limitan ni condicionan la discrecionalidad del Tribunal; 2.º, su presencia en un caso no garantiza que el *certiorari* vaya a ser concedido, y 3.º, aunque sea desesperanzador, su ausencia *a priori* no condena el caso a la denegación del *certiorari* (éstos son, no obstante, excepción a la excepción).

Los criterios que influyen al Tribunal se contienen con carácter general en la Rule 10 de las Reglas del Tribunal Supremo. Además de esta enumeración, quienes acuden al Tribunal cuentan con una suerte de *case law* en la materia inducido de las razones que alguna vez acompañan a las decisiones otorgando *certiorari*.

La Rule 10 distingue entre tres tipos de situaciones con peso suficiente para requerir particularmente la atención del Tribunal (63). Se pueden esquematizar como sigue:

(62) «Frequently the question whether a case is “certworthy” is more a matter of “feel” than of precisely ascertainable rules» (*Justice Harlan*, citado por STERN... *op. cit.*, pág. 195).

«It is really hard to know what makes up this broth of the cert. process... Some cases are ones you can just smell as grants» (declaración de uno de los jueces del Tribunal entrevistado por HENRY W. PERRY: *Deciding to Decide*, cit., pág. 216).

(63) U. S. Sup. Ct. Rules, 28 U.S.C.

Rule 10. «Considerations Governing Review on Writ of Certiorari

1. A review on writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only when there are special and important reasons therefor. The following, while neither controlling nor fully measuring the Court’s discretion, indicate the character of reasons that will be considered:

a) When a United States court of appeals has rendered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same matter; or has decided a federal question in a way in conflict with a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court’s power of supervision.

b) When a state court of last resort has decided a federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals.

c) When a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law which has not been, but should be, settled by this Court, or has decided a federal question in a way that conflicts with applicable decisions of this Court.»

- a) Decisiones de tribunales de apelación:
- En conflicto con decisiones «sobre la misma materia» dictadas por tribunales del mismo nivel.
 - Que deciden cuestiones de derecho federal en conflicto con un tribunal superior estatal.
 - Que de alguna forma reclaman el ejercicio, por parte del Tribunal, de su poder de supervisión.
- b) Decisiones de tribunales estatales de última instancia que deciden cuestiones federales en conflicto con otro tribunal estatal de igual *status* o con un tribunal federal de apelación.
- c) Decisiones de tribunales estatales o federales de apelación que resuelven cuestiones de derecho federal:
- sobre las cuales el Tribunal aún no se ha pronunciado con autoridad y requieren de ella;
 - en contradicción con los precedentes y doctrina aplicable del Tribunal.

El criterio fundamental, como puede apreciarse, es la existencia de un conflicto entre decisiones de tribunales de apelación (64). Es claro que si el tribunal revisa en apelación un porcentaje mínimo de los casos que la solicitan es porque parte de la base de que los tribunales inferiores aplican con regularidad el «buen derecho» y de que se presume la justicia de sus decisiones. A la hora de decidir sobre el *certiorari*, la presunción juega en contra de la concesión y en favor de la sentencia del inferior. Aunque la uniformidad en la aplicación del derecho federal es un valor que debe ser tutelado por el Tribunal, esto no excluye la legitimidad de interpretaciones distintas por parte de tribunales de apelación, puesto que en muchas ocasiones ello permite precisamente el mejor acomodo de las reglas a la situación actual y posibilita la evolución del derecho, en la forma típica en un sistema de *common law*. La determinación de cuál es el alcance y correcta interpretación de una ley procede comúnmente de un precipitado de decisiones judiciales anteriores aplicando esa ley a supuestos distintos. Es por ello que tanto la doctrina como el Tribunal conceden en afirmar la importancia del «filtrado sucesivo» de las leyes, lo que denominan, con un término de imprecisa traducción, «principle of percolation» (65). Esto

(64) En adelante nos vamos a referir genéricamente a Tribunales de Apelación, sin distinguir entre tribunales federales o estatales o los casos de Tribunales de Apelación especiales. A los efectos de nuestro análisis de los conflictos, lo relevante es que la decisión del tribunal que se recurre tenga efecto vinculante sobre tribunales inferiores.

(65) A algo similar se refería el *Justice FRANKFURTER* con la expresión, más conseguida, de «litigating elucidation». No todos los autores, sin embargo, consideran un valor en sí mismo el resultante de la *percolation*. Por el contrario, estiman que se trata del mal menor inevitable en un

explica, entre otras cosas, la ausencia de un *stare decisis* vinculante entre tribunales de apelación del mismo nivel, es decir, entre circuitos y, de la misma forma, que los tribunales estatales no estén vinculados por la doctrina de los tribunales federales inferiores con jurisdicción en su mismo ámbito geográfico. En este sentido, el sistema no sólo admite un cierto grado de conflicto entre decisiones, sino que puede decirse que su dinamismo y vitalidad reposa hasta cierto punto en su existencia. En consecuencia, como vamos a ver a continuación, el Tribunal por lo general no se pronunciará definitivamente sobre una cuestión que está aún en fase de «filtrado», aunque esté presente un conflicto entre decisiones judiciales. La razón para proceder así será, escuetamente, que la cuestión está necesitada de *percolation*.

La existencia de un conflicto, sin más, no garantiza, por tanto, el *certiorari*. Lo dicho hasta ahora no excluye que en determinadas situaciones el Tribunal se sienta compelido a actuar inmediatamente sin esperar a contar con un mayor número de decisiones judiciales de referencia. La premisa que podemos sentar es que a la hora de resolver un conflicto el Tribunal deberá sopesar los inconvenientes que derivan de la incertidumbre —a falta de una decisión vinculante a nivel nacional— acerca de determinada cuestión legal y los riesgos de emitir una decisión que fije la cuestión sin contar con adecuada perspectiva.

Antes de nada, el Tribunal debe asegurarse de que lo que ante él se presenta es un «auténtico» conflicto.

