

La paulatina discrecionalidad y objetivación de la jurisdicción del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América: el criterio de la importancia en la apelación y en el *writ of certiorari*¹

Mario Hernández Ramos
Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA EXPERIENCIA HISTÓRICA DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA ANTE EL CAMBIO EN LA ADMISIÓN DEL RECURSO DE AMPARO. II. LA TRANSFORMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO A TRAVÉS DE LA LEGISLACIÓN FEDERAL Y DE SU JURISPRUDENCIA: EL CRITERIO DE LA IMPORTANCIA COMO HILO CONDUCTOR DE LAS REFORMAS. 2.1. *La Judiciary Act de 1789, posición originaria del Tribunal Supremo.* 2.2. *La Circuit Court of Appeals Act o Evarts Act de 1891. La reestructuración del Poder Judicial Federal y de la posición del Tribunal Supremo en el sistema judicial.* 2.3. *Las Leyes Federales de 23 de Diciembre de 1914 y de 6 de septiembre de 1916. Modificaciones en la jurisdicción del Tribunal Supremo frente los tribunales estatales.* 2.4. *La Judges' Bill de 1925, un gran paso en la eliminación del acceso a la jurisdicción del Tribunal Supremo como derecho;* 2.5. *1925-1988: la paulatina desaparición de la jurisdic-*

¹ Este artículo ha sido elaborado en el marco del proyecto de I+D «La protección constitucional de los derechos en Latinoamérica (2)», Ministerio de Educación y Ciencia, Referencia SEJ 2005-08319 gracias al cual el autor disfrutó de una larga estancia de investigación en la Universidad de Michigan bajo la dirección de Paul Reingold, director del Clinical Law Program y abogado ante el Tribunal Supremo.

ción obligatoria del Tribunal Supremo. La convergencia de las características definitivas del certiorari y del appeal. 2.6. La década de los setenta: umbral de la reforma definitiva. 2.7. La Ley Federal de 27 junio de 1988: último paso hacia la práctica eliminación de jurisdicción obligatoria del Tribunal Supremo. III. CRÍTICAS AL MODELO DE ADMISIÓN DISCRECIONAL. POSIBLES ADVERTENCIAS Y CAUTELAS. 3.1. El significado original de la revisión judicial (judicial review). 3.2. La influencia del writ of certiorari en la jurisdicción del Tribunal Supremo: órgano jurídico y político. 3.2.1. La jurisdicción discrecional del Tribunal Supremo y las exigencias de la rule of law; 3.2.2. La discrecionalidad como puerta de entrada a argumentos de carácter político; 3.3. El papel del Tribunal Supremo dentro del sistema judicial estadounidense.

I. INTRODUCCIÓN: LA EXPERIENCIA HISTÓRICA DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA ANTE EL CAMBIO EN LA ADMISIÓN DEL RECURSO DE AMPARO

En el presente artículo se aborda el cambio de naturaleza experimentado por la labor del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América (en adelante Tribunal Supremo) por medio de la legislación federal y reforzado por su actuación a través de su jurisprudencia. Este cambio refleja la creciente libre disposición que ha ido adquiriendo el Tribunal Supremo para seleccionar los casos sobre los que pronunciarse, eliminando en la mayoría de los supuestos el derecho de los ciudadanos a obtener una respuesta del Alto Tribunal. A partir de dicha facultad para seleccionar libremente los casos que decidir, el Tribunal Supremo ha reservado paulatinamente sus esfuerzos a cuestiones de carácter marcadamente objetivo, pero sin cerrar la puerta definitivamente a la protección subjetiva cuando ésta sea el único objeto del caso.

En el marco constitucional estadounidense, el Congreso Federal tiene la responsabilidad de determinar la jurisdicción por apelación del Tribunal Supremo (*Supreme Court appellate jurisdiction*)². La legislación del Congreso ha establecido dos vías principales para una revisión por apelación: el *certiorari* y la apelación (*appeal*)³. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha modulado el contenido y la aplicación de ambas figuras dentro de los lími-

² Artículo III, Sección 2 de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América, en adelante Constitución.

³ Hay otra forma a través de la cual el Tribunal Supremo puede pronunciarse sobre un asunto determinado, pero no sería a instancia de parte, sino a instancia de un órgano judicial, denominada *certification*. *Certification* es «un procedimiento por el cual un tribunal federal de apelación pregunta al Tribunal Supremo o al tribunal jerárquicamente superior de un estado revisar una cuestión de derecho aplicable a un caso pendiente de resolver ante ese tribunal de apelación sobre la que necesita ayuda.» BLACK'S LAW DICTIONARY, GARNER, B.A., Editor in Chief, Abridged Seventh Edition, West Group, St. Paul, Minn., 2000, p. 179. Sobre *certification* véase LILLICH, R.B., y RAYMOND, T.M., «Federal Court Certification of Doubtful State Law Questions», 18 *U.C.L.A. L. Rev.* 888 (1971); MOORE & VESTAL, «Present and Potential Role of Certification in Federal Appellate Procedure», 35 *Va. L. Rev.* 1, (1949). Véase Regla 19 del Tribunal Supremo. También se puede acceder a la jurisdicción del Tribunal supremo a través de los *extraordinary writs* como por ejemplo el *writ of habeas corpus* (Véase Regla 20 del Tribunal

tes legales, cristalizando la verdadera transformación de su jurisdicción a lo largo de las décadas.

Nuestro trabajo contempla un recorrido desde el papel asignado originariamente al Tribunal Supremo de los Estados Unidos⁴ como cúspide jerárquica del sistema federal judicial⁵, guardián último de la Constitución⁶ y de los derechos y libertades civiles por ella consagrados⁷, centrado en una labor de tutela subjetiva de su contenido en el ordenamiento constitucional y de legislación federal, hasta la aprobación en 1988 de la legislación que culmina la histórica transformación de la jurisdicción del Tribunal Supremo, pasando de una jurisdicción ejercida de forma obligatoria (*mandatory jurisdiction*) con protagonismo de los mecanismos procesales del *writ of errors and appeal*, a una presidida por el carácter discrecional (*discretionary jurisdiction*) a través del *writ of certiorari*⁸. Esta transformación es reflejo de un cambio de mayor calado, el del papel del Tribunal Supremo dentro del sistema judicial y jurídico estadounidense.

Este cambio de naturaleza de la jurisdicción del Tribunal Supremo, de una admisión reglada a una libre selección de las demandas planteadas, de una labor subjetiva hacia una claramente objetiva, se lleva a cabo principalmente a través de varias reformas legislativas y del endurecimiento de los criterios de admisión de los recursos para revisar sentencias judiciales (apelación y *writ of certiorari*, principalmente), donde juega un papel predominante la importancia del caso o de la materia en cuestión.

Esta transformación ha sido provocada por las numerosas situaciones de saturación que el Tribunal Supremo ha sufrido a lo largo de su existencia, ante las que el legislador estadounidense ha reaccionado siguiendo desde el primer momento una clara línea de actuación: aumentando sucesivamente la discrecionalidad de la jurisdicción del Tribunal Supremo y reservando, de forma decreciente, la jurisdicción obligatoria para casos que trataran materias importantes y con efectos que trascendieran los simples intereses particulares de los litigantes.

Pero no sólo ha de atenderse a los cambios legislativos. El papel jugado por el Tribunal Supremo en la transformación de su jurisdicción ha sido incluso

Supremo). Véase STERN, R.L., GRESSMAN, E., SHAPIRO S.M., & GELLER, K.G., *Supreme Court Practice*, ob. cit., pp. 580-622.

⁴ Véase las imprescindibles Cartas 78-88 de HAMILTON, HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J., *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, México D.F., 2000.

⁵ Artículo III, Sección 1 de la Constitución.

⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁷ Ley Federal del Poder Judicial de 1789 (*Judiciary Act*).

⁸ La Constitución no establece en ninguna parte la forma en la que el proceso de revisión de decisiones judiciales debe ser llevada a cabo, ni de forma obligatoria, ni discrecional. *Senate Comm. On the Judiciary, The Supreme Court Jurisdiction Act of 1978*, S. Rep. N.º 95-985, 95th Cong., 2nd Sess. 8 (1978). La elección del *writ of certiorari* hunde sus raíces en la tradición del *Common Law* inglés y la práctica del Tribunal del Rey (*King's Bench*). BOSKEY Y GRESSMAN, E., «The Supreme Court Bids Farewell to Mandatory Appeals», 121 *F.R.D.* 81, (1988), p. 82.

más protagonista que el del mismo Congreso. Esto fue así no sólo por el fundamental impulso que los mismos jueces del Alto Tribunal (en adelante *justices*) confirieron a las diversas reformas legislativas, sino también por su decidido camino hacia la objetivación de sus funciones desde las primeras décadas del siglo XX a través de su jurisprudencia.

Centrándonos en su labor de mayor importancia según la doctrina, la aplicación e interpretación de la Constitución, el Tribunal Supremo ha pasado de tener que conocer todas las controversias constitucionales que se le plantearan, como estableció la primera Ley Federal de Poder Judicial de 1789 (*Judiciary Act 1789*), a conocer sólo de aquellas materias que el Alto Tribunal estimara constitucionalmente importantes, con un amplio margen de discrecionalidad, (Ley Federal de 27 de junio de 1988).

La práctica eliminación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Supremo y el papel protagonista de la discrecionalidad otorgada a sus jueces a través del *writ of certiorari* han llevado al Alto Tribunal a actuar de una forma centrada casi en exclusiva sobre materias controvertidas importantes que necesitan de la aclaración del último intérprete de la Constitución. La tutela subjetiva de los derechos fundamentales del Tribunal Supremo desaparece prácticamente, surgiendo el criterio de la importancia del caso como el prevalente para determinar si entra o no a valorar una determinada cuestión.

Este modelo de trabajo del Tribunal Supremo ha sido demandado a lo largo de décadas. Ha contribuido definitivamente a eliminar los problemas derivados de la sobrecarga de su trabajo y a permitir al Tribunal centrar sus esfuerzos en los casos que estime más importantes y trascendentales. Aunque ha sido mayoritariamente aceptado, la institución del *certiorari* ha suscitado problemas y críticas principalmente derivada de su nota discrecional.

El estudio de las ventajas y de los problemas de este modelo constituye una referencia de gran valor ante el cambio legislativo que sitúa al Tribunal Constitucional español en un escenario donde su papel será predominantemente el desarrollo de la dimensión objetiva de la Constitución. A pesar de muy buenos trabajos por plumas tan autorizadas como AHUMADA⁹, los debates sobre la reforma de la LOTC han revelado el poco rigor con el que a menudo se ha tratado la institución del *certiorari*. Este trabajo pretende profundizar en el estudio histórico-jurídico, legislativo, jurisprudencial y sobre todo crítico de una institución que sigue suscitando un gran debate en la doctrina estadounidense y que no debería pasar desapercibido para la nuestra.

⁹ AHUMADA RUIZ, M.ª A., «El «*certiorari*». Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, pp. 89-136.

II. LA TRANSFORMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO A TRAVÉS DE LA LEGISLACIÓN FEDERAL Y DE SU JURISPRUDENCIA: EL CRITERIO DE LA IMPORTANCIA COMO HILO CONDUCTOR DE LAS REFORMAS

2.1. *La Judiciary Act de 1789, posición originaria del Tribunal Supremo*

En virtud de la importantísima Ley del Poder Judicial Federal de 1789 (*Judiciary Act of 1789*)¹⁰, a través del cual se diseña la primera planta judicial federal estadounidense y cuyo esquema se mantiene en parte hoy día¹¹, el Tribunal Supremo tenía conferida la competencia de revisión de sentencias emitidas por tribunales inferiores, tanto estatales como federales, a través del «*writ of error*», que tenía que ser ejercida con carácter de obligatoriedad¹².

¹⁰ Ley de 24 de Septiembre de 1789, 1 Stat.73. (*Act of Sept.24, 1789, 1 Stat. 73*). Como el profesor WARREN señala, la ley del Poder Judicial de 1789 fue una postura intermedia entre el extremo punto de vista de los federalistas, que apoyaban que el poder judicial previsto en la Constitución debía ser conferido por el Congreso a los tribunales federales, y el punto de vista de aquellos que tenían al nuevo gobierno como un destructor de los derechos de los estados, que deseaban que todos los casos fueran decididos primero en los tribunales estatales y después, y solo en apelación (a través del *writ of errors*), por el Tribunal Supremo federal. WARREN, «New Light on the History of the Federal Judiciary Act of 1789», 37 *Harv. L. Rev.* 49, 131 (1923). Sobre la Ley del Poder Judicial Federal de 1789, véase también el interesante artículo AMAR, A.R., «Article III and the Judiciary Act of 1789: The Two-Tired Structure of the Judiciary Act of 1789», 138 *U. Pa. L. Rev.* 1499 (1990).

¹¹ La jurisdicción federal estaba formada por un primer nivel de primera instancia y dos con capacidad de revisión, a saber: tribunales federales de distrito o de primera instancia (*district courts*), y tribunales federales de circuito (*circuit courts*) con competencias de revisión, integrados en parte por jueces del Tribunal Supremo (*Supreme Court*). Un siglo después, la Ley *Evarts* de 1891 creó un nivel intermedio de apelación de tribunales entre los tribunales federales de circuito y el Tribunal Supremo, como se estudiará más adelante, los llamados tribunales federales de apelación (*federal courts of appeals*), positivizándose así el derecho a dos revisiones sobre una sentencia. Véase AHUMADA RUIZ, M.^a A., «El «*certiorari*». Ejercicio discrecional...», ob. cit., pp. 91 y 92.

¹² El proceso a través del cual el Tribunal Supremo ejercía su jurisdicción de forma obligatoria ha tenido una «larga y confusa historia». En un principio, el *writ of errors* era el único procedimiento por el que un caso conocido por un tribunal estatal podía llegar al Tribunal Supremo («Una decisión judicial final en cualquier juicio, en un tribunal estatal de última instancia tanto en Derecho (*suits in law*) como en Equidad (*suits in equity*), donde se declare la invalidez de un tratado internacional o de una ley o de otra norma jurídica federal; o donde se declare la constitucionalidad de una ley estatal o de otra norma jurídica estatal; o donde se cuestione la interpretación de una cláusula constitucional o de un tratado internacional o de una ley (...) federal que menoscabe un título, un derecho, un privilegio o una exención reclamado por una de las partes y contenido en la mencionada constitución, tratado internacional, ley federal (...), puede ser examinada de nuevo y rechazada o afirmada en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en virtud de un *writ of error* (...)\», Sección 25 de la Ley del Poder Judicial Federal de 1789, *Judiciary Act 1789, Act of Sept. 24, 1789, 1 Stat. 73*); si se cumplían con todos los requisitos, el Tribunal tenía la obligación de revisar la decisión del tribunal estatal. Pero el Tribunal Supremo también tenía la competencia de revisar las decisiones de los tribunales federales inferiores a través de una apelación (*appeal*) en juicios sobre equidad (*suits in equity*) o a través de un *writ of error* en juicios sobre controversias establecidas en el ordenamiento jurídico (*suits in law*). La ley federal de 31 de enero de 1928 (*Act of Jan. 31, 1928, 45 Stat. 54*), reformada por la Ley federal de 26 de abril de 1928, 45 Stat. 466, derogó el *writ of errors* y asimiló esta institución a la figura de la apelación. BOSKEY, B., y

Desde el principio de su historia, el Tribunal tenía que conocer muchos casos cuyo contenido distaba de ser de importancia nacional. Por este motivo, estaba obligado a diversificar sus esfuerzos y tiempo, apartándose de lo que era «su primera obligación, esto es, la fijación de la importancia constitucional o legal de la agenda de la nación»¹³.

2.2. *La Circuit Court of Appeals Act o Evarts Act de 1891. La reestructuración del Poder Judicial Federal y de la posición del Tribunal Supremo en el sistema judicial*

El primer intento del Congreso de los Estados Unidos para aliviar la carga de trabajo del Tribunal Supremo fue en 1891¹⁴, estableciendo el sistema actual de tribunales federales de apelación (*federal circuit court of appeals*) e introduciendo la revisión discrecional a través del *writ of certiorari*¹⁵.

Con anterioridad, el Tribunal Supremo había comenzado a mostrar síntomas de saturación por apelaciones y *writ of errors* principalmente tras la Guerra Civil, llegando a acumular un retraso de hasta tres años en la resolución de los casos¹⁶, lo cual desembocó en la promulgación de la Ley Federal de 1891 conocida como la Ley de Evarts (*Evarts Act 1891*) o Ley de Tribunales de Apelaciones (*Circuit Courts of Appeals Act 1891*)¹⁷.

GRESSMAN, E., «The Supreme Court Bids...», ob. cit., nota pie de p. n.º 2, p. 81. Sobre la importación del *writ of errors* del Derecho inglés y su implantación en el Derecho estadounidense, véase BILDER, M.S., «The Origin of the Appeal in America», 48 *Hastings L.J.* 913 (1997); SIMPSON, J.M., «Turning Over the Reins: The abolition of the Mandatory Appellant Jurisdiction of the Supreme Court», 6 *Hastings Const. L.Q.* 297, 301-307 (1979).

¹³ BOSKEY, B., y GRESSMAN, E., «The Supreme Court Bids...», ob. cit., p. 83.

¹⁴ Años antes y durante el siglo XIX la respuesta del Congreso a la sobrecarga del Tribunal Supremo fue dada «con retraso y poco a poco: los períodos de trabajo (*terms*) fueron ampliados, se aumentó el número de jueces del Tribunal Supremo y se redujo las obligaciones de los circuitos.» PROVINE, D.M., *Case selection in the United States Supreme Court*, the University Chicago Press, Chicago and London, 1980, p. 10.

¹⁵ La institución del *writ of certiorari* fue recogida por primera vez en la Ley del Poder Judicial Federal de 1789, inspirada en la tradición jurídica inglesa. Esta primera forma de *certiorari* era completamente distinta al *certiorari* como mecanismo para solicitar la revisión de una decisión judicial, que cristalizó por primera vez en la Ley *Evarts* de 1891. Aunque en Inglaterra el *writ of certiorari* fue usado por el Tribunal del Rey (*King's Bench*) para imponer su control jurisdiccional sobre el resto de los tribunales, los tribunales federales en virtud de la Ley del Poder Judicial federal de 1789 (*Judiciary Act of 1789*) no tenían competencia para usar el *certiorari* para imponer su jurisdicción en ningún caso sino que era usado como un «proceso auxiliar únicamente para suplir imperfecciones en el expediente o documentación de un caso (*record*) que ya se estuviera sustanciando ante el tribunal.» Tal *certiorari* no proporcionaba al Tribunal Supremo control discrecional sobre su jurisdicción. Sobre la institución del *certiorari* en el Derecho inglés y su relación con el *King's Bench* véase SMITH, S.A. DE, «The Prerogative Writs», 11 *Cambridge L.J.* 40, (1951) especialmente pp. 45-50, y en general, adoptando un punto de vista histórico véase JENKS, E., «The Prerogative Writs in English Law», 32 *Yale L.J.* 523 (1923).

¹⁶ Para consultar datos específicos véase HARTNETT, E., «Questioning Certiorari: some reflections seventy-five years after the Judges' Bill», 100 *Colum. L. Rev.* 1643, (2000), p. 1650.

¹⁷ Ley de Tribunales de Circuito de Apelaciones de 3 de marzo de 1891, *Circuit Court of Appeals Act of 1891*, ch. 517, 26 Stat. 826 (1891), codificado en diversas secciones que se encuentran dispersas a lo largo del Título del Poder Judicial (Title 28 U.S.C.).

El principal objetivo de la Ley *Evarts* era permitir al Tribunal Supremo concentrarse en sus funciones indispensables dentro del sistema federal (de las cuales conocía a través de *appeals* o *writs of errors*) librándole de la obligación de conocer de casos (*adjudication*) que no eran importantes o tenían efectos únicamente entre los litigantes¹⁸.

Se trató de alcanzar este objetivo a través de dos cambios. Por un lado, la creación de una instancia judicial intermedia, exclusivamente revisora, entre los tribunales federales inferiores (tribunales federales de circuito y de distrito, *United States circuit and district courts*) y el Tribunal Supremo, los denominados tribunales federales de circuito de apelaciones (*United States Circuit Courts of Appeals*)¹⁹; por el otro lado, a través del cambio de la institución del *certiorari*.

La Ley *Evarts* distribuyó las materias en las respectivas jurisdicciones revisoras del Tribunal Supremo y de los nuevos tribunales federales de circuito de apelaciones (*United States Circuit Courts of Appeals*). La Sección 5 de la citada ley reservó seis materias concretas sobre las cuales el Tribunal Supremo tenía jurisdicción obligatoria de apelación, directamente desde los tribunales federales de distrito (*district courts*) y de circuito (*circuit courts*), a través de una apelación (*appeal*) y de un *writ of error*. Estas seis materias especiales eran: 1) en cualquier caso en que se cuestionara la jurisdicción del tribunal; en esas materias, la cuestión sobre jurisdicción debía ser preguntada al Tribunal por separado desde el tribunal inferior que decidía; 2) en sentencias finales (*final sentences*) sobre recompensas o cualquier cosa capturada en el mar como motivo de un naufragio o de guerra (*prizes cases*); 3) en casos de condena capital (*conviction of a capital*) o cualquier otro «*crimen infame*»; 4) en cualquier caso que implicara la interpretación o aplicación de la Constitución de los Estados Unidos de América; 5) en cualquier caso en que la constitucionalidad de una ley federal o la validez o interpretación de cualquier tratado internacional fuera cuestionada; 6) en cualquier caso en que se denunciara que la constitución o la ley de un estado estuviera en contra de la Constitución de los Estados Unidos. El resto de materias pasaban a la jurisdicción revisora de los tribunales federales de circuito de apelaciones, una vez decididas por los tribunales inferiores (*United States district and circuit courts*)²⁰.

¹⁸ Justice FRANKFURTER, en *Dick v. New York Life Ins. Co.*, 359 U.S. 437 (1956), p. 448, citando 21 Cong. Rec. 3403-3405, 10220-10222; 22 Cong. Rec. 3585.

¹⁹ Hay que diferenciar por tanto los tribunales federales de circuito (*United States circuit courts*) que tenían jurisdicción original en algunas materias, de los tribunales federales de circuito de apelaciones (*United States circuit courts of appeals*) que sólo tienen jurisdicción revisora. Los primeros fueron derogados a partir de 1925 quedando actualmente tan sólo estos nuevos tribunales de apelaciones (*United States courts of appeals*) o también llamados tribunales de circuito (*United States circuit courts*).

²⁰ Sección 5 de Ley de 3 de marzo de 1891, 26 Stat. 828, c.517. En virtud de la Sección 6 de la misma Ley se le otorgó a los tribunales federales de circuito de apelación (*federal circuit court of appeals*) la competencia para revisar a través de apelación (*appeal*) o *writ of errors* las decisiones finales de los tribunales de circuito (*circuit courts*) o de distrito (*district courts*) en todos los casos excepto los enumerados en la Sección 5, anteriormente expuesta, a no ser que la ley estableciera otra cosa. De esta

La Sección 6 de la Ley *Evarts* confirió a las sentencias de estos tribunales federales de apelaciones el carácter de final, por lo que estas decisiones sólo podían ser revisadas por el Tribunal Supremo si discrecionalmente accedía a ello, tras la aceptación de una solicitud de *certiorari*. Así fue introducido²¹ «el entonces revolucionario, aunque ahora familiar, principio de revisión discrecional de decisiones tomadas por tribunales federales a través del *writ of certiorari*»²².

Por tanto, la potestad revisora del Tribunal Supremo fue modificada. El Alto Tribunal estadounidense obtuvo competencia para revisar tanto las sentencias con carácter firme de los tribunales federales de circuito de apelaciones, a través de una o de un *writ of certiorari*²³ (Sección 6 de la Ley *Evarts*), como las sentencias de los tribunales federales inferiores que trataran de las materias establecidas en la Sección 5, las cuales debía conocer de manera obligatoria. Precisamente, la trascendencia constitucional o, usando los términos de la Ley *Evarts*, la aplicación e interpretación constitucional, es una materia que debía ser conocida por el Tribunal Supremo con carácter de obligatoriedad, como así establecía la citada sección 5.

En los años inmediatamente posteriores a esta reforma, el Tribunal Supremo estableció repetidamente que ejercitaría la competencia del *cer-*

forma, las materias que no podían ser conocidas por el Tribunal Supremo, eran conocidas por estos tribunales federales de apelación de nueva creación, con lo que se garantizaba el derecho de apelación en todos los casos.

²¹ En su versión como mecanismo para revisar decisiones discrecionalmente y no como procedimiento para suplir imperfecciones de la documentación de un caso como ha sido explicado anteriormente.

²² FALLON R., MELTZER D., SHAPIRO D., «Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System», 5th Edition, Foundation Press Thompson West, New York 2003, p. 37. Las materias en las que el Tribunal Supremo obtuvo la competencia de revisar las decisiones de estos nuevos tribunales a través de «*writ of certiorari*» eran principalmente casos por diversidad (*diversity*), derecho marítimo (*admiralty*), derecho de patentes (*patent*), casos sobre ingresos (*revenue cases*) y casos de Derecho Penal (*criminal prosecutions*), Sección 6 de la Ley *Evarts*.

²³ También a través de una *certification*. Sin embargo, no vamos a prestar atención a esta institución porque su planteamiento está reservado a los tribunales y porque apenas se usa en la actualidad. Con anterioridad a la *Judges' Bill* de 1925 que se estudia a continuación, el Tribunal Supremo no controlaba totalmente su agenda. Además de las apelaciones, los tribunales inferiores podían tener acceso a la determinación de la agenda del Tribunal Supremo a través de la «*certification*». Pero, conforme el Tribunal Supremo aumentaba el poder para determinar su propia agenda equiparando las apelaciones a los *certiorari*, también privó a los tribunales inferiores de la posibilidad de influir en los casos que el Tribunal Supremo conocía. Este proceso empezó también poco después de la promulgación de la Ley de los Jueces de 1925. FRANKFURTER y LANDIS reconocieron que «el Tribunal Supremo puede denegar las solicitudes de *certiorari*, pero las preguntas certificadas debían ser contestadas» (FRANKFURTER and LANDIS, «The Business of the Supreme Court at October Term, 1929, 44 *Harv. L. Rev. J.*, (1930), p. 35. En realidad, el uso del mecanismo de la *certificación* por parte de los tribunales inferiores fue desincentivado por el propio Tribunal Supremo, hasta el extremo de que FRANKFURTER y LANDIS detectaran cierta hostilidad hacia ella. La hostilidad continuó, llevando a los tribunales de apelaciones a ser reacios en la presentación de certificaciones, hasta el punto de que entre 1946 y 1985 el Tribunal solo aceptó cuatro certificaciones. Hoy día, la *certificación* es una institución prácticamente muerta.

tiorari sólo en casos de gravedad e importancia general o para asegurar la uniformidad en la decisión entre dos o más tribunales federales de apelación (*federal circuit courts of appeals*) o entre tribunales federales de apelación y tribunales estatales²⁴. Aquellos casos en los que sólo estuviera en juego la determinación de hechos controvertidos o la aclaración de aspectos legales sin trascendencia alguna, no serían merecedores de la revisión por el Tribunal Supremo²⁵.

2.3. *Las Leyes Federales de 23 de Diciembre de 1914 y de 6 de septiembre de 1916. Modificaciones en la jurisdicción del Tribunal Supremo frente los tribunales estatales*

En 1914 el Congreso comenzó a legislar una serie de medidas que produjeron una reestructuración fundamental en la competencia del Tribunal Supremo para revisar sentencias de tribunales federales y estatales. Mientras la revisión en el siglo XIX había sido llevada a cabo exclusivamente a través del *writ of errors*, estas reformas del principio de siglo XX concedieron al Tribunal Supremo un mayor grado de discrecionalidad en el manejo de su agenda. Al dividir los casos en dos categorías distintas dependiendo de la forma de su revisión, revisión obligatoria (*mandatory appeal*) y revisión discrecional a través del *writ of certiorari* (*discretionary certiorari*) el Congreso empezó a diferenciar entre varios tipos de casos dependiendo de su importancia o trascendencia nacional (*national importance*). En este proceso, la categoría de los casos que originaba la revisión obligatoria fue reduciéndose paulatinamente.

En 1914 el Congreso aumentó por primera vez desde la *Judiciary Act* de 1789 la competencia de revisión del Tribunal Supremo (*Supreme Court's appellate jurisdiction*). La Ley Federal de 23 de Diciembre de 1914²⁶ concedió al Tribunal Supremo la competencia para revisar decisiones judiciales a través del *certiorari* (*Supreme Court certiorari jurisdiction*) sobre casos en los cuales una ley federal, un tratado internacional, un precedente judicial consolidado (*authority*) o derecho hubieran sido manejados (*sustained*) en un tribunal estatal, o en

²⁴ BOSKEY, B., y GRESSMAN, E., «The Supreme Court Bids...», ob. cit., pp. 83-84.

²⁵ Como en su momento el *Chief Justice* HUGHES explicó acerca del adecuado uso de la revisión judicial discrecional a través del *certiorari*: «los archivos de los casos (*records*) están repletos de testimonios y pruebas sobre los hechos. Pero las cuestiones en los *certiorari* son cuestiones jurídicas. Muchos casos contienen hechos, principios jurídicos que no suponen una controversia. Sólo cuando los hechos están entrelazados con las cuestiones jurídicas que debemos revisar, las pruebas han de ser examinadas, y solo en tanto en cuanto sea necesario para decidir las cuestiones jurídicas. Esto elimina desde el primer momento un gran número de controversias sobre hechos donde las partes han sido oídas en los tribunales inferiores y no tienen derecho para cargar al Tribunal Supremo con una disputa que no interesa a nadie más que a ellos mismos», en *S. Rep. No. 711, 75th Cong., 1st Sess. 40*, según cita FRANKFURTER en *Dick v. New York Life Ins. Co.*, 359 U.S. 449 (1959), p. 455.

²⁶ *Act of Dec. 23, 1914, ch.2, 38 Stat. 790*.

los cuales una ley estatal hubiera sido declarada contraria a una ley federal en un tribunal estatal.

Aunque el *certiorari* ya había sido utilizado en la Ley *Evarts* al establecer los tribunales federales de circuito de apelaciones, la ley federal de 1914 supuso la primera aparición de este modo discrecional de revisión en la jurisdicción de apelación sobre casos conocidos por tribunales estatales (*Court's appellate jurisdiction over state cases*). En opinión de SIMPSON, esta extensión indirectamente indica la importancia que el Congreso confería a los casos que permanecían dentro de la categoría de revisión obligatoria.²⁷ En esta línea, el Comité sobre la ampliación de la Jurisdicción del Tribunal Supremo en el Senado apoyó esta extensión del uso de la revisión discrecional a través del *certiorari* al considerar que «éste (uso del *certiorari*) asegurará la posibilidad de una revisión de todos los casos que tengan cualquier tipo de importancia pública, y al mismo tiempo proteger la agenda del Tribunal Supremo de sobrecarga con una multitud de casos en las que las apelaciones son presentadas con el único propósito de retrasar el proceso»²⁸.

En 1916 el Congreso realizó otro cambio importante en la jurisdicción de apelación (*Court's appellate jurisdiction*) sobre los estados. La Ley Federal de 6 de Septiembre de 1916²⁹ fue aprobada con la finalidad de que el Tribunal Supremo pudiera tener más control sobre su agenda pudiendo rechazar el conocer casos de poca importancia (*minor importance*). Este objetivo cristalizó a través de considerar «como finales las decisiones de los tribunales estatales y de los tribunales federales de apelaciones en ciertos tipos de materias, dejando a revisión discrecional del Tribunal Supremo la protección de cualquier interés nacional que estuviera incluido en el caso»³⁰.

La ley federal de 6 de septiembre de 1916 establecía que el *writ of errors* solo podía ser utilizado en dos ocasiones, reflejando como señala el Informe del Senado que acompañó el proyecto de ley de 1916, que las distinciones entre casos que dibujaba este proyecto se basaban, efectivamente, en la importancia de ciertos tipos de casos³¹.

²⁷ SIMPSON, J.M., «Turning Over the Reins...», ob. cit., p. 308.

²⁸ *Senate Comm. On the Judiciary, Enlargement of the Appellate Jurisdiction of the Supreme Court of the United States, S.Rep. No.161, 63d Cong., 2d Sess.2 (1914)*.

²⁹ *Act of Sept. 6, 1916, ch. 3, 39 Stat. 727*.

³⁰ FRANKFURTER, «The business of the Supreme Court of the United States-A study in the federal judicial system», 40 *Harv. L. Rev.* 834 (1927), p. 834.

³¹ *S.Rep. No. 775, 64th Cong., 1st Sess. 3*. Este informe sugería que «este cambio permitiría al Tribunal Supremo más tiempo para la determinación expedita de aquellos (casos) que fueran importantes (*real substance*): 1) cuando una decisión judicial federal consolidada (*federal authority*) o una provisión constitucional, legal (*statutory provision*) o internacional fuera anulada por un tribunal estatal y; 2) cuando se declarara la conformidad de una norma estatal enfrentada con una federal. El resto de los casos eran susceptibles de ser revisados únicamente por la concesión de un *certiorari*, con independencia de la sentencia del tribunal estatal. De particular importancia fue el cambio de declarar como finales, y por tanto sólo revisables discrecionalmente a través de *certiorari*, las sentencias de los tribunales federales de circuito de apelaciones (*United States circuit courts of appeals*) que fallaran en virtud de la Ley Federal de Responsabilidad de los Empresarios (*Federal Employers' Liability Act*), pues las demandas en virtud de esta ley colap-

Por tanto, la importancia de la materia a sustanciar era uno de los requisitos que la entonces 28 U.S.C. Sección 237 exigía para admitir una apelación que solicitara la revisión de una sentencia de un tribunal supremo estatal³². De esta forma se abrió la primera puerta a la discrecionalidad en la admisión o no de una apelación en la jurisdicción del Tribunal Supremo.

La reforma legislativa de 1916 redujo temporalmente el número de casos que llegaban al Tribunal Supremo vía *writ of certiorari* pero tras la Primera Guerra Mundial la carga de trabajo aumentó³³. En 1925 la situación de sobrecarga se volvió acuciante.³⁴

2.4. *La Judges' Bill de 1925, un gran paso en la eliminación del acceso a la jurisdicción del Tribunal Supremo como derecho*

Antes de acceder al Tribunal Supremo, el ex presidente de los EEUU, William Howard TAFT llevó a cabo una intensa campaña para su ingreso en el Alto Tribunal, que consiguió en 1921 y del que llegó a ser presidente. La piedra angular de su discurso era la necesidad de una reforma sustancial en el sistema judicial, tanto en el federal como en el estatal³⁵. Por supuesto, el que fuera principal artífice de la reforma en la jurisdicción del Tribunal Supremo de 1925, tenía entre sus prioridades dar una solución a la saturación de la agenda de trabajo del Tribunal.

Según TAFT, la función más importante del Tribunal Supremo era la interpretación y la aplicación de la Constitución de los Estados Unidos (*construction and application of the constitution*)³⁶. Por ello, los únicos casos en los que el Tribunal Supremo debería ejercitar su jurisdicción de forma obligatoria y los únicos casos que los litigantes deberían poder llevar ante el Tribunal Supremo

saban los tribunales, a pesar de que su contenido versaba únicamente de hechos controvertidos y sus efectos no se extendían más allá de las partes litigantes.

³² El Tribunal Supremo declaraba su jurisdicción en virtud de la Sección 237 «si ... (5) la cuestión federal es importante.» Sobre la importancia de las cuestiones federales en las apelaciones de las sentencias de los tribunales supremos de los estados véase ULMAN F.J., y SPEARS, F.H., «Dismissed for Want of Substantial Federal Question», 20 *B.U.L. Rev.* 501, (1940).

³³ Principalmente, por la masiva cancelación de contratos de guerra por el gobierno y leyes restrictivas de diversa índole. SIMPSON, J.M., «Turning Over the Reins...», ob. cit., p. 310.

³⁴ El 80% de la agenda del Tribunal Supremo estaba constituida por *writs of errors*, y con frecuencia los casos se tardaban en resolver 24 meses. Véase FRANKFURTER, «The business of the Supreme Court of the United States...», ob. cit., p. 836, nota al pie de página 7.

³⁵ TAFT, W.H., «The attacks on the Courts and Legal Procedure», 5 *Ky.L.J.* 3 (1916), pp. 14-19 sobre reformas en el sistema federal, y pp. 19-23 sobre reformas en los sistemas estatales. Véase también TAFT, W.H., «Three Needed Steps of Progress», 8 *A.B.A.J.* 34 (1922).

³⁶ Aunque tuviera otros deberes que desempeñar, como la interpretación de las leyes y la formación y declaración del Derecho general, al aumentar continuamente el tamaño de la agenda del Tribunal Supremo debido al crecimiento del país, el trabajo que desempeñaría, por causa de las prisas, no sería de tan buena calidad como tendría que ser, y los litigantes ante el Tribunal sufrirían injusticias. TAFT, «The attacks on the Courts...», ob. cit., p. 18.

para su revisión sin posibilidad de ser rechazados, serían cuestiones sobre la aplicación y la interpretación constitucional.

En el resto de los casos, el Tribunal, de forma absolutamente discrecional, podría aceptar conocer, o no, las solicitudes de revisión demandadas por los litigantes. De esta forma, el Tribunal Supremo podría restringir su agenda y así hacer todo su trabajo de forma satisfactoria³⁷.

Cuando ingresó en el Tribunal Supremo, TAFT patrocinó un comité formado por jueces del mismo Tribunal³⁸ para la elaboración de propuestas legislativas sobre el poder judicial federal³⁹. Dicho comité puso de manifiesto el efecto negativo que el *writ of errors* suponía para la labor del Tribunal Supremo, ya que la mayoría de los casos, o bien su contenido carecía de importancia, o bien su finalidad era principalmente dilatoria⁴⁰.

Inspirados por la introducción del *certiorari* en la Ley *Evarts*, los jueces demandaron al Congreso poder llevar a cabo su función sin el vínculo de la revisión obligatoria de sentencias⁴¹. Como resultado, la Ley Federal de 13 de febrero de 1925, también conocida como el Proyecto de ley de los Jueces (*Judges' Bill*)⁴² sustituyó en un gran número de supuestos el acceso al Tribunal Supremo como derecho (a través del *writ of error*⁴³ o *apelación*) por el acceso dis-

³⁷ Ídem.

³⁸ *Justices Van Devarter, Mc Reynolds y Sutherland*, de ahí el nombre de «el Proyecto Ley de los Jueces» (*Judges' Bill*).

³⁹ Fueron los trabajos llevados a cabo por este comité los que conformaron en gran medida la Ley de 1925 con escasas aportaciones por parte de las cámaras legislativas federales, gracias a la vehemente defensa que llevaron a cabo los jueces. Sobre el proceso de negociación de TAFT y otros jueces del mencionado Comité con la Cámara de Representantes y el Senado y la casi inexistente oposición de estos últimos véase HARTNETT, E., «Questioning Certiorari...», ob. cit., pp. 1660-1704.