En primer lugar, debe tratarse de decisiones con fuerza vinculante sobre tribunales inferiores: no se atienden los conflictos provocados por tribunales de primera instancia; a los tribunales de apelación compete mantener la uniformidad dentro de sus respectivos circuitos y supervisar las decisiones de los tribunales de distrito. En segundo lugar, la cuestión conflictiva no debe expresarse como *obiter dictum* o aparecer como un argumento «a mayor abundamiento», o alternativo, para la decisión final del caso, entre otras razo-

sistema de derecho que tradicionalmente requiere de la colaboración entre legislador y juez para la efectiva enunciación de normas jurídicas. Porque esta colaboración existe, el legislador puede permitirse el lujo de cierto descuido en la redacción de leyes, trasladando el trabajo de precisión a los jueces, y pese a las quejas de éstos (el magistrado presidente Rehnquist declaró en una ocasión: «the effort to determine congressional intent... might better be entrusted to a detective than to a judge»). Como casi siempre en estas cuestiones, dos posiciones enfrentan a *percolationists* con *precisionists*. Una lectura crítica del uso que el Tribunal hace del *principle of percolation*, en BAKER y MCFARLAND: «The Need for a New National Court», cit., especialmente págs. 1408-1409, y GINSBURG y HUBER: «The Intercircuit Committee», cit., págs. 1419-1426 (la cita de REHNQUIST, pág. 1420).

nes porque de esta forma no será considerado vinculante por los tribunales inferiores.

Por lo común, el Tribunal no considera auténtico conflicto la presencia de decisiones contradictorias resultantes de distintas composiciones (*panels*) del mismo tribunal de apelación. Tales diferencias se califican de problema *intra muros*, a resolver por el propio tribunal de apelación. Normalmente son saldadas mediante una decisión del tribunal en pleno (66) (*sitting en banc*), aunque cabe hacer depender la solución de la preferencia manifestada por la litigación posterior o car por buena y vinculante la última decisión en el tiempo.

Finalmente —aunque en realidad éste es un requisito procesal o, si se quiere, jurisdiccional—, la decisión en conflicto debe ser relevante para la resolución del caso, es decir, debe guardar directa relación con la reclamación del litigante.

Nos ceñimos ahora a conflictos «auténticos». Por razones como la antes expuesta de la necesidad del «filtrado sucesivo» (*percolation*), tampoco en todos los casos el Tribunal se verá inclinado a conceder *certiorari*, aunque el conflicto exista. A la vista de la práctica del Tribunal en este ámbito, los autores distinguen entre conflictos «tolerables» e «intolerables», siendo estos últimos los que hacen exigible —en la medida en que la discrecionalidad admite hablar de exigencia— la actuación del Tribunal (67).

Los conflictos resultan tolerables para el Tribunal cuando no ponen en peligro la integridad del sistema. Una decisión aislada, episódica, en conflicto con la forma habitual de decidir una cuestión puede suponer una injusticia para quien la padece, pero no pone en peligro la uniformidad del Derecho. Si el Tribunal concede aquí el *certiorari* no se deberá a la existencia de conflicto, sino que será uno de los excepcionales casos en que su actuación

(66) Esta parece ser la solución prevista por ley. *Federal Rules of Appellate Procedure*, R. 35 (a).

(67) El funcionamiento del *certiorari* en materia de conflictos intercircuitos es uno de los mejores campos de prueba para evaluar cualquier teoría acerca de «la función esencial del Tribunal Supremo» (*the essential role*). A este respecto, además de la detallada descripción de la acción del Tribunal en este ámbito que se contiene, en STERN...: *op. cit.*, págs. 195-212, son de especial interés: MICHAEL J. BRODYE: «The Intercircuit Tribunal and Perceived Conflicts: An Analysis of Justice White's Dissents From Denial of *Certiorari* During the 1985 Term», en *New York University Law Review*, vol. 62 (1987), págs. 610-650; MICHAEL F. STURLEY: «Observations on the Supreme Court's *Certiorari* Jurisdiction in Intercircuit Conflict Cases», en *Texas Law Review*, vol. 67 (1989), págs. 1251-1275; el análisis empírico de SIDNEY ULMER: «The Supreme Court's *Certiorari* Decisions: Conflict as a Predictive Variable», en *American Political Science Review*, vol. 78 (1984), págs. 901-911; por último, el análisis en prospectiva de ESTRECHER y SEXTON: «A Managerial Theory of Supreme Court's Responsibilities...», *cit.*, págs. 716-731, y NOTE: «Of High Designs...», *cit.*, págs. 313-318.

se dirige a corregir un error (*error-correcting*). El carácter del conflicto tampoco es ajeno a la importancia de la materia sobre la que versa la cuestión legal controvertida, de ahí que normalmente el Tribunal no atienda conflictos sobre cuestiones «triviales», sin especial incidencia en el adecuado desenvolvimiento del Derecho federal. Influye también el carácter recurrente del tipo de litigación en que la cuestión conflictiva surge, de forma que un conflicto entre decisiones separadas por años o donde los hechos que deben concurrir son inusuales no impulsarán la pronta actuación del Tribunal. Esto lleva también a concluir que el conflicto debe estar vivo y no abocado a la extinción si, por ejemplo, la legislación que lo provocaba ha sido o va a ser modificada o derogada. Pero debemos recordar nuevamente el trato de favor que recibe la discrepancia en cierto grado (*percolation*), que ha llevado al Tribunal a sancionar una regla tácita, la de permitir el conflicto hasta que al menos tres tribunales de apelación se pronuncien sobre la cuestión o, tratándose de uno de los tribunales en conflicto, esperar a su segundo pronunciamiento sobre la cuestión una vez es consciente de la existencia del conflicto (68). Generalmente, la resolución del conflicto, si no hay otras razones que aconsejen lo contrario, estará más lejana cuanto más novedosa sea la legislación o la doctrina cuya interpretación lo provoca. Los tribunales de apelación sirven de laboratorio de experimentación de la ley y ello es especialmente apreciable cuando la cuestión controvertida se refiere a una interpretación que afecta al desarrollo de legislación por *agencias* de implantación nacional (69).

El conflicto debe calificarse de «intolerable» cuando pone en peligro la uniformidad de la aplicación del derecho federal. Esto no significa exactamente incertidumbre o inseguridad jurídica, puesto que el litigante conoce la doctrina que se aplica en su circuito (*the law of the circuit*) y ésta es constante y vincula a los tribunales inferiores dentro del mismo. Pero la ley afectada por su aplicación contradictoria entre circuitos puede ver pervertidos sus fines, al tiempo que, desde la perspectiva nacional, se produce una situación de desigualdad entre los afectados por la ley, que estarán sujetos a un trato distinto dependiendo de su sujeción a una u otra jurisdicción. Dos fenómenos alertan de la existencia de este tipo de conflicto: la aparición del *forum shopping* o la inhibición del tráfico jurídico como consecuencia de la

(68) STERN...: *op. cit.*, pág. 200.

(69) El Estado normalmente provoca la relitigación en distintos circuitos hasta forzar una decisión definitiva sobre la cuestión por el Tribunal Supremo, para lo cual niega la eficacia del *collateral estoppel* (un tipo de excepción perentoria, derivada de la fuerza de cosa juzgada material) eventualmente esgrimido en su contra.

inexistencia de reglas vinculantes de ámbito nacional. En el caso del primero, los litigantes que tienen opción a elegir el foro en que plantean su pretensión lo harán en función de la jurisprudencia que les resulte más ventajosa. En el segundo supuesto, aquel potencial litigante cuya actividad se desarrolla en diversos circuitos se ve incapaz de ajustar su conducta, idéntica en los distintos circuitos, a distintos regímenes legales. Es claro que aquí se demanda una decisión judicial dotada de autoridad y vinculante en todo el ámbito nacional que restablezca la uniformidad en la aplicación del Derecho federal (70). En ausencia de estos dos fenómenos, también la reiteración convierte al conflicto en intolerable. Como hemos señalado antes, una vez tres tribunales de apelación se han pronunciado en forma divergente, la decisión del Tribunal no tiene por qué considerarse prematura. Indiquemos, por último, por si lo dicho anteriormente causa una sensación excesiva de congruencia, que en algunas cuestiones el Tribunal permite la persistencia de un conflicto intolerable. Manifiestamente, el Tribunal *no desea* pronunciarse sobre determinadas materias, en especial cuando están impregnadas de una fuerte carga política y aunque estén claras las posiciones de los circuitos. Un ejemplo que se suele citar es el del *standard* a seguir para juzgar la «incompetencia del abogado de la defensa» (*ineffectiveness of counsel*), de acuerdo con la garantía contenida en la Sexta Enmienda, pero ha habido y hay muchos otros (la cuestión del rezo en las escuelas, la constitucionalidad de la guerra de Vietnam, derechos de los homosexuales, restricciones al derecho al aborto, constitucionalidad de la pena de muerte de acuerdo con la Octava Enmienda) (71).

Otro tipo de conflicto que aporta una base sólida para la concesión del *certiorari* es el que puede surgir entre una decisión de un tribunal de apelación y una decisión del Tribunal Supremo, es decir, el conflicto con el precedente [R. 10.1(c)]. Si la desviación del inferior es clara, el conflicto es siempre intolerable. A diferencia de lo que sucedía en el caso anterior, conflicto horizontal, aquí, en el conflicto vertical, entra en juego y rígidamente el principio jerárquico del *stare decisis*. Desde el momento en que el Tribunal anuncia oficialmente la decisión de un caso, su pronunciamiento es vinculante para todos los tribunales federales inferiores y tribunales estatales allí donde sea aplica-

(70) BAKER y MCFARLAND: «The Need for a New National Court», cit., págs. 1407-1409; ESTREICHER y SEXTON: «A Managerial Theory...», cit., págs. 725-727.

(71) Véase PERRY: *Deciding to Decide*, cit., págs. 239 y sigs. El *Justice White* considera que «todos» los conflictos, si auténticos, son intolerables (BROYDE: «The Inter Circuit Tribunal and Perceived Conflicts...», cit., donde se analizan los *dissents* de White).

ble (72). La jerarquía judicial impone el acatamiento de las decisiones de los superiores por los inferiores (*compliance*). Aunque no hay que descartar episodios de «insumisión» judicial (73), por lo común, el conflicto que pueda plantearse entre la decisión de un tribunal inferior de apelación y la doctrina aplicable del Tribunal Supremo no revestirá la forma de enfrentamiento abierto. Sin descartar las situaciones más improbables, los conflictos verticales pueden agruparse de este modo (74): *a*) el tribunal inferior rechaza explícitamente seguir el precedente del TS; *b*) lo rechaza porque considera que ha perdido fuerza y carece de autoridad; *c*) rehúsa seguirlo porque, aunque de manera forzada, entiende que en el caso concreto cabe la distinción de supuestos (*distinguish*), y *d*) no lo desatiende explícitamente, simplemente no menciona el precedente que rige en el caso y resuelve sin tenerlo en cuenta. Cualquiera de estas situaciones tienen como base la existencia del conflicto, pero matizarán la intervención del Tribunal para resolverlo. La intensidad de la actuación del Tribunal y, por tanto, la necesidad de concesión del *certiorari* se hará depender de la medida en que la decisión del inferior compromete el valor de precedente de la decisión del TS y socava la integridad de la jerarquía judicial. No vamos a entrar aquí en el análisis de cada uno de los supuestos, pero sí es preciso llamar la atención sobre algunos aspectos de interés.

En primer lugar, éste del conflicto con el precedente es uno de los casos que muestra bien a las claras que la denegación del *certiorari* frente a la opinión convencional tiene importantes consecuencias: la sentencia de un tribunal de apelación, aun en contradicción con el precedente del Tribunal, será vinculante para los tribunales inferiores de su circuito. Si esta sentencia no se revoca, deviene *res judicata* inamovible y será un primer indicio de que la doctrina del Tribunal Supremo pierde autoridad. Si, por el contrario, el Tribunal actúa de inmediato y concede el *certiorari*, normalmente, no tendrá sentido que vuelva a pronunciarse sobre lo ya decidido en ocasión anterior, por lo que parece que su respuesta más adecuada vendrá por la vía de conceder el *certiorari* acom-

(72) Por el efecto acumulado de *res judicata* + *controlling opinion*.