⁴⁰ *Hearings on S. 2060 and S. 2061 Before a Subcomm. of the Senate Comm. on the Judiciary, 68th Cong., 1st Sess. 25-26, 26 y 34 (1924)*.

⁴¹ El Congreso estuvo notablemente a favor de delegar en el Tribunal Supremo el poder de seleccionar los casos buscado por TAFT. Sólo el Senador demócrata por Montana, Thomas WALSH, luchó en solitario contra el contenido de la ley que el Tribunal Supremo pretendía, la cual describió como la encarnación de dos claras máximas históricas, una jurídica y otra política: la primera que «un buen tribunal siempre busca expandir su jurisdicción, y la política, tan a menudo afirmada por JEFFERSON, que el apetito por el poder crece tan pronto como es satisfecho», *62 Cong. Rec. 8547 (1922)*, citado por HARTNETT, «Questioning Certiorari...», ob. cit., nota pie de página n.º 6, p. 1646.

⁴² *Act of Feb. 13, 1925, ch.299, 43 Stat. 936*.

⁴³ Antes de 1925, el Tribunal Supremo tenía que conocer con carácter de obligatoriedad (a través de un *writ of errors*) las decisiones tomadas por un *tribunal federal de distrito (United States district courts)* en catorce materias. La legislación de 1925 redujo estos supuestos de derecho de apelación directa a solamente cinco: La revisión obligatoria se extendía únicamente a: 1) litigios en virtud de las leyes federales Antimonopolio (*Anti-trust Act*) y de Comercio Interestatal (*Interstate Commerce Act*); 2) litigios para ordenar la aplicación de leyes estatales u órdenes administrativas; 3) litigios para aplicar las órdenes de la Comisión Interestatal de Comercio (*Interstate Commerce Commission*); 4) litigios en virtud de la ley Federal de *Stockyard and Packers* de 1921; 5) *Writs of errors* planteados por los Estados Unidos en casos penales. Ley de 13 de Febrero de 1925, *ch.299, 43 Stat. 936*; BUNN, C.W., «The New Appellate Jurisdiction in Federal Courts», *9 Minn. L. Rev. 309, (1925)*, p. 311. El resto de los litigios planteados en los tribunales federales de distrito (*United States district courts*) sólo podían ser revisados por los *tribunales federales de circuito de apelaciones (United States circuit courts of appeals)*. La Ley

crecional a través del *writ of certiorari*, naciendo, como afirma HARTNETT, el actual Tribunal Supremo⁴⁴.

El tema central de la nueva reforma en la jurisdicción del Tribunal Supremo fue mantener al Alto Tribunal como el árbitro de las cuestiones de importancia nacional (*issues of national importance*). Para ello, el principal objetivo del proyecto de ley fue «rebajar la congestión de la sobrecargada agenda del Tribunal Supremo (...) a través de restringir la obligatoriedad en la revisión de sentencias (*obligatory appellate jurisdiction*) por parte del Tribunal a casos y procedimientos de un carácter e importancia que suponga el derecho a ser revisada por el Tribunal Supremo, deseable desde un punto de vista público»⁴⁵. Pero, según FRANKFURTER, este objetivo no podía ser logrado en tanto en cuanto siguiera en pie «la obstinada concepción de que el Tribunal Supremo era el protector de todos los derechos federales (tutela subjetiva del Tribunal Supremo de los derechos fundamentales). Esta concepción fue completamente eliminada por la Ley de los Jueces» de 1925 (*Judges' Bill*)⁴⁶. De esta forma, los casos que no representaban un interés público general fueron dejados en manos de tribunales estatales de última ins-

Federal de 1925 puso fin al derecho de apelar en dos ocasiones. Todas las decisiones de los tribunales federales de circuito de apelaciones (*United States circuit courts of appeals*), al ser finales, sólo eran revisables por el Tribunal Supremo a través del discrecional *writ of certiorari*. De las decisiones de los tribunales federales, tan sólo se mantuvo la revisión obligatoria cuando se declarara inconstitucional una ley federal o una ley estatal. Por último, los litigios provenientes de los *tribunales estatales* que el Tribunal Supremo debía conocer obligatoriamente fueron reducidos a dos tipos: 1) donde la constitucionalidad de una ley estatal era puesta en cuestión y el fallo era a favor de la validez; 2) donde se declarara la inconstitucionalidad de una ley federal o de un tratado internacional. (Ley de 13 de Febrero de 1925, *ch.299, 43 Stat. 936*, Sección 237, p. 937). Por tanto, el Tribunal Supremo tenía poder para decidir todos los casos sobre los que podía decidir antes del cambio de 1925. El cambio estribó en que, en virtud de la ley de 1925, sólo las controversias que contuvieran cuestiones de importancia nacional o general deberían ser resueltas obligatoriamente por el Tribunal Supremo. Para el resto de los casos, la Ley de 1925 concedía discrecionalidad al Tribunal para aceptar las solicitudes de *certiorari*. FRANKFURTER, F., & LANDIS, J., «The Supreme Court Under the Judiciary Act of 1925», 42 *Harv. L. Rev.* 1 (1928), pp. 2-3.

⁴⁴ HARTNETT, E., «Questioning Certiorari...», ob. cit., p. 1644.

⁴⁵ *Procedure in Federal Courts: Hearings on S. 2060 and S. 2061 Before a Subcomm. of the Senate Comm. on the Judiciary, 68th Cong., 1st Sess. 25-26, 6-7 (1924)*. Un segundo objetivo era preservar las competencias de revisión obligatoria necesarias para satisfacer las demandas de un esquema federal. Por tanto, el Tribunal Supremo debía conocer obligatoriamente de decisiones de tribunales estatales que invalidaran leyes federales o que declararan la inconstitucionalidad de una ley estatal, así como de decisiones tomadas por tribunales federales de apelación que invalidara una ley estatal por ser contraria al Derecho federal, constituyendo éstas el mayor número de fuentes de revisión obligatoria (*mandatory appeals*). BOSKEY, B., y GRESSMAN, E., «The Supreme Court Bids...», ob. cit., pp. 88-89.

⁴⁶ Durante los debates sobre la legislación de 1925, TAFT señala ante el Senado hasta catorce tipos de casos o litigios que debían ser revisados obligatoriamente (*as a matter of right*) por el Tribunal Supremo tras haber sido revisados previamente por un tribunal federal de circuito de apelaciones, entre los que se encontraba la tutela de los derechos federales constitucionales de los ciudadanos, *Hearing before a subcommittee of the comité on the Judiciary, Senate, 68th Cong., 1st Sess. On S. 2060 y S. 2061, Feb. 2, 1924, at 23*, como señala FRANKFURTER «The business of the Supreme Court of the United States – A study of the federal judicial system», 40 *Harv. L. Rev.* 834 (1927), p. 841, nota a pie de página n.º 23.

tancia (*state courts of last resort*)⁴⁷ y de los tribunales federales de circuito de apelaciones (*United States circuit courts of appeals*)⁴⁸, reservando siempre al Tribunal Supremo el poder para determinar el interés nacional en todos los casos⁴⁹, de forma obligatoria, o discrecional a través del *writ of certiorari*.

Esta decisión de permitir al Tribunal Supremo la determinación de la existencia de una cuestión tan importante como para ser merecedora de su atención, salió adelante en detrimento de una enumeración más o menos taxativa de materias cuya trascendencia mereciera la revisión por parte del Tribunal. Los jueces del Tribunal Supremo, durante los debates ante el Congreso y el Senado, ante la dificultad que entraña la selección de materias importantes y el rechazo de materias poco importantes, se pronunciaron a favor de dejar al Tribunal Supremo decidir en cada caso qué era importante y qué no, como finalmente fue aprobado⁵⁰. Así, de acuerdo con TAFT, el Tribunal Supremo elegiría casos que ayudaran a expandir y a consolidar principios generales de Derecho, que preservaran la uniformidad en las decisiones entre tribunales intermedios, casos que incluyeran cuestiones de validez constitucional de leyes tanto federales como estatales, cuestiones genuinas sobre los derechos constitucionales de las personas, la interpretación de las leyes federales cuando afectaran a un número importante de personas o cuestiones de Derecho general que necesiten de aclaración.⁵¹ De esta forma, se puso en manos del Tribunal Supremo un amplio

⁴⁷ Véase BLAIR, P., «Federal Appellate Procedure as Affected by the Act of February 13, 1925», 25 *Colum. L. Rev.* 393 (1925), pp. 394-396.

⁴⁸ A partir de la Ley Federal de 1925, «con excepciones de poca importancia, un *writ of certiorari* era el único método de revisión de una decisión de un tribunal federal de apelaciones (*Circuit Court of Appeals*), a menos que un tribunal eligiera «preguntar» (*certification*) sobre las cuestiones del caso.» BLAIR, P., «Federal Appellate Procedure...», ob. cit., p. 407.

⁴⁹ FRANKFURTER, «The business of the Supreme Court of the United States...», ob. cit., pp. 839-840.

⁵⁰ Una reproducción de los fragmentos de los debates más interesantes respecto de esta trascendental cuestión, tanto en el Congreso como en el Senado, pueden ser leídos en HARTNETT, «Questioning Certiorari: some reflections...», ob. cit., pp. 1684-1904.

⁵¹ En opinión de TAFT, «Ningún litigante tiene derecho a más de dos oportunidades, a saber, el juicio en primera instancia y una revisión, y los tribunales intermedios han sido creados con ese propósito. Cuando un caso llega más allá de esto, no es primordialmente para garantizar los derechos de los litigantes. La función del Tribunal Supremo es expandir y estabilizar los principios jurídicos (*principles of law*) en beneficio de la gente del país, incluyendo cuestiones constitucionales y otras cuestiones de mera legalidad importantes para el interés general (*public benefit*). Es para preservar la uniformidad en la decisión entre los tribunales de apelación intermedios», pronunciado en los debates en el Comité sobre el Poder Judicial del Congreso (*Hearings before the Committee on the Judiciary of the House of Representatives on H. R. 10479, 67th Cong., 2d Sess.*). En la misma línea, escribiendo para el Tribunal Supremo: «La jurisdicción (para revisar decisiones de los tribunales federales de apelación) no fue conferida a este Tribunal meramente para dar a la parte derrotada en el Tribunal federal de apelaciones otra audiencia.» En *Magnum Import Co. v. Coty*, 262 U.S. 159 (1923) p. 163. «La teoría acertada en la Ley de 1891 (*Ley Everts*) y en esta nueva Ley (*Judges' Bill* 1925) es que los litigantes tienen sus derechos suficientemente protegidos por una audiencia o un juicio en los tribunales de primera instancia y por una revisión en un tribunal federal de apelación inmediato. La función del Tribunal Supremo es concebida, no para remediar el error concreto de un litigante, sino para la consideración de casos cuya decisión implica principios, la aplicación de principios que son de pública trascendencia o de interés estatal, y que deberían ser declarados por un

poder discrecional para la admisión o rechazo de las solicitudes de revisión de sentencias sin prácticamente parámetros o criterios que condicionaran estas aceptaciones.

Por tanto, a partir de la legislación de 1925, la función protectora de los derechos fundamentales (*civil rights*) por parte del Tribunal Supremo cambia de orientación de forma acusada. La competencia que tiene sobre la protección de los derechos fundamentales se centra en una tutela más objetiva que subjetiva. Es decir, sólo acepta conocer casos que afecten a derechos federales de la persona si incluyen alguna cuestión de importancia o trascendente a los meros intereses de los litigantes (ya sea de hecho, como la pena de muerte, o de Derecho, como la interpretación o aclaración de un precepto constitucional o el juicio de constitucionalidad de una ley) o para un amplio número de personas⁵², y todo ello a través de una discrecionalidad ausente de parámetros y criterios que influyeran definitivamente esas admisiones.

2.5. 1925-1988: la paulatina desaparición de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Supremo. La convergencia de las características definitorias del certiorari y del appeal

El Tribunal Supremo siempre ha estado un paso por delante del Legislador estadounidense demandando un margen de libertad más amplio para decidir los casos que estimara relevantes y afrontar la sobrecarga de trabajo. Esta demanda ha cristalizado en su jurisprudencia y en la manera de ejercitar su juris-

tribunal cuya decisión no sea revisable. Tales casos deberían incluir cuestiones de validez constitucional (federal) de leyes tanto federales como estatales, cuestiones genuinas sobre los derechos constitucionales de las personas, la interpretación de leyes federales cuando afecten un gran número de personas, cuestiones de jurisdicción federal y a veces cuestiones dudosas de derecho general de una aplicación tan general que el Tribunal Supremo debe ayudar para aclarar la duda. Donde hay un conflicto de opinión entre los tribunales intermedios de apelación (Tribunales federales de apelación o *federal Circuit Courts of appeals*) y los tribunales supremos estatales, el interés público requiere ciertamente que el Tribunal Supremo conozca de esos casos, si su decisión soluciona el conflicto.» TAFT, W.H., «The Jurisdiction of the Supreme Court under the Act of February 13, 1925», 35 *Yale L. J.* 1, (1925), pp. 2-3.

Así se cristalizó en la Regla 35.5 del Tribunal Supremo que será estudiada más adelante: «Una revisión a través de *certiorari* no es una cuestión de derecho sino de discreción judicial justa (*sound judicial discretion*) y sólo será concedido cuando haya especiales e importantes razones para ello (...).»

⁵² Como *Justice* BRENNAN afirmó «(D)emasiado a menudo admitimos casos en los que en ese momento no hay necesidad para anunciar una nueva proposición jurídica y donde creemos que el tribunal inferior tan solo ha cometido un error. Pero desde que el Congreso promulgó la legislación de 1925, no se ha esperado del Tribunal Supremo que tenga esta función de corregir errores cometidos por los tribunales inferiores entre una de sus prioritarias», BRENNAN, W., «Some Thoughts On The Supreme Court Workload», 66 *Judicature* 230 (1983), p. 231. No obstante, a juicio de PROVINÉ, no está claro que el Congreso de los Estados Unidos cuando adoptó la *Judges' Bill* de 1925 estuviera de acuerdo con esa concepción del papel (que no fuera un tribunal para corregir los errores de los tribunales inferiores) que debería tener el Tribunal Supremo. Como ya hemos mencionado sólo un senador (WALSH) se opuso a esta modificación del rol del Tribunal. PROVINÉ, D.M., *Case selection in the...*, ob. cit., p. 12.

dicción, con ejemplos tan claros como la manera de desempeñar su jurisdicción original⁵³, la selección limitada de cuestiones planteadas en los *writs of*

⁵³ Sobre la jurisdicción original del Tribunal Supremo véase por todos FALLON, R.H., MELTZER, D.J., y SHAPIRO, D.L., *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System*, Thompson West, New York, 2003, pp.274-318. En virtud del Artículo III. Sección 2.2 de la Constitución el Tribunal Supremo tiene jurisdicción original en un número concreto de materias: «En todos los casos que afecten embajadores, cónsules y otros agentes diplomáticos (*Public Ministers*) y en aquellos casos en los que un estado sea parte.» El Artículo III Sección 2.2 es desarrollado por la 28 U.S.C. Sección 1251 (Ley de 25 de Junio de 1948 (*Act of June 25, 1948, ch 646, § 1, 62 Stat. 927*), modificada por la ley de 30 de Septiembre de 1978, (*PL. 95-393, Sección 8(b), 92 Stat. 810*). En virtud de la citada 28 U.S.C. Sección 1251, esta jurisdicción original puede ser ejercida exclusivamente por el mismo Tribunal Supremo o no. El apartado (a) confiere competencia exclusiva al Tribunal Supremo cuando exista una controversia entre dos estados. En cambio, el apartado (b) confiere competencia original pero no exclusiva en las controversias en las que embajadores, cónsules u otros agentes diplomáticos de países extranjeros son parte; en las controversias entre los Estados Unidos y un estado; en todos los procedimientos de un estado contra los ciudadanos de otro estado o contra extranjeros. En los casos contemplados por el apartado (b) de la Sección 1251 puede verse fácilmente la interpretación restrictiva a la que llegó el Tribunal y su cambio de postura desde casos como *Georgia v. Tennessee Copper Co.* 206 U.S. 230 (1907), donde el Tribunal conoció de la demanda del estado de Georgia contra una fábrica situada en Tennessee por emitir gases contaminantes, hasta por ejemplo *Washington. v. General Motors Corp.*, 406 U.S. 109 (1972); donde el Tribunal Supremo ha acabado por no querer conocer este tipo de casos (véanse otros claros ejemplos como *United States v. Nevada*, 412 U.S. 534 (1973); *Illinois v. City of Milwaukee*, 406 U.S. 91 (1972); *Utah v. United States*, 394 U.S. 89 (1969). Como sienta *Justice* DOUGLAS, el Tribunal sólo se verá obligado a ejercer su jurisdicción original única y exclusivamente «en casos apropiados», esto es, atendiendo «a la seriedad y a la dignidad de la demanda» (*seriousness and dignity of the claim*), además de la existencia de otro foro adecuado para la resolución de la demanda (*Illinois v. City of Milwaukee*, 406 U.S. 91 (1972), p. 94). En efecto, es doctrina consolidada del Alto Tribunal la reserva de su jurisdicción original «sólo cuando es necesario, y somos reacios a hacerlo cuando el demandante tiene otro foro judicial para solucionar adecuadamente su queja» (*United States v. Nevada*, 412 U.S. 534 (1973), p. 538), «para que nuestras crecientes obligaciones en la resolución de numerosas apelaciones no sufra» (*Washington. v. General Motors Corp.*, 406 U.S. 109 (1972), p. 109). Consecuentemente, PROVINE defiende que a partir de los años 70 esta parte de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Supremo, al igual que su jurisdicción por apelación (*appellate jurisdiction*) como se estudiará a continuación, ha adquirido un aspecto discrecional (PROVINE, D.M., *Case selection in the United States...*, ob. cit., p. 16). Ilustra especialmente este punto *Ohio v. Wyandotte Chemicals Corp.* 401 U.S. 493 (1971), sobre la contaminación del lago Erie por parte de dos empresas norteamericanas y una canadiense. El estado de Ohio demanda la jurisdicción original del Tribunal Supremo y éste afirma su competencia debido a la presencia de un demandado extranjero. Pero finalmente el Alto Tribunal declina su competencia basándose principalmente en una razón: el caso en cuestión requiere la resolución de cuestiones complejas, novedosas y técnicas que no implican problemas importantes de derecho federal, que son la principal responsabilidad de este Tribunal» (pp. 495-505). Por tanto, el Tribunal Supremo era un foro inadecuado para resolver una cuestión tan nueva, tan compleja que involucra aspectos científicos. Ilustra perfectamente esta doctrina la afirmación de *Justice* HARLAN «Existe la máxima en el derecho anglo-americano de que un tribunal que posee jurisdicción debe ejercerla (*Cobens v. Virginia*, 6 *Wheat*. 264, 404 (1821). No obstante, (...) (los) cambios en el sistema jurídico americano y el desarrollo en la sociedad americana han provocado considerar insostenible, desde un punto de vista práctico, la idea de que este Tribunal debe pretender conocer (*adjudicate*) todas o la gran mayoría de las controversias legales que pudieran surgir entre un estado y un ciudadano o ciudadanos de otro estado, incluso aunque la controversia pudiera versar sobre lo que es considerado como jurisdicción original de este Tribunal.» (*Ohio v. Wyandotte Chemical Co.*, 401 U.S. 493 (1971), p. 497 (otros aspectos de lo sentenciado en esta decisión han sido derogados por *International Paper Co. v. Ouellette*, 479 U.S. 481 (1987). Así pues, el Tribunal ha interpretado la competencia de jurisdicción original otorgada por la Constitución de la misma forma que el derecho de apelación creado por el Congreso, en el sentido que permite a los jueces del Tribunal Supremo rechazar la revisión. Como afirma PROVINE, esta disminución de vías procesales de revisión protege el poder que el Tribunal ostenta sobre su agenda de la misma forma que hace el *certiorari* (PROVINE, D.M., *Case selection in the United States...*, ob. cit., p. 17).

*certiorari*⁵⁴, o declinar ser un «tribunal de errores»⁵⁵, forzando en ocasiones los límites establecidos en la legislación.

⁵⁴ La discreción que vertebra la jurisdicción por *certiorari* (*certiorari jurisdiction*) opera no sólo en la selección de casos para revisar, sino también en la selección de las cuestiones (*issues*) para ser discutidas y decididas en casos particulares. Por tanto, al decidir si concede una solicitud de *certiorari* el Tribunal frecuentemente especificará que la revisión se limita a una o varias de las cuestiones presentadas. Ya en 1954, el Tribunal Supremo afirmaba que la solicitud de *certiorari* fija las materias en controversia, «a menos que nosotros limitemos, como frecuentemente hacemos para evitar cuestiones consolidadas, frívolas, o de derecho estatal.», *Irvine v. California*, 347 U.S. 128, (1954), pp. 129-130. Para una defensa sobre la admisión limitada de *certiorari* véase BICE, S.H., «The Limited Grant of Certiorari and the Justification of Judicial Review», 1975 *Wis. L. Rev.* 343 (1975). Un buen ejemplo es *Redrup v. New York*, 386 U.S. 767 (1967), véase FALLON, R.H., MELTZER, D.J., y SHAPIRO, D.L., *Hart and Wechsler's The Federal Courts...*, ob. cit., pp. 1591-1593. El Tribunal utiliza esta técnica para seleccionar y concentrar su atención en aquellas cuestiones de un caso que merecen ser revisadas (*worthy of review*), mientras que excluye aquellas que no revelan una base para merecerlo. STERN, R.L., GRESSMAN, E., SHAPIRO S.M., & GELLER, K.G., *Supreme Court Practice*, ob. cit., pp. 311-312. De esta manera, esto no es sólo positivo para que el litigante que responda al *certiorari* no tenga que hacerlo a cuestiones que no hayan sido esgrimidas por la otra parte, sino también para que el Tribunal se beneficie de ello, «forzando a las partes a centrarse en las cuestiones que el Tribunal haya señalado como particularmente importantes.» *Yee v. City of Escondido*, 503 U.S. 519 (1992), p. 536. (Véase Regla 14.1(a) del Tribunal Supremo establece que «Sólo las cuestiones expuestas en la petición (de *certiorari*), o incluidas claramente, serán consideradas por el Tribunal.» Poco después de que la «Ley de los Jueces» (*Judges' Bill*) entrara en vigor en 1925, el Tribunal Supremo reclamó la autoridad para admitir «*certiorari* limitados» (*limited grants of certiorari*). El famoso caso *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, (1928) de 1928 trató sobre la admisibilidad de una prueba obtenida a través de escuchas telefónicas no autorizadas. El juez TAFT expresó la opinión del Tribunal de limitar la revisión sólo a las cuestiones constitucionales, ignorando por tanto los posibles argumentos no constitucionales que pudieran fundamentar una decisión, como por ejemplo la regulación legal de la prueba: el *certiorari* fue «concedido con la limitación de que la audiencia ante el Tribunal (*hearing*) se limitara a la única cuestión de si el uso de la prueba de las conversaciones privadas de teléfono... interceptadas a través de pinchar el teléfono (o la red telefónica, *wire tapping*) supondría una violación de la Cuarta y de la Quinta Enmienda.» (p. 455). La postura de la mayoría de utilizar únicamente argumentos constitucionales no fue compartida por los jueces BRANDEIS, HOLMES y STONE. Por ejemplo, el Justice STONE expresó en su voto particular que «el efecto de la decisión de admitir un *certiorari* era limitar la discusión a una única cuestión», pero no «impedir (...) al Tribunal la consideración de cualquier otra cuestión que nosotros estemos que está presente en el caso» (p. 488). Véase también, por ejemplo, *Maryland Cas. Co. v. Jones*, 278 U.S. 596, (1928). Esta práctica de la admisión limitada del *certiorari* ha llegado a ser tan aceptada (Véanse entre otros, *California v. Mitchell Bros.' Santa Ana Theater*, 454 U.S. 90 (1981); *Pfaff v. Wells Electronics, Inc.*, 523 U.S. 1003 (1998); *Your Home Visiting Nursing Servs., Inc. v. Shalala*, 524 U.S. 925 (1998)) que, actualmente, en virtud de las Reglas del Tribunal Supremo, ninguna solicitud de *certiorari* contiene todas las cuestiones presentadas en el dossier del caso (*record of the case*) (HARTNETT, E., «Questioning Certiorari...», ob. cit., p. 1706. A veces, el Tribunal Supremo incluso admitía el *certiorari* y reescribía la cuestión presentada. Véase por ejemplo, *Jones v. United States*, 523 U.S. 1058 (1998), p. 1058, modificando la orden anterior de admisión del *certiorari* y limitando la petición a dos cuestiones que el Tribunal fijó; véase también PALMER, B., «Issue Fluidity and Agenda Setting on the Warren Court», 52 *Pol. Res. Q.* 39 (1999), p. 44).

⁵⁵ Como señala PROVIN, «(l)a creencia de que el Tribunal Supremo no debería tener como primera función el corregir los errores de los tribunales inferiores constituye un elemento importante en la concepción del Tribunal Supremo de sí mismo.» (PROVINE, D.M., *Case selection in the...*, ob. cit., p. 12). Justice HARLAN afirma que el hecho de que un caso haya podido ser decidido erróneamente, por sí solo, no es motivo suficiente para admitir un *certiorari*, como tampoco es para rechazarlo si el caso hubiera sido decidido correctamente (HARLAN, «Manning the Dikes», 13 *Record of N.Y.C. BAR Assn.*, 541, (1958), p. 551) porque, en efecto, «el Tribunal se ve a sí mismo no como un lugar para corregir errores en casos individuales, sino como un lugar para clarificar el Derecho» (PERRY, H.R. JR, *Deciding to Decide. Agenda Setting*

Estos límites (establecidos en la Constitución) son muy distintos si se trata de revisar un asunto a través de una apelación o un *writ of error*, o a través de un *writ of certiorari*. Mientras que a través de una apelación los recurrentes conservan el derecho de acceder a la jurisdicción del Tribunal Supremo y obtener una respuesta a su demanda si ésta cumple con los requisitos reglados de admisión, la figura del *certiorari* y su concesión está vertebrada por la discrecionalidad del Tribunal Supremo puesto que, como cristaliza la Regla 10, no es algo a lo que se tenga derecho sino que se basa en la discrecionalidad del Tribunal. Por este motivo, es en la decisión de las apelaciones y, de los *writs of error*, donde se aprecia más claramente la paulatina aplicación de la discrecionalidad por parte del Tribunal Supremo.

En primer lugar, En 1928, el término «*writ of errors*» se integró en la figura «*appeal*» sin alterar sustantivamente la ley.⁵⁶ Por tanto, a partir de 1928, el único mecanismo procesal para solicitar al Tribunal Supremo la revisión obligatoria (*as a matter of right*) de una decisión judicial es la apelación (*appeal*).

En teoría, *certiorari* y *appeal* abarcan diferentes factores. Mientras que la revisión a través del *certiorari* está limitada, en la práctica, a casos que presentan conflictos entre tribunales inferiores o cuestiones de importancia general (*general importance*)⁵⁷, la revisión a través de apelación tiende a tener un alcance más amplio, utilizándose en casos que no versen sobre cuestiones consolidadas (*settled issues*), que no sean intrascendentes o de poca importancia (*frivolous issues*) o que tengan consecuencias para otras personas más allá de las partes individuales⁵⁸.

in the United States Supreme Court, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1991, p. 220). A mayor abundamiento, uno de los jueces del Tribunal Supremo entrevistado por PERRY admite «Este no es un tribunal simplemente para asegurar que se haga justicia. Nosotros no podemos corregir todos los errores.» (PERRY, H.R. Jr, *Deciding to Decide...*, ob. cit., p. 266). El cometido principal del Tribunal Supremo es resolver los conflictos entre los tribunales inferiores y determinar las cuestiones de importancia. Por tanto, es función de los tribunales inferiores la aplicación de los principios establecidos por el Tribunal Supremo a todos los casos. «La carga y responsabilidad del Tribunal Supremo son demasiado grandes como para permitirle que revise y corrija todos los deslices cometidos por los tribunales inferiores en la aplicación de los principios aceptados» (STERN, R.L., GRESSMAN, E., SHAPIRO S.M., & GELLER, K.G., *Supreme Court Practice*, ob. cit., p. 255). La Regla 10 del Tribunal Supremo cristaliza toda esta doctrina: «una petición de *writ of certiorari* raramente será concedida cuando el error alegado consista en una errónea decisión sobre los hechos (*erroneous factual findings*) o la aplicación equivocada (*misapplication*) de una norma legal válida (*properly stated rule of law*).» En definitiva, como afirmó justice Clarence THOMAS «Nosotros no entramos en la mera corrección de un error a menos que haya casos extraordinarios como los que pueden verse a veces en los casos con pena de muerte. No decidiremos cuestiones sobre hechos (*factual issues*) y normalmente intentaremos decidir áreas que incluyan algunas cuestiones legales aplicables generalmente. Cuestiones surgen una y otra y otra vez en las solicitudes de *certiorari*, (...) nosotros lo que intentamos hacer es seleccionar aquellos que sean los mejores vehículos para decidir una cuestión importante y recurrente.» (*Judicial Conference of the Second Judicial Circuit of the United States*, 160 F.R.D. 287, (1994), p. 375).

⁵⁶ Ley de 31 de enero de 1928 (*Act. Of Jan. 31, 1928, ch.14, 45 Stat. 54, as amended by Act of Ape. 26, 1928, ch. 440, 45 Stat. 466*).

⁵⁷ Actual Regla 10 del Tribunal Supremo.

⁵⁸ SIMPSON, J.M., «Turning Over the Reins...», ob. cit., p. 315.

Sin embargo, este planteamiento teórico tuvo un desarrollo práctico bastante divergente y el Tribunal Supremo ahondó en las notas de discrecionalidad y selección de casos importantes dentro del ámbito de su jurisdicción obligatoria por medio, principalmente, de las decisiones sumarias (*summary dispositions*) de las apelaciones y de la declaración jurisdiccional (*jurisdictional statement*) de la Regla 12 del Tribunal Supremo.

1) En efecto, muchos de los casos sustanciados a través de apelaciones, principalmente aquellos que provenían de los tribunales estatales, no contenían cuestiones tan importantes o trascendentales como para merecer un proceso detallado ante el Tribunal Supremo. Mientras que, por un lado, el Tribunal se esforzaba en desarrollar técnicas sumarias de revisión, por otro el Tribunal «parecía sentirse obligado a dar una atención absoluta a casos que no lo merecían tanto.»

Finalmente, el Tribunal Supremo adoptó una política de tomar decisiones sumarias (*summary orders* o *summary dispositions*) en todas aquellas apelaciones que claramente habían sido decididas de forma correcta por el tribunal inferior. En el trámite de revisión, el Tribunal Supremo seguía todos los pasos procesales normales, pero en la decisión no se pronunciaba de manera pormenorizada sino de forma sumaria. Esta decisión sumaria consistía simplemente o bien en afirmar el juicio de un tribunal inferior⁵⁹ o bien en rechazar una apelación proveniente de un tribunal estatal⁶⁰.

Estas decisiones sumarias, como cualquier otro tipo de decisión del Tribunal Supremo, eran vinculantes⁶¹. Esta sumariedad generó una nueva pero confusa jurisprudencia para los tribunales inferiores, que no conseguían entender las normas contenidas en tales decisiones⁶². Esto fomentó aún más la

⁵⁹ Lo que es considerada como una decisión de fondo, al contrario de la concesión de un *certiorari*.

⁶⁰ BOSKEY, B., Y GRESSMAN, E., «The Supreme Court Bids...», ob. cit., pp. 91-92; véanse también las explicaciones de HELLMAN, A.D., «Case Selection in the Burger Court: A Preliminary Inquiry», 60 *Notre Dame L. Rev.* 947 (1985), pp. 953-956.

⁶¹ Mientras que «nosotros (los jueces del Tribunal Supremo) no teníamos discreción (*discretion*) para rechazar la apelación (*appeal*) de un tribunal estatal como sí la hubiéramos rechazado si el caso traído ante nosotros se hubiera presentado a través de un *certiorari*», el Tribunal «no estaba obligado a conceder al caso plena consideración (*plenary consideration*) como no hicimos; pero sí estábamos obligados a tratarlo por sus méritos. Lo hicimos al concluir que la apelación debería ser rechazada porque la posible inconstitucionalidad de la ley estatal no era importante (*substantial*).» Conforme a este razonamiento, el Tribunal Supremo concluyó que el tribunal inferior «no era libre para ignorar esta decisión sumaria (*summary pronouncement*)», lo que ha constituido un precedente vinculante. *Hicks v. Miranda*, 422 U.S. 332 (1975), p. 344. Sobre el valor vinculante de estas decisiones sumarias matizando la norma sentada por *Hicks v. Miranda* véase *Mandel v. Bradley*, 432 U.S. 173 (1977).

⁶² Como señalaron los mismos *justices* del Tribunal Supremo, estas decisiones sumarias (*summary dispositions*) eran «guías inciertas para los demás tribunales obligados a seguirlas, y con frecuencia creaban más confusión que claridad». Véanse las cartas que los miembros del Tribunal Supremo enviaron al Congreso y al Senado de los Estados Unidos sobre este tema: «Letter from all nine Justices of the United States Supreme Court to Congressman Kastenmeier», 17 de junio de 1982, en *H.R. Rep. No. 100-660, appendix (26 de mayo de 1988)* y «Letter from all nine Justices of the United States Supreme Court to Senator DeConcini», 22 de junio de 1978, en GRESSMAN, E., «Requiem for the Supreme Court's Obligatory Juris-

idea de conceder al Tribunal Supremo más discrecionalidad en la elección de aquellos casos que mejor respondieran a su misión histórica: resolver casos de importancia nacional, conservar la supremacía de la Constitución y conseguir una razonable uniformidad de las decisiones judiciales; y para esto, «como el mismo Tribunal reconoció y reiteró, sólo había una solución (...): eliminar o reducir la jurisdicción obligatoria (*mandatory jurisdiction*) del Tribunal Supremo»⁶³.

En consecuencia, en el caso de la apelación, la discrecionalidad se extiende únicamente a considerar si se dedica plena atención o no al caso planteado, pero el Tribunal debe pronunciarse sobre el fondo del asunto (*on the merits*) obligatoriamente por su naturaleza no discrecional, aunque sea una afirmación sumaria (*summary affirm*), lo cual es considerado como precedente vinculante⁶⁴. Sin embargo, no existen normas que determinen en qué supuestos el Tribunal considerará de manera sumaria (*summary consideration*) o le prestará plena atención (*plenary consideration*) a la apelación⁶⁵.

Ya en 1902, en *Equitable Life Insurance Society v. Brown*⁶⁶, el Tribunal Supremo declaró que una apelación (*writ of error* en este caso) sería considera-

dition», 65 *A.B.A. J.* 1325, 1328 (1979), citado en CORDRAY, M.M., y CORDRAY, R., «The Supreme Court's Plenary Docket», 58 *Wash. & Lee L.Rev.* 737, (2001), notas a pie de página 87 y 88.

⁶³ BOSKEY, B., y GRESSMAN, E., «The Supreme Court Bids...», ob. cit., p. 94.

⁶⁴ En cambio, la no admisión a trámite de un *certiorari* no significa nada, no aporta ninguna norma vinculante para los tribunales inferiores. Sobre esta diferente naturaleza y toda la discusión tanto doctrinal como jurisprudencial véase STERN, R.L., GRESSMAN, E., SHAPIRO S.M., & GELLER, K.G., *Supreme Court Practice*, ob. cit., pp. 276-277, y bibliografía y jurisprudencia allí citada.

⁶⁵ Tradicionalmente, la revisión por apelación (*appeal review*) otorgaba el derecho a la reconsideración de todo el caso en cuestión y a una audiencia ante el Tribunal Supremo. Pero durante muchos años, tan sólo un pequeño número de las apelaciones presentadas ante el Alto Tribunal han obtenido plena consideración (*plenary consideration*). En efecto, el Tribunal ha rechazado conceder plena consideración y audiencia a aquellas apelaciones que estimara no contuvieran cuestiones importantes (*substantial questions*), basándose en la exigida declaración jurisdiccional (*jurisdictional statement*, Regla 12) para demostrar la jurisdicción del Tribunal Supremo en el caso del apelante, o en la contestación del apelado, como se estudiará a continuación. Hasta la promulgación de la legislación de 1988, aproximadamente el 75 por ciento de las apelaciones eran resueltas a través de estas disposiciones sumarias, sin opinión (sobre los porcentajes de las apelaciones, véase la bibliografía citada en STERN, R.L., GRESSMAN, E., SHAPIRO S.M., & GELLER, K.G., *Supreme Court Practice*, ob. cit., p. 274, nota a pie de página n.º 79) y en muchas de esas ocasiones, el Tribunal Supremo se limitaba a afirmar sumariamente (*summary affirm*) la decisión del tribunal inferior. Todas estas decisiones sumarias constituían un precedente vinculante para los tribunales inferiores (*Hicks v. Miranda*, 422 U.S. 332, (1975), pp. 343-344, reafirmada posteriormente por *Tully v. Griffin, Inc.*, 429 U.S. 68 (1976), p. 74; *Hopfmann v. Cannolly*, 471 U.S. 459 (1985), p. 460; *Mandel v. Bradley*, 432 U.S. 173 (1977), p. 176; *R.J. Reynolds Co. v. Dirham County*, 479 U.S. 130 (1986), p. 139 n.º 7. Sobre los efectos de las disposiciones sumarias del Tribunal Supremo en las apelaciones, véase *ibidem*, pp. 279-285) a diferencia de los *certiorari*. A partir de 1988 el número de casos en los que se podían demandar la revisión de un caso a través de una apelación fue reducido drásticamente. No se han presentado más de una veintena de apelaciones ante el Tribunal Supremo por año, versando la mayoría de los casos sobre la representación electoral (*apportionment*) y derechos electorales (*voting rights*) (*ibidem*, p. 275). Además, a parte de la terminología, el procedimiento a través del cual se sustentan las apelaciones en la actualidad es muy parecido a las solicitudes de *certiorari* (*ibidem*, p. 276).

⁶⁶ *Equitable Life Insurance Society v. Brown*, 187 U.S. 308 (1902).

da sumariamente si pareciera que una cuestión carecía absolutamente de contenido, tanto como para ser considerada totalmente frívola, o que fuera patente que la apelación o *writ of errors* hubiera sido presentada con el único propósito de retrasar el proceso o que fuera evidente que la cuestión contenida en el caso no fuera susceptible de controversia porque previamente el Tribunal Supremo se había pronunciado específicamente y de forma adversa como para excluir definitivamente cualquier contienda sobre la materia⁶⁷.

Esta clara afirmación de parámetros, desafortunadamente, fue tan solo una excepción, ya que como señalan LEVIN y HELLMAN, aún sería necesaria una estructuración o clasificación de las razones que llevan al Tribunal Supremo a considerar un caso sumaria o plenamente, puesto que el Tribunal sigue afirmando o rechazando sumariamente apelaciones que implican cuestiones nuevas, difíciles y muy controvertidas⁶⁸.