(73) En ABRAHAM: *Judicial Process*, págs. 224 y sigs., se describen algunos de los problemas de acatamiento: en *Brown v. Board of Education*, los Flag Salute Cases, o en la cuestión del rezo en las escuelas. Las soluciones del Tribunal son de distinto grado: revocar la decisión del inferior, anular y reenviar para que se resuelva en consonancia con su doctrina; en casos recalcitrantes cabe *writ of mandamus*, y en último extremo, *contempt of court* con sanción disciplinaria (separación temporal o permanente del servicio).

(74) Sigo la clasificación propuesta por THOMAS J. LONG: «Deciding whether Conflicts with Supreme Court Precedent Warrant Certiorari», en *New York University Law Review*, vol. 59 (1984), págs. 1104-1119.

pañado de *summary reversal*, es decir, decisión revocando la sentencia del inferior sin necesidad de esperar al juicio plenario en apelación y sin que sea preciso argumentarla más allá de la cita al precedente autorizado. Si el Tribunal concede *certiorari* y no revoca inmediatamente, ello permite aventurar que se aproxima un cambio de doctrina, una *overruling decision*, que justificará la posterior confirmación o anulación de la sentencia del tribunal inferior. El Tribunal, en principio, debe desalentar la especulación en torno a la vitalidad de sus precedentes, pero no puede permanecer sordo cuando jueces, doctrina y opinión pública urgen un cambio de tendencia o de doctrina en determinada materia. Como siempre, el Tribunal puede optar por denegar el *certiorari* y relegar la cuestión antes fijada por el precedente al *status* de materia dudosa (75).

El conflicto por sí solo, como ya señalamos, no garantiza la concesión del *certiorari*. La práctica del Tribunal demuestra que en su decisión pesa de forma concluyente la «importancia de las cuestiones implicadas». Pese a que no hay fórmula mágica que desvele la dimensión de la importancia que moverá al Tribunal a estimar el *certiorari*, parece que la «importancia» debe leerse en términos de «importancia para el público en general», interés público de la cuestión. No se trata tanto de atender a cuestiones legales serias, de interés abstracto o académico, cuanto al impacto o alcance de las mismas, más allá de la resolución adecuada del caso en que se plantean. Prueba de que el criterio funciona es que la mayoría de las peticiones de *certiorari* planteadas por el *Solicitor General* en nombre de los Estados Unidos son aceptadas en atención al interés público que subyace (76). En ocasiones, la importancia e repercusión del caso, más que la importancia de la cuestión que plantea, moverá al Tribunal a decidirlo aun en ausencia de conflicto y sin necesidad de *percolation* [un caso claro fue el de «las cintas del Watergate», *United States v. Nixon* (1974)].

Una cuestión siempre importante en los términos señalados, y que tiene cierta garantía de éxito, es la «cuestión constitucional» (*constitutional question*). Cuando el *certiorari* se solicita respecto de la sentencia del tribunal de

(75) Este tipo de conflicto se reaviva cuando cambia la composición (personal y, en esta medida, ideológica) del Tribunal en cuestiones decididas por la mayoría mínima (3-4). El conflicto no es real cuando se produce respecto de *plurality opinions*, pues éstas carecen de auténtico valor de precedente (NOTE: «The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions», en *Columbia Law Review*, vol. 80 [1980], págs. 756-781). Véase por lo demás, STERN, GRESSMAN, SHAPIRO: *op. cit.*, págs. 202-206.

(76) Y por otra fundamental razón: la oficina del Solicitor General realiza un proceso de filtro y selección de cuestiones que serán apeladas en *certiorari* siguiendo los mismos criterios restrictivos del Tribunal.

apelación que declara inconstitucional una ley federal o estatal o la interpreta de manera distorsionada para salvar su constitucionalidad, el Tribunal normalmente entrará a conocer el caso. Si, en cambio, se trata de una cuestión relativa a interpretación legal (*statutory interpretation*), su importancia se hará depender de la importancia de la ley misma, del número de afectados por ella o de la medida en que la interpretación del tribunal inferior suponga un serio obstáculo para la operatividad de la ley (77).

La importancia de determinada cuestión, que siempre envuelve un componente subjetivo, puede responder a la «afición» que el Tribunal muestre por ciertos temas legales. Dicho de forma un poco más técnica, las distintas composiciones del Tribunal Supremo a lo largo del tiempo cobran carta de identidad no sólo en función de la personalidad de los jueces que coincidieron en cada época, sino también por la jurisprudencia que desarrollaron en determinada área del Derecho. Así, el Tribunal Warren se empleó a fondo en materia de derechos civiles y, particularmente, garantías procesales del detenido, del acusado o del recluso. Normalmente, el Tribunal estará deseoso de decidir los casos que le permiten afirmar una nueva línea jurisprudencial o confirmarla tras un cambio de jurisprudencia (*overruling*). No es aventurado, por tanto, afirmar que el Tribunal —y de ello son conscientes abogados y jueces— selecciona áreas de interés. En ocasiones, no todo el Tribunal coincide en el área de interés, pero para la admisión al *certiorari* será suficiente con que cuatro jueces concurren compartiendo preferencias. Así, materias en las que anteriormente no se mostró receptivo el Tribunal reciben de pronto inusual atención. Se señala, por ejemplo, el caso reciente del derecho de aguas (*water rights*), derechos indígenas (*Indian cases*) o derecho tributario (*tax cases*) (78).

Ya hemos indicado que mediante el *certiorari* el peticionario tiene ocasión de promover la revisión del caso y que la jurisdicción que el Tribunal ejerce en la apelación es plenaria, sin que esté constreñida a las cuestiones de derecho. Usualmente, sin embargo, no entrará a revisar aquellos casos en que la decisión del tribunal inferior gira exclusivamente en torno al análisis y calificación de hechos concretos. Entre otras razones, esto es así porque el Tribunal, por lo general, decide cuestiones que exceden el interés particular de la controversia. Pero así las cosas, en algunas circunstancias, cuando concurren otros factores, el Tribunal entra a decidir sobre los hechos. Por lo común, el Tribunal sigue

(77) STERN, GRESSMAN, SHAPIRO: *op. cit.*, págs. 212-221.