2) Una vez obtenido del Congreso una reducción sustancial de su jurisdicción obligatoria en virtud de la *Judges' Bill* (1925) como ya se ha estudiado, el Tribunal Supremo tres años más tarde, en 1928, limitó aún más el número de casos de los que conocer, al requerir a los apelantes presentar una declaración jurisdiccional que probara la jurisdicción del Tribunal Supremo sobre la apelación con anterioridad a la audiencia. Sólo si estas declaraciones revelaban algún mérito de la apelación, la solicitud era admitida.

En efecto, las leyes que regían la jurisdicción del Tribunal Supremo por apelación (*appellate jurisdiction*) no evitaban por sí mismas las apelaciones frívolas. Por tanto, para salvaguardarse a sí mismo de pérdidas de tiempo, y con el objetivo de diferenciar entre apelaciones frívolas y apelaciones meritorias, el

⁶⁷ *Equitable Life Insurance Society v. Brown*, 187 U.S. 308 (1902), p. 311.

⁶⁸ LEVIN, L., y HELLMAN, A., «The Many Roles of the Supreme Court and the Constraints of Time and Caseload», 7 U. Tol. L. Rev. 399 (1976), p. 410. Por ejemplo, en *Baker v. Owen*, 423 U.S. 907 (1975) el Tribunal afirmó sumariamente una decisión en la cual el tribunal federal de distrito formado por tres jueces (*three-judge court*) declaró la constitucionalidad de una ley estatal que permitía el castigo corporal en las escuelas, pero exigía a los funcionarios de las escuelas que observaran un procedimiento justo (*due process of law*) en la aplicación de tales castigos. La cuestión era totalmente nueva, no existían precedentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y existía división entre los tribunales inferiores sobre si esos castigos podrían suponer una violación de la Octava Enmienda contra los «castigos crueles o extraordinarios». El Tribunal Supremo no ofreció ninguna explicación sobre su decisión. De esta forma, los funcionarios que trabajaban en las escuelas no supieron los límites que la Constitución imponía al uso de la fuerza física como herramienta de disciplina en las escuelas. En *Doe v. Commonwealth's Attorney* 425 U.S. 901 (1976), el Tribunal Supremo afirmó sumariamente, sin explicaciones, el fallo del tribunal de distrito formado por tres jueces que apoyó la constitucionalidad de una ley de Virginia sobre sodomía. Esta sentencia expandió el concepto de derecho a la intimidad en contra de las interpretaciones de otras leyes similares en 13 estados. Para ver otros ejemplos véase LEVIN y HELLMAN, «The Many Roles...», ob. cit., pp. 410-416. Estos autores llegan a la conclusión de que «apelaciones que implican cuestiones de Derecho constitucional nuevas e importantes son decididas regularmente por el Tribunal Supremo con base en su contenido (*on the merits*) sin plena consideración, ni audiencia, ni la especificación de razones. A la luz de la vinculación prevista por las leyes y los problemas prácticos y teóricos que surgen a raíz de las disposiciones sumarias, sólo puede haber una explicación aceptable para esta forma de actuar: el Tribunal se ve imposibilitado a hacer otra cosa por motivo de la presión de la sobrecarga y del tiempo.» LEVIN y HELLMAN, «The Many Roles...», pp. 416-417.

Tribunal promulgó la importante Regla 12⁶⁹, en vigor el 1 de Julio de 1928⁷⁰, la cual quería para la admisión de una apelación que fuera probada con antelación la competencia del Tribunal en ese caso⁷¹, a partir de una declaración jurisdiccional⁷² (*jurisdictional statement*)⁷³.

En 1936, el Tribunal reformó esta Regla 12, en vigor el 1 de julio de 1936, para reflejar su ya bien sentada práctica de oír solo aquellas apelaciones que presentaran una cuestión federal «importante»⁷⁴. Esta modificación obligó a que los apelantes a través de la declaración jurisdiccional demostraran, no sólo la jurisdicción del Tribunal Supremo, sino también el requisito trascendental de «incluir una declaración de los fundamentos sobre los cuales se afirma que las cuestiones implicadas son importantes (*Zucht v. King*, 260 U.S. 174, 176, 177)»⁷⁵.

Al requerir que junto a la demanda se presente una declaración sobre la importancia del caso del que se solicita su revisión, el Tribunal Supremo podía decidir sobre el papel si el caso contenía alguna cuestión digna de su consideración.⁷⁶ Al estar el abogado de la parte apelante obligado a demostrar que la cuestión federal implicada en la apelación era importante (*substantial*) debía

⁶⁹ FRANKFURTER, «The Supreme Court under the Judiciary Act of 1925», ob. cit., p. 3, nota a pie de página n.º 6.

⁷⁰ *Sup. Ct. R.* 12, 275 US 603, 603-04 (1928).

⁷¹ A juicio de FRANKFURTER y LANDIS, esta Regla 12 se reveló como un instrumento efectivo para eliminar sin motivación cualquier controversia fuera de la competencia del Tribunal. FRANKFURTER, F., & LANDIS, J.M., «The Business of the Supreme Court at October Term 1929», *44 Harv. L. Rev.* 1, (1930), p. 11.

⁷² Regla 12 de 1928: «Dentro de los 30 días después de presentar la demanda y expedientar el caso (*docketing the case and filing the record*) (...) el apelante deberá archivar (*file*) con el letrado del tribunal (*clerk*) cuarenta copias de una declaración impresa (*printed statement*) exponiendo particularmente las bases sobre las cuales sostiene que este tribunal tiene jurisdicción para revisar a través de apelación (*review on appeal*) la decisión del órgano judicial inferior (*the judgment or decree below*). La declaración (a) se referirá distintamente a la provisión legal (*statutory provision*) que se cree concede la jurisdicción, (b) (de)mostrará (*show*), con exactas referencias a las páginas pertinentes del expediente (*record*), el día del juicio o decisión que se busca para ser revisada y la fecha en la que la solicitud para la apelación fue presentada, (c) (de)mostrará, con referencias al expediente de igual forma, que la naturaleza del caso y de las decisiones del tribunal eran tales como para que el caso encajara en las provisión jurisdiccional en la que se basaba, (d) citará los casos que se cree que apoyan la jurisdicción. El apelante proporcionará inmediatamente al apelado una copia de su declaración y archivará con el letrado del tribunal (*clerk*) prueba debida de tal acción.» FRANKFURTER, F., «The Business of the Supreme Court at October Term 1928», *43 Harv. L. Rev.* 33 (1929), p. 43.

⁷³ Sobre la *jurisdictional statement* véase STERN, R.L., GRESSMAN, E., SHAPIRO S.M., & GELLER, K.G., *Supreme Court Practice*, ob. cit., pp. 481-487.

⁷⁴ Esta práctica deriva de casos tales como *Sugarman v. United States*, 249 U.S. 182 (1919), *Milheim v. Moffat Tunnel Improvement Dist.*, 262 U.S. 710 (1923), *Zucht v. King*, 260 U.S. 174, (1922), *Equitable Life Insurance Soc'y v. Brown*, 187 U.S. 308 (1902). Véase ULMAN & SPEARS, «Dismissed for Want of...», ob. cit., pp. 514-523; WIENER, «The Supreme Court's New Rules», *68 Harv. L. Rev.* 20, (1954), pp. 29-30; Note, «The Insubstantial Federal Question», *62 Harv. L. Rev.* 488, 489-491 (1949).

⁷⁵ Palabras añadidas a la redacción original del apartado (c) de la Regla 12 del Tribunal Supremo, 297 U.S. 733 (1936). FRANKFURTER & FISHER, «The Business of the Supreme Court at the October Terms, 1935 and 1936», *51 Harv. L. Rev.* 577 (1938), p. 583.

⁷⁶ En opinión de FRANKFURTER Y FISHER, los dos años siguientes a la aprobación de la Regla 12 y su modificación sobre la importancia del contenido (1936) confirmaron las potencialidades de la Regla 12 como un importante instrumento para evitar las audiencias de un buen número de apelaciones sin ser merece-

persuadir al Tribunal que el caso contenía una cuestión no frívola ni consolidada por decisiones anteriores.⁷⁷

En definitiva, la importancia de una cuestión (*substantiality*) se erigió como el criterio imprescindible a la hora de presentar una apelación. Muchas apelaciones fueron rechazadas por no satisfacer el nivel de importancia del Tribunal Supremo.

El problema surgió en determinar qué convierte una cuestión en «importante» o saber cuál es el nivel de importancia exigido por el Tribunal Supremo. Los criterios expresados en la Regla 12 del Tribunal Supremo, esto es, que una cuestión o materia no sea frívola ni esté consolidada por decisiones anteriores, acota la materia pero no resuelve el problema en absoluto.

Sin embargo, no existe en la jurisprudencia del Tribunal Supremo un test positivo que fije los criterios definitivamente para determinar el nivel de importancia de un caso. Lo único que existe, por el contrario, es una definición negativa. Es doctrina consolidada del Tribunal afirmar que carecerá de jurisdicción sobre cualquier caso que no contenga una cuestión importante, ya fuera constitucional⁷⁸, legal⁷⁹ o de hecho⁸⁰.

doras de ello (*unworthy appeals*). FRANKFURTER & FISHER, «The Business of the Supreme Court at the October Terms, 1935 and 1936», ob. cit., p. 587.

⁷⁷ FRANKFURTER, F., & LANDIS, J.M., «The Business of the Supreme Court at October Term 1929», ob. cit., p. 12. Para HARTNETT, la promulgación de esta Regla 12 ilustra que el Tribunal Supremo no necesita ampliar la jurisdicción por *certiorari* para deshacerse rápidamente de las apelaciones frívolas que saturaban su agenda. HARTNETT, «Questioning certiorari...», p. 1708.

⁷⁸ *Sugarman v. United States*, 249 U.S. 182, 185 (1919), inicia la doctrina ya muy consolidada de que el Tribunal Supremo tiene el deber de declinar su jurisdicción a menos que el caso contuviera una cuestión importante y que hubiera sido alegada de forma adecuada en las instancias inferiores. Así *Chief Justice* TAFT concluye su ponencia con una contundente afirmación: «Como ninguna cuestión constitucional importante (*substantial constitutional question*) fue presentada por el demandado, este tribunal no tiene jurisdicción para revisar el resto de errores alegados. Error rechazado por ausencia de jurisdicción (*dismissed for want of jurisdiction*)», p. 185. Confirmada entre otras muchas por las significativas *Zucht v. King*, 260 U.S. 174 (1922), p. 176; *Corrigan v. Buckley*, 271 U.S. 323 (1926) p. 329; Sobre la importancia constitucional, por ejemplo: *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183 (1952), p. 186, dentro de la persecución a todo lo comunista, el Tribunal admitió conocer la apelación sobre un ley de Oklahoma que obligaba a los funcionarios a tomar un juramento sobre su no pertenencia o relación a ningún grupo o partido comunista o subversivo. El Tribunal señaló su jurisdicción sobre el caso «por la pública importancia de este tipo de legislación y de las recurrentes e importantes cuestiones constitucionales que presenta.» (p. 186), a saber, «si la cláusula del proceso debido (*Due Process Clause*) permite a un estado, en el intento de descubrir a los individuos desleales de su funcionariado, excluir a personas únicamente por ser miembros de una organización, sin tener en cuenta el conocimiento que tuvieran de las organizaciones a las que habían pertenecido», p. 190; En *Camara v. Municipal Court*, 387 U.S. 523 (1967), p. 525, el Tribunal aceptó conocer plenamente el problema que calificó de «creciente importancia nacional», sobre si los funcionarios podían inspeccionar domicilios en virtud de una ley local o estatal sin una orden judicial, sin incurrir en una violación de los derechos garantizados por la Cuarta Enmienda (prohibición de realizar registros o incautaciones sin una orden judicial).

⁷⁹ Por ejemplo, en *Exxon Corp. v. Department of Revenue of Wisconsin*, 447 U.S. 207 (1980), el Tribunal aceptó conocer el problema surgido sobre la tasación que el estado de Wisconsin realizaba sobre una empresa petrolífera, asentada en Wisconsin, pero que obtenía el crudo fuera de sus fronteras, debido «a la importancia (*importance*) de las cuestiones suscitadas» (p. 219).

⁸⁰ Por ejemplo, en *Transcontinental Gas Pipe Line Corp. v. State Oil & Gas Bd.*, 474 U.S. 409 (1986), el Tribunal aceptó conocer de una apelación sobre las órdenes de un estado a una empresa de explotación

De esta manera, al abordar esta cuestión, FRANKFURTER se apoya en las orientaciones contenidas en la entonces Regla 38 que regía la práctica del *certiorari*, en ejercicio de su «legítima discreción judicial».

Es determinante la sagaz puntualización de FRANKFURTER y de FISHER de que «la exigencia de la importancia (*importance*) está sujeta a juicio y no a una regla.»⁸¹ Y en esta línea fue expresada una de las pocas afirmaciones que intenta delimitar este criterio. «El criterio de «importancia» (*substantibility*) no es ni rígido (*rigid*) ni estrecho (*narrow*). El juego de la discrecionalidad es inevitable, y siempre que la discreción pueda jugar un papel en el trabajo del Tribunal la presión de su agenda influirá en su actividad. (...) La administración de la Regla 12 (ahora Regla 15)⁸² opera para sujetar la jurisdicción obligatoria (*obligatory jurisdiction*) del Tribunal a consideraciones discrecionales no diferentes de las que rigen el *certiorari*»⁸³.

En definitiva, durante mucho tiempo el Tribunal Supremo ha insistido en que las apelaciones deben contener cuestiones de importancia federal (*substantial federal questions*), pero nunca ha definido el término importancia (*substantial*), de tal forma que algunos autores han concluido que ese concepto es completamente subjetivo y por tanto discrecional⁸⁴.

Por tanto, a través de la Regla 12, se introduce de manera formal la discrecionalidad en la admisión de una apelación a la que en teoría se tendría derecho, aumentando, obviamente, el poder del Tribunal Supremo⁸⁵.

Por otro lado, y a mayor abundamiento, la convergencia de la figura de la apelación hacia la institución del *certiorari* es una realidad constatada en la doctrina⁸⁶. El mismo Tribunal en 1929 interpretó la palabra genérica y ambi-

de gas natural que calificó carentes de autoridad, pues la legislación federal vigente no le otorgaba poder para ello.

⁸¹ FRANKFURTER & FISHER, «The Business of the Supreme Court at the October Terms, 1935 and 1936», ob. cit., p. 583.

⁸² En la actualidad Regla 18 del Tribunal Supremo.

⁸³ FRANKFURTER & LANDIS, «The Business of the Supreme Court at October Term, 1929», ob. cit., pp. 12-14.

⁸⁴ GRISWOLD, E.N., «Rationing Justice-The Supreme Court's Caseload and what the courts does not do», 60 *Cornell L. Rev.* 335, 345 (1975); Note, «The Insubstantial Federal Question», 62 *Harv. L. Rev.* 488 (1949), p. 492.

⁸⁵ FRANKFURTER & FISHER, «The Business of the Supreme Court at the October Terms, 1935 and 1936», ob. cit., p. 584.

⁸⁶ A modo de ejemplo, véase el «Informe del Grupo de Estudio sobre la Sobrecarga del Tribunal Supremo» (*Report of the Study Group on the Caseload of the Supreme Court*), 57 *F.R.D.* 573 (1972), concluye que «la distinción entre discrecional (*discretionary*) y obligatorio (*mandatory*), entre *certiorari* y apelación ha sido enormemente erosionada», pp. 595-596; GRISWOLD, E.N., «Rationing Justice-The Supreme Court's...», ob. cit., pp. 345-346. SIMPSON, «Es sostenido con frecuencia que eliminar la distinción entre apelación y *certiorari* ajustaría la teoría a la práctica porque el Tribunal ha asimilado todos los criterios del *certiorari* en las reglas que rigen las apelaciones», SIMPSON, J.M., «Turning Over the Reins...», ob. cit., pp. 315-316. PERRY recoge opiniones de antiguos letrados del Tribunal Supremo (*clecks*) y *justices* en ambos sentidos, tanto a favor como en contra de la asimilación de las dos figuras desde un punto de vista práctico. PERRY, H.R. Jr, *Deciding to Decide...*, ob. cit., pp. 104-106. Tras su salida del Tribunal, *Justice* CLARK declare que «al menos durante los dieciocho años en los que» formó parte del Tribunal, «las

valente de «apelación», como revisión de una sentencia, contenida en la ley de 13 de febrero de 1925 para que significara «*certiorari*» y no apelación (*appeal*)⁸⁷. Por supuesto, son muy numerosas las voces en la doctrina que se han pronunciado en contra de esta desnaturalización de la institución de la apelación llevada a cabo por el Tribunal Supremo⁸⁸. Sin embargo, el Congreso, en vez de objetar al Tribunal Supremo su incumplimiento con lo previsto en una ley federal y promulgar una ley que enmendara la práctica del Tribunal Supremo, aprobó la ley de 27 de junio de 1988⁸⁹, con la que eliminó prácticamente toda la jurisdicción obligatoria del Tribunal Supremo y consagró el cambio de naturaleza del Alto Tribunal.

Por tanto, a pesar de las existentes diferencias, las barreras distintivas entre las dos instituciones se fueron difuminando, principalmente debido a la sobrecarga de trabajo del Tribunal⁹⁰. Según SIMPSON, el Tribunal llegó a incorporar prácticamente todos los criterios del *certiorari* a la apelación

apelaciones desde los tribunales estatales recibieron un tratamiento similar a las peticiones de *certiorari*.» en *Hogge v. Johnson*, 526 F.2d 833 (Cuarto Circuito 1975), p. 836. Justice BRENNAN Jr. afirmó que el Tribunal está «regularmente obligado a conceder la revisión» en casos fallados por tribunales de distrito formados por tres jueces (*three judge district courts*) «no tanto porque la cuestión presentada es especialmente importante o porque el tribunal pueda haberse equivocado, sino porque somos contrarios a privar a la parte perdedora de una oportunidad para apelar», sin que hiciera ninguna referencia a que el Tribunal estaba obligado a conceder otra instancia porque así lo establecía una ley federal. BRENNAN, W. J. Jr., «The National Court of Appeals: Another Dissent», 40 *U. Chi. L. Rev.* 473 (1973), p. 474. Por último, Chief Justice WARREN afirmó que «No es del todo exacto decir que nuestra jurisdicción respecto a las apelaciones es obligatoria diferenciándose de la discrecional en el *certiorari*. Respecto de apelaciones provenientes de los tribunales estatales nuestra jurisdicción es limitada a aquellos casos que contienen «*substantial federal questions*». En ausencia de lo que nosotros consideramos «*substantiability*» a la luz de decisiones anteriores, la apelación será rechazada sin una oportunidad para una vista oral. El propósito afirmado de la declaración de jurisdicción (*Jurisdictional Statement*) que se cristalizó en 1928 (que será estudiado posteriormente), fue para rechazar apelaciones frívolas antes de que llegaran a la etapa de la vista (*argument stage*)». Discurso del Chief Justice WARREN ante el Instituto de Derecho Americano (*American Law Institute*); (el 19 de mayo de 1954), citado en WIENER, «The Supreme Court's New Rules», 68 *Harv. L. Rev.* 20, (1954), p. 51.

⁸⁷ *Colgate v. United States*, 280 U.S. 43 (1929), pp. 44-45.