(78) Y es público que determinados jueces se implican personalmente en ciertos casos: Marshall y Brennan con la pena de muerte, Blackmun con el aborto, Powell con las escuelas, Brennan y Rhenquist con algunos aspectos de la Cuarta Enmienda (*search and seizure cases*). Véase PERRY: *op. cit.*, págs. 260 y sigs.; STERN...: *loc. cit.*

como regla tácita respecto de la calificación de los hechos la *two court rule*, que significa que presume la validez de la calificación efectuada si coinciden en ella dos instancias judiciales sucesivas (79), exceptuada, claro es, la situación de error obvio y manifiesto (80). (Tratándose de *certiorari* respecto de decisiones de tribunales estatales, prácticamente se puede afirmar que está precluida la consideración de los hechos por el Tribunal.) Entre los casos en que el Tribunal probablemente entrará a conocer y decidir sobre los hechos están aquellos que versan sobre actividad probatoria (*evidence*), en especial, cuando afectan a la garantía constitucional del debido proceso (*due process*), o también los que se refieren al alcance de la garantía de la Cuarta Enmienda en relación con la forma en que se procede en registros domiciliarios.

Vamos a concluir este apartado relativo a los factores que impulsan al Tribunal al ejercicio de la jurisdicción refiriéndonos a las situaciones más claramente predecibles e impredecibles. Las situaciones predecibles son las que incorporan las peticiones abocadas a lo que se ha dado en llamar *clear denials* (denegación de plano). Estos casos ni siquiera reciben consideración por el Pleno del Tribunal; no son votados. Sencillamente son incluidos desde que comienzan a circular entre los jueces en la llamada *dead list* (literalmente, lista muerta); es dudoso incluso que los jueces lleguen a verlos, puesto que suelen ser desechados por sus letrados (*law clerks*). De estos casos se dice que impulsan el *certiorari* por cuestiones frívolas. El concepto de «frivolidad» aquí es tan subjetivo como el de «importancia», pero cabe considerar *a priori* frívolas, además de aquellas pretensiones claramente absurdas (81), las que se refieren únicamente a hechos, las relativas a la falta de pruebas o, en general, los *diversity cases* (82). Por otra parte, los letrados conocen la opinión del Tribunal acerca de determinadas cuestiones que no desea decidir y a las que cierran paso en esta fase preliminar.

En el otro extremo están los casos totalmente impredecibles, aquellos que con todo en contra (casos *uncertworthy*) van a merecer, sin más, la atención del Tribunal. Estos supuestos integran el criticado ejercicio de jurisdicción por parte del Tribunal dirigido y agotado en la pura corrección de errores cometi-

(79) Véase WRIGHT: *Law of Federal Courts*, cit. 759 y sigs., y STERN, GRESSMAN, SHAPIRO: *op. cit.*, 217 y sigs.

(80) Y con la limitación que contiene la VII Enmienda relativa a los límites de la revisión del veredicto del jurado.

(81) El Tribunal puede imponer costas por temeridad, pero parece ser que en la práctica no hace uso de esta facultad (la sanción es doblar las costas) (R. 43.7 Sup. Ct. R.).

(82) A estas alturas, en general, los jueces federales evitan en lo posible la jurisdicción en *diversity cases*.

dos por tribunales inferiores. Generalmente, el pronunciamiento del Tribunal consiste en la concesión del *certiorari* acompañado de la revocación o anulación de la sentencia del tribunal inferior por *summary disposition*. Los miembros del Tribunal en estas ocasiones no se resisten a actuar como tribunal de última instancia para corrección de errores cuando éstos causan un perjuicio en el peticionario demasiado injusto o la desviación de la justicia es flagrante. El Tribunal califica el resultado en estos casos de *egregious* (83). Nada indica, sin embargo, cuáles son los casos que tocan la fibra sensible del Tribunal. Estamos entonces ante las situaciones impredecibles.

Añadamos alguna consideración más acerca de lo imprevisible del ejercicio de la jurisdicción por el Tribunal. Lo que exponemos a continuación corresponde a una discusión doctrinal de mayor calado que, en definitiva, se pregunta acerca de la función constitucional que se le asigna al Tribunal Supremo. De la misma manera que el Tribunal ejerce jurisdicción en casos como los señalados en último lugar cuando «no le corresponde» o al menos no está obligado, el Tribunal se abstiene de decidir en casos que aguardan su decisión y que afectan a cuestiones de enorme interés público y con impacto en el comportamiento de los agentes públicos, administración de justicia y expectativas de la ciudadanía en general. Aparte de los casos en que el Tribunal se inhibe aduciendo la presencia de una *political question* o los supuestos de *abstention* propiamente dicha (84), el Tribunal puede en el último momento —por ejemplo, cuando el *certiorari* ya ha sido concedido— decidir *no decidir*. Y lo hace con el convencimiento de que en el futuro habrá mejor ocasión, de que otro caso será mejor vehículo para su decisión definitiva de la cuestión. Dejando de lado el asunto de la *percolation*, este comportamiento prueba que el Tribunal considera los casos «fungibles» en función de la cuestión legal que portan. Actúa —o, mejor dicho, no actúa— persuadido como está de que «el caso volverá». Para quien esto escribe, esta evidente conclusión —que no es fuente de mayores problemas para buena parte de la doctrina americana (tradicional) y para el propio Tribunal— descarta cualquier acomodo lógico con las dos premisas sobre las que descansa en el Derecho americano el concepto constitucional de jurisdicción: 1.^a, los tribunales se limitan a la resolución de casos y controversias (no resuelven «cuestiones» en abstracto), y 2.^a, la existencia de una controversia, de conformidad con el artículo III de la Constitución, exige que un interés subjetivo, *personal*, esté en juego (*personal stake*); que se haya

(83) Que en una traducción más que libre y coloquial podríamos llamar «casos sangrantes». Véase PERRY: *Deciding to Decide*, cit., págs. 265-268.