⁸⁸ Por ejemplo, WECHSLER afirma «El Tribunal Supremo despreció su deber establecido por ley de decidir los casos apelados sobre el contenido (*on the merits*) (...) «Es simplemente inadmisibles que el tribunal jerárquicamente más alto esté en una posición fuera de lo marcado por la ley respecto de su propia jurisdicción», WECHSLER, H., «The Appellate Jurisdiction of the Supreme Court: Reflections on the Law and the Logistics of Direct Review», 34 *Wash. & Lee L. Rev.* 1043 (1977), p. 1061. Como momento paradigmático, una parte amplia de la doctrina expresó su desacuerdo con la decisión del Tribunal Supremo en la inadmisión del polémico caso *Naim v. Naim*, 350 U.S. 891, 891 (1955), donde no entra a conocer el caso de un encarcelamiento por la violación de una ley de Virginia que prohibía el matrimonio entre personas de distinta raza, y simplemente devuelve las actuaciones al Tribunal Supremo de Apelaciones de Virginia. «Es difícil percibir un solo argumento para rechazar la apelación en *Naim*.»; Por todos, véanse SHAPIRO, D.L., «Jurisdiction and Discretion», 60 *N.Y.U. L. Rev.* 543 (1985), p. 579, n.º 215; WECHSLER describió la inadmisión de *Naim* «sin ninguna base en el Derecho», WECHSLER, H., «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959), p. 34.

⁸⁹ *Act of June 27, 1988, Pub. L. No. 100-352, 102 Stat. 662*.

⁹⁰ Véase, BOSKEY & GRESSMAN, «The 1967 Changes in the Supreme Court's Rules», 42 *ER.D.* 139, (1967), p. 142.

hasta el punto de afirmar que si se eliminara la distinción entre apelación y *certiorari* lo único que se estaría haciendo sería adecuar la teoría a la práctica⁹¹. De igual forma, señaló que prácticamente todos los casos que llegaban al Tribunal Supremo lo hacían exclusivamente «por la gracia de ese Tribunal».

2.6. *La década de los setenta: umbral de la reforma definitiva*

Como señalan BOSKEY y GRESSMAN, durante más de una década, desde el 95.º Congreso hasta la promulgación de la Ley de 1988 en el 100.º Congreso, fueron presentadas ante la Cámara de Representantes en cada sesión legislativa un proyecto de ley similar al que fue aprobado finalmente el 27 de junio de 1988⁹².

Las constantes sugerencias de eliminar la revisión obligatoria surgen de nuevo por la preocupación de sobrecarga de la agenda del Tribunal. Los argumentos a favor de esta eliminación se apoyaban en la asunción de que tal cambio resolvería la saturación de la agenda y que cualquier justificación para la conservación de la jurisdicción obligatoria debería ser más importante que las consecuencias que ocasiona la carga de trabajo.

Pero cualquier juicio sobre la revisión obligatoria debería separarse de la dimensión temporal, ya que la eliminación de la revisión obligatoria no reduce el volumen de solicitudes de revisión⁹³. El litigante que lleva invertido una gran cantidad de dinero y de esfuerzos a lo largo del proceso no va a dejar de solicitar la revisión del Tribunal Supremo solo porque el único procedimiento posible es el *certiorari*⁹⁴.

La principal preocupación en la década de los 70 volvía a ser la gran cantidad de casos que la judicatura federal tenía que manejar. El objetivo general de los cambios propuestos era mejorar el proceso de toma de decisiones a través de reducir o diseminar las responsabilidades judiciales federales. Y para este objetivo de reforma judicial se apuntaron dos líneas principales. Por un lado, quitar parte de la carga de casos del Tribunal Supremo, permitiéndole dedicar más tiempo y recursos a los casos que le quedaran, y por otro, creando nuevos tribunales (un Tribunal Nacional de Apelación o *National Court of Appeals*) para ocuparse de los casos quitados a la jurisdicción del Tribunal Supremo y

⁹¹ SIMPSON, J.M., «Turning Over the Reins...», ob. cit., p. 315.

⁹² Ídem.

⁹³ SIMPSON, J.M., «Turning Over the Reins...», ob. cit., p. 329.

⁹⁴ Así lo reconocieron miembros del Senado en los debates para la reforma legislativa sobre la jurisdicción del Tribunal Supremo en la década de los setenta. Véanse las afirmaciones por ejemplo del Assistant Attorney General MEADOR, 124 Cong. Rec. S7748 (18 de Mayo de 1978), p. 10, en *Supreme Court Jurisdiction Act of 1978: Hearings on S.3100 Before the Subcomm. on Improvements in Judicial Machinery of the Senate Comm. on the Judiciary, 95th Cong., 2d Sess. (1978)*; o la de Eugene GRESSMAN en ídem., p. 22.

tomar las decisiones necesarias para el mantenimiento de un cuerpo coherente de precedentes y de Derecho federal⁹⁵.

Aunque ninguna de las propuestas sobre la creación de un Tribunal Nacional de Apelación tuvo traducción fáctica, las llamadas para el recorte de la jurisdicción de apelación obligatoria del Tribunal Supremo encontró cierto éxito cuando el Congreso eliminó las apelaciones directas al Tribunal Supremo de la mayoría de los tribunales de primera instancia formados por tres jueces (*three-judge district courts*)⁹⁶.

⁹⁵ La pluralidad de propuestas para abordar el problema de la sobrecarga durante la década de los 70 fueron recogidas en los importantes informes de dos prestigiosos grupos de trabajo: 1) *the Federal Judicial Center Study Group on the Caseload of the Supreme Court*, presidido por Paul FREUND (conocido como el *Freund Study Group*); este grupo fue elegido por *Chief Justice* BURGER en 1971, y estudió la sobrecarga de trabajo del Tribunal Supremo. Por supuesto el informe emitido por el grupo determinó que el Tribunal estaba sobrecargado (*overburdened*) y sugirió una serie de recomendaciones: a) la formación de un Tribunal Federal de Apelaciones (*National Court of Appeals*), entre los tribunales federales de apelación (*federal circuit courts of appeals*) y el Tribunal Supremo, para escrutar, examinar sistemáticamente (*screening*) peticiones de *certiorari* y resolver conflictos entre tribunales federales de apelación (*federal circuit courts of appeals*) que no merecieran la revisión del Tribunal Supremo; y b) la reducción de la jurisdicción obligatoria de apelación del Tribunal Supremo (*mandatory Supreme Court appellate jurisdiction*). Este informe puede consultarse en «Federal Judicial Center, Report of the Study Group on the caseload of the Supreme Court», 57 *F.R.D.* 573 (1972). Sobre el informe Freund véase, «Symposium, Should the Appellate Jurisdiction of the United States Supreme Court Be Changed? An Evaluation of the Freund Report Proposals. The Freund Report: A statistical analysis and critique», 27 *Rutgers L. Rev.* 878, 890 (1974). Y sobre el Tribunal Nacional de Apelación (*National Court of Appeals*) véase «The proposed National Court of Appeals: A Critical Analysis.» 27 *Rutgers L. Rev.* 904 (1974). 2) La Comisión de los Estados Unidos para la Revisión del Sistema Federal del Tribunal de Apelación (*U.S. Commission on Revision of the Federal Court Appellate System*), presidido por el antiguo Senador Roman L. HRUSKA (este grupo es conocido como la Comisión Hruska o *Hruska Commission*). La Comisión Hruska, creada por orden del Congreso (Ley Federal de 13 de Octubre de 1972, *Act of Oct. 13, 1972, Pub.L.No. 92-489, Sección 31, 86 Stat. 807*, enmendada por la Ley Federal de 19 de Septiembre de 1974 (*Act of Sept. 19, 1974, Pub.L.No. 93-420, 88 Stat. 1153*), no podía considerar cuestiones sobre la jurisdicción de los tribunales federales. Propuso un Tribunal Nacional de Apelación (*National Court of Appeals*) para ocuparse de aquellos casos de los cuales el Tribunal Supremo había rechazado revisar porque simplemente no podía ocuparse. En una fase diferente de su trabajo, también propuso dividir los Circuitos Quinto y Noveno para que sus tribunales de apelación (*federal circuits courts of appeals*) pudieran manejar mejor la carga de trabajo cada vez en aumento en aquellas áreas. Véase «*Commission on Revision of the Federal Court Appellate System, Structure and Internal Procedure: recommendations for change*», 67 *F.R.D.* 195 (1975).

⁹⁶ Ley de 12 de agosto de 1976 (*Act of Aug. 12, 1976, Pub. L. No. 94-381*), Secciones 1,2,5,90 Stat. 1120 (eliminando 28 U.S.C. Secciones 2281, 2282, 2403). 28 U.S.C.A. Secciones 1251-1259. Las apelaciones directas al Tribunal Supremo como derecho son permitidas sólo para decisiones tomadas por tribunales de distrito especiales formados por tres jueces, 28 U.S.C. Secciones 1253 y 2284. Estos tribunales especiales son una excepción a la regla general de que los tribunales de distrito están formados solo por un juez y constituyen uno de los pocos ejemplos en los que se puede acceder a la jurisdicción del Tribunal Supremo desde un tribunal federal de distrito. Este tribunal especial («*three judges courts*») está formado por dos jueces de distrito y un juez de circuito o de apelaciones, y sólo tiene competencia en la formación de distritos legislativos y cuando el Congreso desea que una cuestión constitucional controvertida sea resuelta rápidamente (por ejemplo, *United States v. Eichman*, 496, *US 310* (1990), donde se trató la constitucionalidad de una ley federal que calificaba de ilegal la quema de la bandera de los Estados Unidos). Estos «*three judge courts*» fueron introducidos por el «*Expediting Act de 1903, Act of Feb. 11, 1903, ch. 544, 32*

El 18 de mayo de 1978 fue introducida la propuesta de ley del Senado 3100, como posible Ley de la Jurisdicción del Tribunal Supremo de 1978 (*Supreme Court Jurisdiction Act of 1978*), diseñada para eliminar la mayor parte de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Supremo (*Supreme Court mandatory jurisdiction*)⁹⁷.

El 13 de julio de 1978, el Comité sobre el Poder Judicial del Senado valoró positivamente esta propuesta y señaló seis razones por las que eliminar la jurisdicción obligatoria del Tribunal, insistiendo en que ésta encorsetaba y limitaba la capacidad del Tribunal Supremo de poder elegir, y por ende pronunciarse, sobre aquellos casos de especial importancia y trascendencia, así como de la dificultad que entrañaba seleccionar y cristalizar las materias merecedoras de revisión por parte del Alto Tribunal estadounidense. Las seis razones para eliminar la jurisdicción obligatoria del Tribunal Supremo que el Comité cita son: 1) es innecesaria para que el Tribunal desarrolle su papel en nuestra sociedad; 2) perjudica la habilidad del Tribunal Supremo para elegir el momento y el caso adecuado para la resolución definitiva de los problemas recurrentes; 3) impone una carga a los jueces del Tribunal (*justices*) que podría estorbar al Tribunal en el desarrollo de sus funciones como intérprete del Derecho nacional; 4) la existencia de la jurisdicción obligatoria ha obligado al Tribunal a elaborar resoluciones sumarias (*summary dispositions*) que crean confusión entre los abogados, entre los tribunales inferiores y entre los ciudadanos que quieren adecuar su conducta a los requisitos del Derecho federal; 5) la jurisdicción obligatoria crea cargas para los abogados que buscan la revisión del Tribunal Supremo; 6) incluso aunque la idea de tener una jurisdicción obligatoria sea adecuada, prácticamente no hay forma de describir, en la legislación, los tipos de casos que deberían incluirse en esta jurisdicción obligatoria⁹⁸.

Stat. 823, y ahora están codificados en 28 USC Sección 1253. Los principales casos están previstos en la 28 U.S.C. Sección 2284 (a), esto es, cuando así lo establezca una ley federal y cuando se ponga en cuestión la constitucionalidad del prorrateo de la representación electoral en el Congreso de cada estado en virtud de la población o de la distribución de los escaños en un parlamento estatal (*apportionment*). Estos tribunales también tienen jurisdicción en casos previstos por una serie de leyes federales importantes. Destacan aquellos casos en que el abogado del Estado (*Attorney General*) estime que sean de «importancia pública general» (*general public importance*). También pueden ser conocidos por estos tribunales formados por tres jueces aquellos casos que versen sobre la denegación o reducción del derecho al voto por motivo de raza o color (42 U.S.C. 1973 (b)). Hay algún caso, más pero su complejidad excede los límites de este trabajo. Por ejemplo los casos suscitados en virtud de la Ley Federal sobre la Financiación de la Campaña Electoral Presidencial de 1971 (*Presidential Election Campaign Fund Act*), codificada ahora en el Subtítulo H del Código Interno de Ingresos. «*Internal Revenue Code*», 26 U.S.C. Secciones 9001-9013. O aquellos casos que surgen a través de la jurisprudencia que interpreta la 28 U.S.C. Sección 1253. Este último grupo es de particular complejidad debido a la derogación tanto explícita como implícita llevada a cabo por el Alto Tribunal. Véase STERN, R.L., GRESSMAN, E., SHAPIRO S.M., & GELLER, K.G., *Supreme Court Practice*, pp. 81-84, 90-94.

⁹⁷ S.3100, 95th Cong. 2nd Sess., 124 Cong. Rec. S7748-49 (1978).

⁹⁸ Senate Comm. on the Judiciary, *The Supreme Court Jurisdiction Act of 1978*, S.Rep. N.º 95-985, 95th Cong., 2d Sess. 8 (1978), p. 2.

2.7. *La Ley Federal de 27 junio de 1988: último paso hacia la práctica eliminación de jurisdicción obligatoria del Tribunal Supremo*

No fue hasta 1988 cuando la ansiada reforma sobre la jurisdicción federal vio la luz. Firmada por el Presidente Reagan el 27 de junio de 1988⁹⁹, no entró en vigor hasta el 25 de Septiembre del mismo año¹⁰⁰. La ley de 1988 eliminó prácticamente todos los supuestos de apelación y constituyó como casi único medio procesal de acceso a la jurisdicción del Tribunal Supremo el *writ of certiorari*. Los supuestos que hasta entonces eran revisados a través de una apelación (*appeal*) pasaron a poder ser revisados, en unos casos, a través de un *certiorari*, o en otros, a ser revisados por un tribunal federal de apelación (*federal circuit court of appeals*), cuya decisión, por supuesto podía ser revisable a su vez si el *certiorari* fuera aceptado.

A través de esta ley se llega a la situación actual de la jurisdicción del Tribunal Supremo, sancionando cambios de sobresaliente trascendencia y profundo calado. Como principales reformas pueden señalarse la eliminación de la obligatoriedad de aceptar a revisión, a través de una apelación, cuestiones tan importantes como la declaración de inconstitucionalidad de una ley federal cuando los Estados Unidos fueran parte¹⁰¹, al igual que la de una ley estatal por un tribunal federal de apelación (*United States circuit court of appeals*)¹⁰² o la de una ley federal o tratado internacional por el tribunal jerárquicamente más alto de un estado¹⁰³, entre otras¹⁰⁴.

La Ley de 1988 elimina todas las apelaciones provenientes desde tribunales estatales o de tribunales federales de apelación. Por tanto, la determinación de si un caso es realmente importante, y por tanto digno de la atención y del tiempo del Tribunal Supremo, corresponde en exclusiva al Tribunal Supremo¹⁰⁵.

⁹⁹ Ley de 27 de junio de 1988 (*Act of 27 June 1988, 102 Stat. 662*), codificada en 28 U.S.C. Secciones 1254, 1257-1258, 2104.

¹⁰⁰ Todos los casos presentados a través de una apelación hasta la entrada en vigor de la mencionada ley de 1988 tuvieron que ser decididos de forma obligatoria. Por tanto, los efectos de la nueva reforma no se notaron plenamente hasta un par de años después.

¹⁰¹ Codificado en 28 U.S.C. Sección 1252.

¹⁰² Codificado en 28 U.S.C. Sección 1254(2).

¹⁰³ Codificado en 28 U.S.C. Sección 1257(1) y (2.1)

¹⁰⁴ Para consultar más ejemplos véase BOSKEY, B., & GRESSMAN, E., «The Supreme Court Bids...», ob. cit., pp. 94-98.

¹⁰⁵ STERN, R.L., GRESSMAN, E., SHAPIRO S.M., & GELLER, K.G., *Supreme Court Practice*, ob. cit., pp. 472-473. En este sentido, estos autores ilustran claramente la cuestión aludiendo que en durante 1985 y 1986 fueron planteadas 152 y 134 apelaciones respectivamente. Sin embargo, durante 1989, 1990 y 1991 la presentación de apelaciones cayó hasta 10, 8 y 16 respectivamente.

III. CRÍTICAS AL MODELO DE ADMISIÓN DISCRECIONAL. POSIBLES ADVERTENCIAS Y CAUTELAS¹⁰⁶

La evolución de la jurisdicción del Tribunal Supremo muestra cómo tanto el legislador federal estadounidense como el Tribunal Supremo han resuelto la encrucijada de dar respuesta en un margen temporal reducido a una gran cantidad de recursos pero sin reducir el encorsetamiento que suponen las garantías procesales y legales otorgando más margen de decisión al Alto Tribunal para poder centrarse en los recursos más trascendentales.

Sin embargo, este amplio margen de decisión se traduce finalmente en la selección discrecional de casos a través del *writ of certiorari*. A pesar de que este modelo de selección ha conseguido que el Tribunal Supremo decida en un razonable plazo temporal los recursos que él entiende más importantes, suscita a su vez importantes críticas que no pueden ser solucionadas definitivamente. Las críticas más relevantes y a su vez más extrapolables a modelos de justicia constitucional ajenas a la institución del *certiorari* serían las que corresponden a la dialéctica entre voluntad del órgano jurisdiccional y garantías del ordenamiento jurídico, concretados en las exigencias de la *rule of law* y del papel político que el Tribunal puede llegar a jugar, así como de la posición que debe ocupar en el conjunto del sistema judicial.

Por tanto, la prácticamente absoluta discrecionalidad del Tribunal Supremo en la concesión de un *certiorari* o no, aun demandada por grandes sectores de la doctrina y por los mismos jueces del Tribunal Supremo y habiendo obtenido resultados muy positivos en la labor del Tribunal Supremo como máximo garante de la Constitución, no ha sido ni es una cuestión pacífica.

La primera crítica a la discrecionalidad en la selección y decisión de casos tiene como objeto la contradicción que la institución del *writ of certiorari* encuentra con el significado original de la *judicial review*. De esta crítica, poco extrapolable a nuestra realidad jurídico-constitucional, se derivan disputas controvertidas que engarzan con temas capitales presentes en cualquier sistema jurídico como el español, tales como el problemático encaje con la *rule of law* o el principio de separación de poderes, el «adecuado» papel que le debería corresponder al Tribunal Supremo en el sistema judicial estadounidense y la determinante influencia en áreas políticas del Alto Tribunal.

3.1. *El significado original de la revisión judicial (judicial review)*

La práctica del Tribunal Supremo respecto del *certiorari* choca con el sentido original y la justificación de la *judicial review* diseñado en *Marbury v.*

¹⁰⁶ En la elaboración de este epígrafe hemos seguido el esquema de un imprescindible artículo en esta materia del profesor HARTNETT, que clasifica en tres grupos las principales críticas lanzadas contra la institución del *writ of certiorari*: 1) *Judicial review*, 2) *Law or Will?*, 3) *Certiorari as Administrative Power*. Aunque este epígrafe sigue de cerca las explicaciones y reflexiones del profesor HARTNETT, nos hemos separado un poco de la estructura para acercarla a nuestra realidad jurídica y del recurso de amparo, HARTNETT, «Questioning...», ob. cit., pp. 1714-1730.

Madison. Una de las premisas para conceder a los tribunales la competencia para controlar la aplicación de la Constitución esgrimidas en *Marbury* por *Chief Justice* MARSHALL fue que el Tribunal tenía que aplicar al caso o una ley o la Constitución, pero no podía evitar decidir¹⁰⁷.

En consecuencia, esta obligación de aplicar una u otra norma jurídica implica que el Tribunal ha de pronunciarse sobre el caso que se le plantea. Por ello, la discrecionalidad de la que goza el Tribunal a través de la práctica actual del *certiorari*, esto es, no pronunciarse sobre un caso determinado es absolutamente contraria al espíritu originario de la *judicial review*.

BICKEL ha destacado de manera insistente la «dificultad de reconciliar la jurisdicción discrecional a través del *certiorari* con *Marbury v. Madison* y *Cohens v. Virginia*»¹⁰⁸. Aunque ha de tenerse en cuenta que el profesor BICKEL es uno de los más principales exponentes de oposición al diseño original y al posterior desarrollo de la *judicial review*, y utilizó el *certiorari* como instrumento para criticarlo¹⁰⁹.

Además, no son pocas las voces en la doctrina que defienden que la principal labor de los órganos judiciales es decidir casos concretos¹¹⁰. En palabras de WECHSLER, «Los tribunales federales, incluyendo al Tribunal Supremo, no pueden omitir cuestiones constitucionales porque existe una función especial asignada a ellos para ejecutar la Constitución o vigilar las otras agencias del gobierno. Lo hacen más por la razón de que tienen que decidir una cuestión litigada que pertenece a su jurisdicción y al decidir esta cuestión deben dar efecto a la ley suprema de la tierra»¹¹¹.

¹⁰⁷ Este argumento es la base de una de las afirmaciones más famosas de *Chief Justice* MARSHALL en un caso que reafirma la filosofía iniciada en *Marbury v. Madison*: «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. Questions may occur which we would gladly avoid; but we cannot avoid them. All we can do is, to exercise our best judgment, and conscientiously to perform our duty», *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 404 (1821).

¹⁰⁸ BICKEL, A.M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven and London, 1986, p. 127

¹⁰⁹ Por ejemplo, entre otras muchas, la afirmación de «las doctrinas sobre «casos y controversias (*cases and controversies*)» que, a su juicio, son «no tanto limitaciones del poder de la *judicial review* sino apoyos necesarios para el argumento utilizado por MARSHALL para establecerla» (BICKEL, A.M., *The Least Dangerous Branch...*, ob. cit., p. 115).

¹¹⁰ «La empresa del poder judicial federal es decidir casos, no decir lo que el Derecho es», EISGRUBER, L.C., «The Most Competent Branches: A Response to Professor Paulsen», 83 *Geo. L.J.* 347 (1994), p. 349. «Conforme a *Madison*, es la obligación del tribunal decidir un caso emitiendo una sentencia que hace surgir el poder de la *judicial review*.», HARTNETT, «A Matter of Judgment, Not a Matter of Opinion», 74 *N.Y.U. L. Rev.* 123 (1999), p. 147. «La competencia para interpretar las leyes es una casualidad respecto de esta función de resolver casos y controversias; los tribunales han de interpretar porque tienen que decidir», LAWSON, G., & MOORE, C.D., «The Executive Power of Constitutional Interpretation», 81 *Iowa L. Rev.* 1267, 1273 (1996), p. 1273.

¹¹¹ WECHSLER, H., «The Courts and the Constitution», 65 *Colum. L. Rev.* 1001 (1965), p. 1006.

Como afirma HARTNETT, durante los debates de defensa y aprobación de la *Judges' Bill* los *Justices* «nunca intentaron explicar la aplicación (que realizarían del *certiorari*) en casos en los que la cuestión constitucional era discutible», aunque TAFT expresó su confianza de que en ningún caso una cuestión constitucional de importancia escaparía a su revisión a través del *certiorari*. «En ese sentido, los *Justices* nunca tuvieron que ocuparse de reconciliar *certiorari* con *judicial review*. En efecto, esta tensión entre *certiorari* y la clásica justificación de la *judicial review* ayuda a explicar por qué no fue hasta 1953» (en *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 497 (1953) cuando el Tribunal supremo no sostuvo definitivamente que la denegación de un *certiorari* no suponía una resolución de fondo (*on the merits*) de una cuestión cuya constitucionalidad se ponía en duda»¹¹².

Por tanto, respecto de la competencia de la *judicial review*, se establece una diferencia importante entre el Tribunal Supremo, que puede rehusar conocer un caso, y el resto de los tribunales del poder judicial, que tienen que conocer de forma obligatoria todos los casos que correctamente sean planteados ante ellos. Por tanto, el *writ of certiorari* pone en cuestión el ejercicio de la *judicial review* aplicada por el Tribunal Supremo pero no por los tribunales inferiores.

3.2. La influencia del writ of certiorari en la jurisdicción del Tribunal Supremo: órgano jurídico y político

3.2.1. La jurisdicción discrecional del Tribunal Supremo y las exigencias de la *rule of law*

El espíritu discrecional que vertebra el *writ of certiorari* y su aplicación por parte del Tribunal Supremo encuentra en las exigencias de la *rule of law* una importante y contundente fuente de críticas.

A pesar de la pluralidad de concepciones que la *rule of law* contiene en sí misma, entre otras, gobierno de las leyes, proscripción de arbitrariedad en su aplicación, eficacia de los derechos fundamentales y seguridad jurídica, todas ellas se encuentran en una relación de gran tensión con el *writ of certiorari*, incluso las más clásicas¹¹³.

¹¹² HARTNETT, E., «Questioning Certiorari: some reflections seventy-five years after the Judge's Bill», 100 *Colum. L. Rev.* 1643, (2000), pp. 1715-1716.

¹¹³ Por ejemplo, bajo el concepto clásico de la *rule of law*, DICEY incluye «tres concepciones diferentes relacionadas entre sí»: en primer lugar, la *rule of law* significa «la absoluta supremacía o predominio del Derecho regular en contraposición a la influencia del poder arbitrario y excluye la existencia de arbitrariedad, de prerrogativas o incluso de autoridad discrecional amplia en la parte del gobierno (...); un hombre puede ser (...) castigado por infringir la ley, pero por nada más.» En segundo lugar, la *rule of law* significa «igualdad ante la ley, o igual sujeción de todas las clases (sociales) al Derecho ordinario (...) administrado por los tribunales del Derecho ordinario; la *rule of law* en este sentido excluye la idea de cualquier exención de funcionarios (*officials*) o cualquier otro del deber de obediencia al Derecho que gobierna a otros ciudadanos o de la jurisdicción de los tribunales ordinarios.» En tercer y último lugar, la

FALLON señala cinco elementos que constituyen la *rule of law*: la capacidad de las normas legales, *standards* o principios para guiar a las personas en la conducta de sus asuntos, su eficacia, su estabilidad, la supremacía de la autoridad legal y los elementos de justicia imparcial.¹¹⁴ A mayor abundamiento, el citado autor apunta cuatro concepciones ideales principales que han desarrollado la *rule of law* a lo largo del tiempo. Ninguna de ellas tiene una convivencia pacífica con el discrecional *writ of certiorari*.

Por ejemplo, las concepciones historicistas (*Historicist Ideal Type*) asocian la *rule of law* con «normas establecidas por autoridades legislativas legítimas previas a su aplicación a los casos particulares» destacando, por un lado, que «los jueces (y los ciudadanos normales también) pueden ser vinculados por el Derecho más que crearlo a través del ejercicio de su jurisdicción (*adjudication*)» y señalando, por otro lado, el respeto a «un ideal de legitimación legal a través de asociar el contenido sustantivo del Derecho con las acciones de los legisladores pasados y públicamente controlables, quienes son reconocidos bajo las normas históricamente establecidas por tener poder legislativo legítimo»¹¹⁵.

De esta manera, la dinámica del Tribunal Supremo en la selección de los *writs of certiorari* chocaría frontalmente con esta concepción historicista, ya que no hay normas emanadas por el Legislador que establezcan los supuestos en los que los recursos podrían acceder a la jurisdicción del Alto Tribunal. La única norma que pretende suplir esta ausencia es la Regla 10 del Tribunal Supremo, emanada por el mismo Tribunal y no por ninguna autoridad legislativa, que constituye más un *standard* o una orientación, pero no una norma jurídicamente vinculante. Además, como señala HARTNETT, «con la excepción de la *rule of four*, el Tribunal Supremo ya no sigue los enfoques del *certiorari* descritos en los debates de la *Judges' Bill*»¹¹⁶.

En un sentido similar, según una concepción formalista (*Formalist Ideal Type*) de la *rule of law*, la selección de *writs of certiorari* por parte del Tribunal

rule of law puede ser usada como una fórmula para expresar el hecho de que la ley de la constitución, las normas que en países extranjeros naturalmente forman parte de un código constitucional, no son la fuente sino la consecuencia de los derechos de los individuos, de la manera en que son definidos y aplicados por los tribunales (...), DICEY, A.V., *Introduction to the study of the Constitution*, Elibron Classics, reimpresión 2005, pp. 198-199.

¹¹⁴ «El primer elemento es la capacidad de las normas legales, *standards* o principios para guiar a la gente en la conducta de sus asuntos. La gente debe ser capaz de entender el Derecho y acatarlo. El segundo elemento de la *Rule of Law* es la eficacia. El Derecho debe guiar a la gente realmente, al menos a la mayor parte. (...). El tercer elemento es la estabilidad. El Derecho debería ser razonablemente estable para facilitar la planificación y la acción coordinada a lo largo del tiempo. El cuarto elemento de la *Rule of Law* es la supremacía de la autoridad legal. El Derecho debe vincular a los funcionarios (*officials*), incluyendo jueces, así como a ciudadanos normales. El elemento final implica instrumentos de justicia imparcial. Los tribunales deben estar disponibles para aplicar el Derecho y deben emplear procedimientos justos», FALLON, R.H., «The Rule of Law» as a Concept in Constitutional Discourse», 97 *Colum. L. Rev.* 1, (1997), pp. 8 y 9.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 11-14.

¹¹⁶ HARTNETT, E.A., «Questioning certiorari...», *ob. cit.*, p. 1724, nota a pie de p. 460. Véase STEVENS, J.P., «The Life Span of a Judge-Made Rule», 58 *N.Y.U. L. Rev.* 1, (1983), pp. 13-14.

Supremo exigiría que estuviera regulada por una norma que, si bien no es necesario que revista la forma de «ley», sí debería existir antes de su aplicación, para determinar «una conducta apropiada o unos resultados legales»¹¹⁷.

Sin embargo, no existen normas que determinen que el Tribunal Supremo vaya a pronunciarse sobre un determinado *writ of certiorari* en un sentido determinado, ya que el posible carácter jurídico de la Regla 10 se desvanece con la primera afirmación de su redacción: «*Review is not a matter of right, but of judicial discretion*», tomando la consideración de mera orientación o *standard* no vinculante para el Alto Tribunal.

Según una concepción de «proceso legal» (*Legal Process Ideal Type*) se entendería satisfecha la *rule of law* si el modelo de *writ of certiorari* contuviera «una mezcla de 1) justicia procesal en el desarrollo y aplicación de normas legales; 2) una (asumida) conexión interna entre nociones de Derecho y razonabilidad; 3) razonada elaboración de la conexión entre fuentes de autoridad legal reconocidas y preexistentes y la determinación de derechos y responsabilidades de casos particulares; y 4) «*judicial review*» como un garante de la justicia procesal y deliberación racional por las autoridades legislativas, ejecutivas y administrativas que toman las decisiones»¹¹⁸.

En el proceso de decisión de la concesión o no de *writs of certiorari* los *Justices* raramente publican sus razones que sustentan su decisión y, por tanto, no se sienten vinculados por votos emitidos en *writs of certiorari* anteriores. Esto, como afirma HARTNETT, «hace difícil la conciliación entre el *certiorari* y esta concepción de «proceso legal» (*legal process*) presente en la *rule of law*»¹¹⁹. Por tanto, una de las grandes dificultades del *certiorari*, en términos de la *rule of law*, es que no descansa ni en normas claras ni en decisiones razonadas.

Por último, una concepción sustantiva (*Sustantive Ideal Type*) señala que no cualquier regla, sentencia o «producto del proceso deliberativo racional» puede satisfacer la *rule of law*, pues esta concepción implica entender el Derecho como una guía de autoridad moral para la conducta humana, por lo que «las formas del Derecho (...) no son entendibles como formas legales en ausencia de propósitos de cognoscibilidad racional (*rational cognizable purposes*) que posea demandas razonables a la lealtad moral»¹²⁰. En opinión de HARTNETT también es «difícil concebir cómo el *certiorari* podría estar justificado por este ideal sustantivo de la *rule of law*, ya que no es fácil ver algún aspecto en el *certiorari* que parezca una guía de autoridad moral para la conducta humana»¹²¹.

Por tanto, estas concepciones de la *rule of law* apuntadas chocan con la práctica actual del Tribunal Supremo a través del *writ of certiorari*, pues debido a la discrecionalidad que le rige las decisiones son tomadas basándose en argu-

¹¹⁷ FALLON, «The Rule of Law...», ob. cit., pp. 14-18.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 18-21.

¹¹⁹ HARTNETT, E.A., «Questioning certiorari...», ob. cit., p. 1724

¹²⁰ FALLON, R.H., «The Rule of Law» as..., ob. cit., pp. 21-24.

¹²¹ HARTNETT, E.A., «Questioning certiorari...», ob. cit., p. 1724, nota a pie de página n.º 460.

mentos no exclusivamente jurídicos, siendo algunos incluso de carácter político, como defienden amplios sectores de la Ciencia Política estadounidense. Esta circunstancia hace surgir indudablemente fuertes tensiones entre la actuación jurisdiccional discrecional del Tribunal Supremo con las exigencias de la *rule of law*¹²².

La actual regulación del *writ of certiorari* contiene pocos parámetros vinculantes sobre la labor de los jueces del Tribunal Supremo. La misma Regla 10 del Tribunal Supremo establece que las consideraciones que en ella se contienen no condicionan de forma absoluta la discrecionalidad del Tribunal. La ausencia de criterios determinados jurídicamente para la admisión o rechazo de solicitudes de revisión de sentencias judiciales supone una puerta abierta a la inseguridad jurídica y por tanto una contradicción con la *rule of law*. Justice BREYER, por ejemplo, calificó a la «discrecionalidad carente de constricción» (*unconstrained discretion*) como una «violación a la *Rule of Law*»¹²³.

En opinión de LEVINSON, la Regla 10 del Tribunal Supremo es más un «*standard*» que una «norma» (*rule*). «Su lenguaje exige un ejercicio de equilibrio o ponderación judicial (*judicial balancing*) de «razones especiales e importantes» que puedan ser alegadas en cualquier petición de *certiorari* planteada», lo cual implica la realización de juicios de valor¹²⁴. En este sentido, el citado autor señala que, según Justice SCALIA, «depender de *standards* es simplemente una invitación al juicio discrecional por los jueces que debería ser rechazado. De hecho, él ha definido «*The Rule of Law as a Law of Rules*» considerando cualquier desviación de la ciencia del Derecho (*jurisprudence*) basada en las normas como un paso en el camino a la «elección política» (*political choice*) basada en el prejuicio filosófico y la intuición moral (*philosophical predilection and moral intuition*)»¹²⁵.

Por tanto, el amplio margen de discrecionalidad y posible guiño a argumentos políticos o morales, ajenos al campo del Derecho, posibilitan fuertes críticas a la institución del *writ of certiorari* partiendo de ciertos aspectos de la *rule of law*, destacándose la necesidad de que los *Justices* estén constreñidos al texto original de una norma que les vincule, de la existencia de reglas que guíen la toma de sus decisiones, de la motivación de esas decisiones y de requisitos básicos que contribuyan a la obtención de una justicia sustantiva.

¹²² SHAPIRO, por su parte, defiende una «discrecionalidad basada en principios» (*principled discretion*) del Tribunal Supremo. La discrecionalidad entendida de esta manera conlleva una obligación de decidir razonadamente, por lo que podría encajar dentro de las exigencias de la *rule of law*: SHAPIRO, D.L., «*Jurisdiction and Discretion*», 60 *N.Y.U. L. Rev.* 543, (1985), p. 579. Sin embargo, es significativo destacar que SHAPIRO nunca relaciona estos requisitos con el *certiorari*, pues lo considera «un ejemplo de discreción prácticamente absoluta» SHAPIRO, D.L., «*Jurisdiction and Discretion*», ob. cit. (pp. 575-576).

¹²³ *BMW v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996), p. 586. SUNSTEIN describe los rechazos de *certiorari* como «carentes de razón» y «sin reglas ni teorizaciones, SUNSTEIN, C.R., «The Supreme Court, 1995 Term-Foreword: Leaving Things Undecided», 110 *Harv. L. Rev.* 4 (1996), p. 22.

¹²⁴ LEVINSON, S., «Strategy, Jurisprudence, and Certiorari», 79 *Virginia Law Review*, 717, (1993), p. 725.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 736. Al respecto véanse, SCALIA, A., «The Rule of Law as a Law of Rules», 56 *U. Chi. L. Rev.* 1175 (1989) y su voto particular en *Planned Parenthood v. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992), p. 2875.

Por este motivo, como afirma HARTNETT, «muchos juristas tienden a creer que la *Rule of Law* no es una quimera y que requiere a los jueces estar estrechamente vinculados a la concepción original de un texto controlador, la existencia de reglas para guiar la toma de decisiones, la obligación de razonar las decisiones y requisitos básicos de justicia material.»¹²⁶

Sin embargo, la realidad es que el ordenamiento jurídico estadounidense no proporciona importantes restricciones a la acción judicial en el campo del *certiorari*, sino todo lo contrario. Poco después de la aprobación de la *Judges Bill* fue promulgada por el Tribunal la actual Regla 10, y cristalizó la discrecionalidad que vertebraba la institución del *writ of certiorari*. La forma de acceso a la jurisdicción del Alto Tribunal de la práctica totalidad de los casos planteados ante él tenía en cuenta como referencia unas orientaciones que «ni controlan ni miden completamente la discrecionalidad del Tribunal». HARTNETT ha defendido que el Tribunal podría reformular y publicar directrices detalladas referentes a los criterios para conceder y denegar la revisión de los casos¹²⁷. Sin embargo, en la actualidad no hay criterios, aparte de las vagas generalidades previstas en las reglas del Tribunal y sus decisiones. Conviene no olvidar que desde *Chief Justice* TAFT los *justices* han rechazado firmemente promulgar reglas que pudieran controlar su discreción. Este es el verdadero motivo de la inexistencia de un código jurisprudencial que oriente a los recurrentes.

3.2.2. La discrecionalidad como puerta de entrada a argumentos de carácter político

Las críticas motivadas por la tensión que la discrecionalidad del *writ of certiorari* genera con las exigencias de la *rule of law* engarzan directamente con las dificultades de excluir tendencias políticas en la argumentación de los *justices* al decidir algunos casos.

Es un tema pacífico en la doctrina que a través de sus decisiones y de sus preferencias en la selección de casos al interpretar la Constitución y las leyes federales, el Tribunal Supremo influye claramente en ciertas áreas de la actividad política¹²⁸.

En este punto, se critica el *writ of certiorari* partiendo de la famosa cita de HAMILTON de que el poder judicial es «la rama del Estado menos peligrosa (*the least dangerous branch*)» porque sólo tiene la capacidad de dictar sentencias pero no posee «ni fuerza ni voluntad»¹²⁹. Esta afirmación está en contradicción

¹²⁶ HARTNETT, E.A., «Questioning certiorari...», ob. cit., p. 1720.

¹²⁷ HARTNETT, E.A., «Questioning certiorari...», ob. cit., p. 1723.