(84) Por una suerte de «cortesía federal» hacia los Estados.

producido un perjuicio (*injury in fact*) como consecuencia de la acción que se impugna (*causation*), y que éste pueda ser evitado, reparado o compensado por la decisión judicial (*redressability*). En ausencia de cualquiera de estos requisitos, el caso no será «justiciable». La controversia además debe estar «viva» para que el actor conserve su legitimación (*standing*), de forma que deja de ser tal si la decisión judicial, cualquiera que sea, no podrá cambiar las cosas (el caso ya es sólo teórico, *moot*) o si cabe esperar que acontecimientos que tengan lugar en el futuro variarán sustancialmente sus contornos (la controversia aún no ha alcanzado un adecuado nivel de desarrollo y se considera prematura cualquier decisión: son los casos desestimados por *lack of ripeness*).

¿Vale esto para describir la situación de los «casos y controversias» en *certiorari* o para calificar el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal? En nuestra opinión no es así. Y no lo es, al menos, por estas razones: 1.^a, si en el *certiorari* los casos se consideran «fungibles» por el Tribunal es porque el Tribunal resuelve «cuestiones» y no «casos»; 2.^a, si la medida de la importancia de la cuestión es el interés público es porque la «legitimación» en este nivel de apelación se ha objetivado y no atiende al interés subjetivo (el éxito casi seguro de los *certiorari* instados por el Solicitor General así lo atestigua), y 3.^a, el efecto pretendido por la sentencia del Tribunal resolviendo en apelación no es, o no es principalmente, y como quiera que se instrumente, *inter partes*.

Sobre cualquiera de estos argumentos podríamos extendernos abundando en las razones, pero no es éste el lugar. Finalizaremos con un ejemplo, entre tantos, de cómo el comportamiento del Tribunal en el *certiorari* pone a prueba los nervios de cualquier espíritu amante de la lógica. Sirva el caso *DeFunis v. Odegaard*:

En 1971, DeFunis, un estudiante, solicitó su admisión en la Law School de la Universidad de Washington. Este centro tenía un cupo de admisiones y DeFunis quedó fuera. Decidió entonces acudir al tribunal estatal de instancia correspondiente, puesto que, en su opinión, los criterios de admisión que utilizaba la Law School implicaban su discriminación por motivos raciales, lo que claramente iba en contra de la cláusula de *equal protection* de la Enmienda Catorce de la Constitución de Estados Unidos. En atención a ello solicitaba que se anulara la decisión de inadmisión por inconstitucional, y se le permitiera el ingreso. El tribunal de instancia accedió a su petición y ordenó su admisión al primer curso de Derecho. Era 1971 y DeFunis comenzaba así sus estudios. La sentencia del tribunal fue apelada por los órganos correspondientes de la Law School, y en apelación, el Tribunal Supremo de Washington revocó la sentencia del inferior al tiempo que declaraba conformes a la Constitución los

criterios de admisión empleados por el centro. DeFunis, por ese tiempo, finalizaba su segundo curso. El caso fue llevado en *certiorari* al Tribunal Supremo, que lo admitió y, con tal motivo, concedió además la suspensión de la sentencia del Tribunal Supremo estatal hasta la resolución definitiva del caso, de forma que DeFunis pudo seguir en la School y comenzar el tercer y último curso. El Tribunal entonces requirió a las partes para que éstas reconsideraran si el caso debía seguir considerándose auténtica controversia, puesto que DeFunis estaba en vías de terminar sus estudios. Ambas partes coincidieron en afirmar que el caso no era *moot* y que aguardaban el pronunciamiento, de gran interés para la política de admisiones en la Universidad. Antes de que concluyera sus estudios, la Law School se comprometió con DeFunis a permitirle, si aprobaba, acceder al título cualquiera que fuera el resultado final del litigio. Tras volver a considerar la existencia o no de *mootness*, el Tribunal finalmente decidió que la controversia estaba agotada, pues nada impediría a DeFunis completar su titulación y, en vista de las limitaciones impuestas por el artículo III de la Constitución, las cuestiones legales y constitucionales comprometidas no podían ser decididas. En consecuencia, y en esto consistió el falló, el Tribunal anuló la sentencia del Tribunal Supremo de Washington y la causa fue reenviada para que se siguiera el procedimiento que este tribunal considerara adecuado. Era 1974. La sentencia del Tribunal Supremo fue acompañada del voto discrepante de Brennan, al que se adhirieron Douglas, White y Marshall. El contenido del voto discrepante, que es el que se supone, llamaba además la atención sobre el hecho de que, a lo largo del procedimiento, el Tribunal hubiera recibido un importantísimo número de *amicus curiae briefs* que ponían de manifiesto el interés de mucha gente, de organizaciones, de *colleges* y de Universidades sobre una cuestión que distaba mucho de solucionarse con el acceso de DeFunis a la abogacía (85).

(85) En la colección oficial de sentencias del Tribunal, el caso *DeFunis v. Odegaard* se encuentra en 416 U.S. (1974), págs. 312 y sigs. La sentencia extractada, en *Hart and Wechsler's*, cit., págs. 201-205. Un comentario sobre las cuestiones que suscita, en ese mismo lugar, págs. 205-212.

Es importante indicar que, recientemente [*Honig v. Doe*, 484 U.S. (1988), págs. 305 y sigs.], el presidente del Tribunal, Rehnquist, avanzó la «posibilidad» de obviar los problemas de *mootness* cuando una cuestión ha sido admitida tras el *certiorari*. Véase el excelente comentario de GENE R. NICHOL: «Moot Cases, Chief Justice Rehnquist and the Supreme Court», en *Connecticut Law Review*, vol. 22 (1990), págs. 703-719. Y, en general, sobre «últimas tendencias», EVAN TSEN LEE: «Deconstitutionalizing Justiciability: the Example of Mootness», en *Harvard Law Review*, vol. 105 (1992), págs. 605-669. La utilización del subterfugio del *mootness* ha servido en muchos casos descaradamente para evitar pronunciamientos en cuestiones «candentes».

VI. EL PROCESO INTERNO.
MODO EN QUE SE DECIDE EL «CERTIORARI» (86)

Una vez se han registrado, la Secretaría General del Tribunal (Clerk's Office) distribuye entre los jueces las peticiones y escritos que las acompañen. El Secretario comprueba primero el cumplimiento de requisitos formales tales como que la petición se presenta en plazo y forma.

A partir de la distribución, la práctica actual del Tribunal sigue dos procedimientos. Desde la época del Tribunal Burger se creó una *Pool Chamber*, también llamada *certiorari pool*, que pretende eliminar la duplicación de los esfuerzos a la hora de examinar en una primera fase las peticiones. Con este *pool* han venido funcionando seis de los jueces (no tengo constancia de la situación tras los últimos cambios). Las peticiones se distribuyen aleatoriamente entre los letrados que normalmente asisten a cada juez y cada uno de ellos elabora para el resto de los jueces un informe o memoria en el que se recogen los datos relevantes que presenta la petición de acuerdo con un esquema preestablecido. Al final se incluye una recomendación en cuanto a la denegación o concesión del *certiorari*. Antes de ser enviadas a los jueces junto con la petición, cada uno de los letrados añade una nota dirigida a su juez para indicarle que está conforme con la recomendación. En la mayor parte de los casos, el juez únicamente lee esta memoria y sólo cuando hay alguna posibilidad de concesión del *certiorari* entra a leer directamente los escritos del caso.

Otros jueces no participan de la *pool chamber*. Entonces son sus asistentes los encargados de elaborar el informe preliminar acerca de cada petición, que, puesto que está dirigido a su juez, normalmente es más breve y menos formal que en el caso anterior, aunque el contenido es sustancialmente el mismo. En

(86) La descripción, muy esquemática, que ofrecemos a continuación procede, en lo fundamental, de las detalladas de STERN, GRESSMAN, SHAPIRO, *op. cit.*, págs. 254-273; H. ABRAHAM: *Judicial Process*, cit., págs. 194-222; y las «revelaciones» aportadas por FERRY: *Deciding to Decide*, cit., págs. 41-113.

Tiene interés, aun cuando muchas de las prácticas ya no están vigentes, el relato del «trabajo de la Corte» por el presidente HUGHES en *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, cit., págs. 63-93, y también el que realiza el Justice BRENNAN en págs. 233-251 de «Apéndice A», añadido al anterior en la edición que cito. Aunque en un principio fue propósito ocuparme de ello —y la extensión de esta páginas no lo hace posible— queda por tratar y es de gran interés el funcionamiento de las «reglas de minoría» en el seno del Tribunal (sobre esto puede verse un artículo realmente bien hecho: R. REVESZ y P. KARLAN: «Nonmajority Rules and the Supreme Court», en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 136 [1988], págs. 1067-1133). En particular sobre la *rule of four* y sus posibilidades de sobrevivir: J. STEVENS: «The Life Span of a Judge-Made Rule», en *New York University Law Review*, vol. 58 (1983), págs. 1-21.

algún caso, como era el de Brennan, el propio juez realiza personalmente este trabajo.

Una vez han sido vistas las peticiones y redactados los informes, el presidente confecciona una lista que incluye los casos que cree merecedores de discusión en la sesión del pleno y hace circular entre los despachos de los jueces esta *discuss list* (87). Cualquiera de los jueces puede añadir otros casos a esta lista con sólo indicarlo a la oficina del presidente, y de estas adiciones se informa a continuación al resto. Los casos que no entran en la *discuss list* son automáticamente denegados, no llegan a ser discutidos y votados.

La sesión del Pleno del Tribunal para *certiorari* (*Conference*) tiene lugar, a puerta cerrada, los viernes. La mañana se dedica a los casos en que se celebró ya la vista y es en la tarde cuando se discuten y votan los casos para *certiorari* incluidos en la *discuss list*. Normalmente, cada juez ha decidido ya su voto antes de entrar en la reunión. El presidente comienza la discusión con el primer caso inscrito en la lista y continúa el resto, por orden de antigüedad. El juez, en su intervención, avanza ya su voto. Si un caso recibe cuatro votos en favor del *certiorari*, éste es concedido. Es la denominada *rule of four*. Habitualmente, la discusión de los casos, valga la redundancia, no genera discusión, puesto que los jueces no suelen cambiar de opinión en este momento. Pero caben algunas modalidades en la votación. Así, un juez puede votar *join three*, esto es, que si otros tres acuerdan votar en favor del *certiorari*, él haría el cuarto voto (el *certiorari*, no obstante, no será concedido si sólo se cuenta con estos votos condicionados, aunque sumen cuatro). Cabe también un voto en favor de la revocación de la decisión que está en la base del *certiorari*, en estos casos el juez vota por *summary reversal*, pero no en favor de la revisión plenaria del caso (*to reverse but not to hear*). Por convención, el Tribunal ha adoptado la regla de decidir sumariamente cuando seis jueces así lo acuerdan, lo que se conoce como *rule of six*. Esta decisión suele adoptarse en este momento de votación del *certiorari*.

Algunos de los casos incluidos en la lista pueden ser pospuestos a la siguiente sesión del Pleno y entonces se decide que sean *relisted*. Esto sucede cuando hay interés en contar con algún otro documento acerca de la petición o especialmente en los casos en que el Tribunal insta al Solicitor General la remisión de un informe acerca del caso cuando éste puede ser interesante para

(87) La práctica de elaborar una lista preliminar de casos para discusión parece remontarse a los años de presidencia del juez Hughes, aunque el procedimiento para elaborarla ha cambiado desde entonces. Antes se elaboraba una *dead list* con los casos desechados, y cualquier juez podía «salvar» casos de la lista. Ahora se opera al contrario. La confección de la lista por el presidente revela algún poder de intervención en la confección de la agenda del Tribunal.

la Administración. Se quiere de él su colaboración como *amicus curiae*. En algún caso, el Tribunal puede asimismo considerar de interés tener a disposición los autos del caso y entonces se requiere su traslado desde el tribunal inferior. Debido a la sobrecarga del Tribunal, aunque funciona con buena salud la *rule of four*, si sólo cuatro jueces acuerdan la concesión del *certiorari*, el presidente puede decidir posponer la decisión del *certiorari* para que las posiciones sean reconsideradas, que el caso cuente con auténtico apoyo. Salvo en este caso y cuando se solicita el informe al Solicitor General, es raro que un caso no sea decidido en la primera ocasión.

Este es el procedimiento que normalmente siguen todos los casos. No obstante, algunos tienen un trato especial.

Todos los casos que se refieren a pena capital son discutidos en el Pleno. De la misma forma, las peticiones de *certiorari* procedentes del Solicitor General tienen asegurado un hueco en la *discuss list*. Con relación a los primeros, como es conocido, Brennan y Marshall coincidieron siempre en acompañar de su *dissent* a la denegación del *certiorari* y siempre con el mismo mensaje: todos estos casos deben ser acreedores de *certiorari* acompañado de la revocación de la sentencia. La reiteración de su voto discrepante en todas las ocasiones se debió a que con ello afirmaban que la cuestión de la pena capital no es *res judicata* y al tiempo alentaban a los abogados a seguir enviándoles *certiorari* en esta materia (en la esperanza de que algún día conseguirían otros tres votos).

También hay una curiosa excepción a la *rule of four* en situaciones especiales. En ciertas materias o áreas del Derecho las posturas del tribunal se han petrificado y la decisión concluye, invariablemente, con una denegación del *certiorari* o desestimación de la apelación por 5-4. Si los bloques son inamovibles, el Pleno decide no conceder el *certiorari* en estos casos por menos de cinco votos, pues de otro modo se sabe que la decisión sobre el fondo está perdida de antemano. El supuesto en que se sigue esta práctica es el de los casos que tratan de «obscenidad y pornografía» en el marco de la Primera Enmienda. Aquí, la *rule of four* se transforma en *rule of five*.

En este proceso interno de decisión, llama la atención que el Tribunal no se comporta como un órgano colegiado, sino que cada juez parece actuar por separado y el resultado lo es por coincidencia, no por acuerdo. Aunque desde la época del Tribunal Marshall desapareció el procedimiento de emitir las decisiones *seriatim*, en la práctica, todos los jueces deciden todas las cuestiones sin que haya acuerdo previo entre ellos y sin que existan, por lo general, líneas de actuación del Tribunal, sino de mayorías y minorías ocasionales. Ello no evita que en el seno del tribunal se desarrollen ciertos comportamien-

tos estratégicos. Uno de ellos, el que más se ha puesto de relieve, es el de los *defensive denials*. Estos han evidenciado, por ejemplo, la contraposición entre los miembros conservadores y liberales del Tribunal. Un juez que considera un caso listo para revisión, acreedor de *certiorari*, puede, sin embargo, votar su denegación porque supone que una vez en apelación la decisión sobre el fondo del asunto estará en contra o no se ajustará a su opinión. Denegando el *certiorari* y evitando la revisión, al menos impedirá que se asiente un precedente con el que discrepa. En otros casos, la estrategia pretende promover la concesión del *certiorari*. Esto no siempre se consigue y, en tal caso, la denegación del *certiorari* suele ir acompañada del *dissent*. Según se ha indicado, en algunas ocasiones los votos discrepantes circulan por el Tribunal antes de hacerse pública la decisión acerca del *certiorari*. La denegación del *certiorari* acompañada de votos discrepantes es una de las prácticas que más críticas suscita dentro y fuera del Tribunal, fundamentalmente porque plantean directamente una delicada cuestión: cuál es el valor y efecto de la denegación del *certiorari*.

Sobre esto algo hemos dicho en el apartado anterior. La posición ortodoxa del Tribunal sigue siendo la que expresó Frankfurter en *Maryland v. Baltimore Radio Show, Inc* (1950): la denegación de la petición no significa más que no hubo cuatro jueces que, por pura discreción, consideraran conveniente revisar la decisión del inferior, nada dice sobre el fondo del asunto. La cuestión está exhaustivamente tratada en el clásico artículo de Linzer, «The Meaning of Certiorari Denials» (*Columbia Law Review*, vol. 79 [1979], págs. 1227-1305). Pero como ya se indicó con relación a los casos que envuelven un conflicto con los precedentes del Tribunal Supremo, es evidente que la denegación del *certiorari* tiene efectos sobre la decisión del tribunal inferior. Ciertamente carece de virtualidad para funcionar como precedente de ningún tipo y, en ese sentido, desde la perspectiva del *stare decisis*, no tiene relevancia. Pero el efecto mínimo es que, respecto de los litigantes, la sentencia del inferior se confirma y surtirá los efectos propios de la *res judicata* y los derivados de la posición que el tribunal inferior ocupe en la jerarquía judicial. Además, no es infrecuente que los tribunales inferiores utilicen las denegaciones de *certiorari* como un dato en apoyo de su forma de resolver determinado tipo de asuntos.

Finalmente, restaría por tratar la cuestión de los casos resueltos en el fondo por *summary disposition*. Tampoco aquí la decisión del tribunal proveerá de la doctrina que forja los precedentes. Salvo en casos en que esta práctica está justificada por razones de economía procesal (resolver en el mismo sentido *certiorari* pendientes sobre una cuestión que acaba de decidirse), en general el hecho de que esté previsto su uso en las Rules incita al Tribunal a seguir com-

portándose como última instancia, como tribunal de corrección de errores (88), y en tal caso, ¿para qué el poder discrecional de selección de casos? El *certiorari*, como instrumento de supervisión y garantía de la uniformidad en la aplicación del derecho federal, permite al Tribunal seleccionar cuestiones para decidir las de forma argumentada, con autoridad. ¿Qué justificación tiene el poder de selección para decidir sumariamente, sin argumentación ni otra autoridad que la jerarquía? ¿Qué función cree desempeñar el Tribunal? (***)).

(88) Cosa que hace, además, *inaudita parte*, lo que supone una conculcación del principio de contradicción (la presentación de *brief in opposition* es facultativa) y de audiencia respecto de la parte que «ganó» el litigio ante el tribunal inferior.

(***) La exposición oral, en aquella sesión del Seminario, de las cuestiones que aquí se han relatado, fue seguida de un coloquio que pronto derivó en discusión acerca del fundamento y necesidad de la motivación y argumentación de «toda» decisión judicial que ponga fin a un proceso. Efectivamente, la inadmisión de demandas de amparo ante nuestro Tribunal «por providencia» estuvo en el punto de mira.

NOTA