¹²⁸ Un estudio sobre las áreas a las que el Tribunal Supremo le ha prestado más atención y, por tanto, ha influido más, además de su evolución en las últimas décadas puede consultarse en PACELLE, R.L. Jr, *The Transformation of the Supreme Court's Agenda. From the New Deal to the Reagan Administration*, Westview Press, Boulder, 1991.

¹²⁹ HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J., *El Federalista*, ob. cit., 2000, p. 331 (carta n.º 78).

con el importante poder que supone la competencia de establecer su propia agenda¹³⁰ como el Tribunal Supremo ha ido consiguiendo a través de las diferentes reformas legislativas, principalmente la de 1925¹³¹. Esta competencia supone dotar al Tribunal Supremo de voluntad propia para elegir qué casos decidir y cuales evitar decidir, lo que implica la posibilidad de que desarrolle una labor más política que jurídica¹³². De esta manera, además de ser un intérprete de la política, el Tribunal Supremo emerge «como un participante activo en hacer política» (*an active participant in making policy*)¹³³.

Ha de tenerse muy en cuenta que este poder de seleccionar los casos que decidir, permite al Tribunal reducir los asuntos pendientes y resolver las demandas en un margen de tiempo reducido. Sin embargo, a juicio de O'BRIEN, esta posibilidad lleva al Tribunal a funcionar sin un poder delimitado en un ámbito muy general y amplio (*roving commission*) «o como un cuerpo legislativo para responder a las fuerzas sociales», «permitiéndole asumir el rol de un super-legislador»¹³⁴.

Este poder político no sujeto a responsabilidad ha sido continuo objeto de crítica. BLUMSTEIN apunta que la *Judges' Bill* «transformó una buena parte del trabajo del Tribunal completamente en una «*political decisionmaking*»¹³⁵.

En palabras de SCHAUER, «la actuación política (*policymaking*) en una democracia (...) debería ser dejada a los cargos públicos (*officials*) más susceptibles de ser responsables ante la voluntad popular que los jueces, quienes debido a su no-responsabilidad (*nonaccountability*) en comparación con los anteriores ante la sociedad deberían limitar su actuación en la política (*policymaking*) a lo mínimo. El «gobierno de los jueces» (*Government by judiciary*), suele decirse, es la antítesis a la democracia»¹³⁶. Sin embargo, a través del *writ of certiorari*, la actuación en la política puede acrecentarse con un control cada vez más débil.

Al igual que sucede con los Tribunales Constitucionales (aunque sea en forma muy diversa, lo cierto es que el Tribunal Supremo tiene la última palabra sobre la vigencia de leyes, algunas de las cuales tienen una gran trascendencia política. Sin embargo, el Alto Tribunal estadounidense tiene una peculiaridad aportada por la figura discrecional del *writ of certiorari*. En palabras de HARPER

¹³⁰ «La agenda es la fase más crucial del proceso político», PACELLE, R.L., Jr., *The Transformation of the Supreme Court's...*, ob. cit., p. 2.

¹³¹ Véase, por ejemplo, O'BRIEN, D.M., *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, W.W. Norton and Company, 6th. ed. 2002.

¹³² «El Tribunal también establece su propia agenda de casos para intervenir activamente en el ámbito de la política», (*substantive agenda for policy-making*), ibidem, p. 247 (O'BRIEN, Storm Center...).

¹³³ PACELLE, R.L., Jr., *The Transformation of the Supreme Court's Agenda: From the New Deal to the Reagan Administration*, (1991), Boulder: Westview Press, p. 15.

¹³⁴ O'BRIEN, D.M., *Storm Center...*, ob. cit., pp. 191 y 248.

¹³⁵ BLUMSTEIN, J.F., «The Supreme Court's Jurisdiction-Reform Proposals, Discretionary Review, and Writ Dismissals», *26 Vand. L. Rev.* 895, (1973), p. 907.

¹³⁶ SCHAUER, F., «The Supreme Court, 2005 Term. Foreword: The Court's Agenda - And the Nation's», *120 Harv. L. Rev.* 4 (2006), pp. 5-6, quien examina la relación entre las actividades del Tribunal Supremo y la totalidad de la actividad de gobierno de la nación.

y ROSENTHAL, «puede que el trabajo que el Tribunal no hace sea tan significativo para la nación como el que hace. Cuando decide un caso que implica cuestiones importantes de interés público, está participando en la política nacional. Cuando rechaza revisar un caso que implica cuestiones importantes, ¿no decide también sobre la política?»¹³⁷. Por tanto, el modelo actual de *writ of certiorari* amplía aún más la *bickeliana* denuncia de las *passive virtues* del Tribunal Supremo¹³⁸.

Quizá una de los ejemplos más representativos de cómo el *certiorari* da más margen al campo de la voluntad y no al del Derecho es la práctica común de los «rechazos defensivos» (*defensive denials*) en el Tribunal Supremo¹³⁹. En un «rechazo defensivo», un *justice* vota rechazar un *certiorari* no porque la materia que implica es poco relevante, sino porque no está de acuerdo con el resultado que el Tribunal va a alcanzar sobre el fondo del asunto¹⁴⁰. «Hay áreas del Derecho en general y casos en especial donde un *justice* cree que si un caso es revisado, no le gustará el resultado de fondo. Por ello, incluso si él cree que el caso es digno de ser revisado (*certworthy*), o quizá puede que incluso crea que la sentencia anterior es una injusticia horrible, aún así votará denegar la revisión»¹⁴¹. En las entrevistas de PERRY a *justices* y *clerks*, se observa que la mayoría de los jueces consideran esta práctica aceptable¹⁴². Esta estrategia pone de manifiesto que el Tribunal Supremo ha pasado de ser un árbitro neutral e intérprete objetivo de la política a ser un participante activo (*policy making*)¹⁴³, llegándose a sugerir que los *justices* persiguen alcanzar sus propios intereses políticos¹⁴⁴. Por ejemplo, PACELLE defiende que «los *justices* del Tribunal Supremo son empresarios políticos (*policy entrepreneurs*) que buscan cumplir sus objetivos políticos por medio

¹³⁷ HARPER, F. y ROSENTHAL, A., «What the Supreme Court Did Not Do in the 1949 Term», 99 *University of Pennsylvania Law Review*, 293 (1950), p. 293. HARPER y otros estudiantes de Derecho de Yale analizaron esta cuestión en los períodos sucesivos 1950, 1951 y 1952 del Tribunal Supremo.

¹³⁸ BICKEL, A.M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Heaven and London, reimpression 1986.

¹³⁹ Sobre opiniones de *justices* acerca de los «rechazos defensivos» véanse PERRY, H.R. JR, *Deciding to Decide...*, ob. cit., pp. 198-207; Véase también PROVIN, D.M., *Case Selection...*, ob. cit., pp. 126 y ss.

¹⁴⁰ HARTNETT, E., «Questioning Certiorari...», ob. cit., pp. 1725-1726.

¹⁴¹ Durante las entrevistas de PERRY *justices* y *clerks*, «los *justices* «liberales» sentían que los «conservadores» estaban resueltos a involucionar «importantes conquistas» logradas en la época del Tribunal Warren. Por supuesto, para los conservadores éstas eran «los males y excesos» de la era Warren. Cualquiera que fuera la mayoría conservadora, los «liberales» tenían más de qué preocuparse cuando un caso era revisado», PERRY, *Deciding to decide...*, p. 199.

¹⁴² PERRY, *Deciding...*, ob. cit., p. 207. Incluso *justice* DOUGLAS, quien más tiempo ha estado en el Tribunal, ha afirmado que «Todos los que han estado en el Tribunal Supremo han sucumbido» a la influencia de las *defensive denials*, véase DOUGLAS, W.O., *The Court Years: 1939-1975: The Autobiography of William O. Douglas*, Random House, New York, 1980, pp. 94-95 (1980).

¹⁴³ Véase por ejemplo, PROVIN, D.M., *Case selection...*, pp. 104-130; PERRY, H.R. JR, *Deciding to Decide...*, ob. cit., pp. 11-15.

¹⁴⁴ «(...) hay un efecto interactivo entre los objetivos políticos y las orientaciones del rol individual de los miembros del Tribunal. Estos factores son responsables para la decisión de aceptar unos casos y rechazar otros», PACELLE, R.L., JR, *The Transformation of the Supreme Courts...*, ob. cit., p. 10.

de sus políticas de selección de casos y de sus decisiones sobre el fondo de las cuestiones planteadas basándose en sus méritos (*on the merits*)»¹⁴⁵.

LEVINSON ilustra esta cuestión de blandir argumentos que trascienden lo jurídico acudiendo al enfrentamiento entre los dos grandes bloques existentes en el Tribunal Supremo en cuestiones tan complejas y controvertidas como el aborto. Dos exponentes paradigmáticos de estos dos bloques, *Justice* SCALIA y *Justice* WHITE, encarnan la larga disputa (*nested oppositions*) entre dos formaciones académicas y maneras de decidir (*adjudication*), esto es, entre una orientación más positivista y centrada en las normas y otra menos apegada a la ley, en palabras de LEVINSON al referirse a *Justice* WHITE, «menos realista y basada en la política». De esta manera, dependiendo de quién ostentara la mayoría, el *certiorari* y por tanto, la actuación del Tribunal Supremo se decantaba más claramente por uno de estas dos líneas argumentativas, principalmente en casos como el aborto, tan complejos y donde el Derecho no es la única variable o parámetros a manejar y tener en cuenta. En este sentido, LEVINSON llama la atención sobre el interesante tema de la «distribución» dentro de la estructura ideológica de una persona en la toma de decisiones, al contraponerse los argumentos basados en normas a los basados en *standards*, o los basados en principios a los argumentos más de índole política¹⁴⁶, cuestión ésta que vertebraba las críticas apuntadas sobre la institución del *certiorari*.

La influencia del Tribunal Supremo en el campo de la política ha crecido a medida que se ampliaba el ámbito del *writ of certiorari*. Sin embargo, algunos autores han defendido que la jurisdicción del Tribunal Supremo podría no ser arbitraria y sin ningún tipo de control sino discrecional basada en principios¹⁴⁷. En este sentido, SHAPIRO defiende una «discrecionalidad basada en principios» (*principled discretion*) y no un ejercicio de la voluntad ad hoc.¹⁴⁸ Sin embargo, como ya se ha apuntado, SHAPIRO nunca relaciona estos requisitos con el *certiorari*, pues lo considera como un ejemplo de discreción prácticamente absoluta¹⁴⁹.

¹⁴⁵ «Ciertos *justices* están asociados con ciertas teorías jurídicas y diseños políticos. Hugo BLACK apoyó absolutismo en libertad de expresión y la totalidad adopción por parte de los Estados de la Bill of Rights. Felix FRANKFURTER favoreció el judicial restraint en libertades fundamentales (civil liberties) y en asuntos económicos. William REHNQUIST es un positivista legal que valora la propiedad privada sobre las libertades fundamentales», PACELLE, R.L., Jr., *The Transformation of the Supreme Court's...*, ob. cit., pp. 31 y 32. HARTNETT cree que esta visión es compartida por algún jurista como TUSHNET, HARTNETT, «Questioning...», p. 1720. TUSHNET, M., «Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles», *96 Harv. L. Rev.* 781, (1983), p. 825.

¹⁴⁶ LEVINSON, S., «Strategy, Jurisprudence...», ob. cit., pp. 736-739.

¹⁴⁷ Véase el imprescindible artículo WECHSLER, H., «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», *73 Harv. L. Rev.* 1, (1959).

¹⁴⁸ SHAPIRO, D.L., «*Jurisdiction and Discretion*», *60 N.Y.U. L. Rev.* 543, (1985), p. 578.

¹⁴⁹ Por ejemplo, en el paradigmático rechazo a revisar *por apelación* la constitucionalidad de una ley de Virginia que prohibía los matrimonios entre personas de diferente raza (*Naim v. Naim*, *350 U.S.* 891, (1955)), SHAPIRO apuntó que «es difícil ver cualquier base discernible para la inadmisión de la apelación en *Naim*», SHAPIRO, D.L., «*Jurisdiction and Discretion*», ob. cit., p. 578.

Se ha escrito mucho sobre las estrategias que presuntamente los *justices* adoptan para conseguir los resultados políticos que persiguen. De especial interés es el estudio llevado a cabo por PERRY, que aboga por concluir que la gran mayoría de las decisiones tomadas por los miembros del Tribunal están basadas en componentes jurídicos (*jurisprudential factors*), aunque en ciertas ocasiones las inclinaciones políticas para obtener un cierto resultado (*outcome factors*) son factores determinantes¹⁵⁰.

Una de las principales conclusiones que PERRY apunta en su estudio es que «el Tribunal actúa de manera estratégica mucho menos de lo que los politólogos podríamos esperar. La principal impresión que he sacado de mi investigación es el minoritario rol que juega la negociación y la estrategia en el Tribunal en referencia al procedimiento de *certiorari*. Es cierto que juega un papel, y mayor del que muchos *clerks* y quizá alguno de los *Justices* reconocen. Aun así, éste es mínimo en comparación con su potencial de uso»¹⁵¹.

3.3. *El papel del Tribunal Supremo dentro del sistema judicial estadounidense*

Significativos miembros de la doctrina estadounidense como TUSHNET se han posicionado en contra de la total eliminación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Supremo. A su juicio se desprecian elementos importantes de la separación de poderes.

La absoluta discrecionalidad del Tribunal Supremo en la elección de los casos a elegir, chocaría con las competencias que le corresponden al Congreso sobre la determinación de los asuntos más importantes y por tanto mercedores de un mayor grado de protección¹⁵². SIMPSON responde a la postura de TUSHNET atacando su «idealizada concepción de la separación de poderes» que en realidad no es tan clara, citando la cláusula de «Excepciones y Regulaciones» del Artículo III Sección 2.2) de la Constitución (*Exceptions and Regulations Clause*) a través de la cual el Congreso puede determinar siempre el alcance de la jurisdicción de los tribunales federales entre ellos el Tribunal Supremo¹⁵³.

En otro orden de cosas, FRANKFURTER era partidario del aumento del uso del *certiorari*. Sin embargo, no estaba totalmente convencido de que el *writ of errors* debiera desaparecer cuando un tribunal federal declarara inconstitucional una ley federal: «Hay pocas posibilidades de que el Tribunal Supremo re-

¹⁵⁰ PERRY, H.R. JR, «Deciding to Decide...», ob. cit., pp. 198-215, 271-284. Incluyendo los tribunales federales de apelación, no solamente el Tribunal Supremo, véase SUNSTEIN, C.R., SCHKADE, D., ELLMAN, L.M., SAWIKI, A., *Are judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2006. Véase también el importante PROVINE, D.M., *Case Selection...*, ob.cit.

¹⁵¹ PERRY, H.R. JR, *Deciding to Decide. Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1991, p. 144.

¹⁵² TUSHNET: «The Mandatory Jurisdiction of the Supreme Court. Some Recent Developments», 46 *U. Cinc. L. Rev.* 347 (1977), pp. 358-365.

¹⁵³ SIMPSON, J.M., «Turning Over the Reins: The abolition of the Mandatory Appellant Jurisdiction of the Supreme Court», 6 *Hastings Const. L.Q.* 297 (1979), pp. 335 y ss.

chazara la solicitud de revisión de un caso en el que un tribunal de apelaciones (*federal circuit court of appeals*) invalidara una ley federal. (...) Si la anulación de una ley federal por un tribunal federal inferior es de hecho uno de los supuestos más claros para invocar la jurisdicción del Tribunal Supremo, la oportunidad de revisión debería ser explícita y no ser dejada a discreción»¹⁵⁴.

Desde que el *writ of certiorari* pasó a ser el medio protagonista para acceder a la jurisdicción del Tribunal Supremo, principalmente a través de la *Judges' Bill* y culminando en la legislación de 1988, el trabajo llevado a cabo por el Alto Tribunal estadounidense es diferente al del resto de tribunales. Los *justices* toman las decisiones sobre conceder o no una solicitud de *certiorari* conforme a vagas directrices que les permiten disfrutar de máxima discrecionalidad, sin revelar sus deliberaciones o las explicaciones de sus decisiones y sin constreñirse a sus propios precedentes¹⁵⁵. De esta manera, los *justices* aceptan conocer un caso, e incluso una cuestión concreta dentro de un caso, no por estar obligados por la ley, sino porque ellos lo deciden así, pudiendo ignorar incluso la existencia de errores jurídicos, o afirmando sentencias erróneas.

Por ello, en este punto, HARTNETT sostiene que el *writ of certiorari* se acercaría más a una labor administrativa que a una labor judicial (*adjudication*)¹⁵⁶. Para llegar a esta conclusión, HARTNETT parte de la idea de que el único asunto que se decide realmente en una petición de *certiorari* es qué tribunal tendrá la última palabra en un caso. Desde esta perspectiva, el poder judicial como un todo debe decidir el caso y, haciendo esto, llevar a cabo su actividad jurisdiccional (*exercise judgment*) de acuerdo con la *rule of law* más que con la voluntad. Entendido de este modo, el poder del Tribunal Supremo a elegir qué casos decidir y qué dejar que sean decididos por otros tribunales se ve más como una especie de poder administrativo que de poder judicial»¹⁵⁷.

En conclusión, estos son sólo algunos de los muchos argumentos que se han esgrimido en contra de una jurisdicción casi totalmente discrecional del Tribunal Supremo. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta, que estas críticas que

¹⁵⁴ FRANKFURTER, F., y LANDIS, J., «Business of the Supreme Court: a study in the Federal Judicial System», Macmillan, New York, 1928, p. 286.

¹⁵⁵ CORDRAY, M.M. y CORDRAY, R.C., «The Philosophy of Certiorari: Jurisprudential Considerations in Supreme Court Case Selection», 82 *Wash. U. L. Q.* 389 (2004), p. 390.

¹⁵⁶ HARTNETT, E., «Questioning Certiorari...», ob. cit., p. 1726; ESTREICHER, S., & SEXTON, J., «A Managerial Theory of the Supreme Court's Responsibilities: An Empirical Study», 59 *N.Y.U. L. Rev.* 681 (1984); HARTNETT, E.A., «A Matter of Judgment, Not a Matter of Opinion», 74 *N.Y.U. L. Rev.* 123 (1999), p. 141.

¹⁵⁷ HARTNETT, E.A., «Questioning certiorari...», ob. cit., p. 1726. Ya en 1930 FRANKFURTER y LANDIS apuntaron que la *Judges' Bill* ensanchó el campo de la discreción administrativa (...), FRANKFURTER, F., and LANDIS, J.M., «The Business of the Supreme Court at October Term, 1929», 44 *Harv. L. Rev.* 1, (1930), p. 12. Sobre este punto de vista véase el trabajo de dos antiguos *clerks*, Samuel STREICHER y SEXTON que dirigieron un detallado estudio legal de los trabajos del proceso de *certiorari* y fueron partidarios de tratar al Tribunal Supremo como el «director (manager) de un sistema de tribunales», ESTREICHER, S., y SEXTON, J., «A Managerial Theory of the Supreme Court's Responsibilities: An Empirical Study», 59 *N.Y.U. L. Rev.* 681, (1984). Véase también ESTREICHER S., y SEXTON, J., *Redefining the Supreme Court's Role: A Theory of Managing the Federal Judicial Process*, Yale University, (1986).

se esgrimen contra el *certiorari* no serían plenamente aplicables en el caso de que se instituyera una admisión discrecional de los recursos de amparo por parte del Tribunal Constitucional, ya que la gran mayoría de los casos más altamente politizados que se plantean ante el Alto Tribunal español se hace a través de recursos de constitucionalidad y conflictos de competencia cuya admisión es reglada y no sobre la que no se discute una admisión discrecionalidad. No obstante, conviene tenerlas en mente cada vez que se proponga adoptar, a veces demasiado a la ligera, un sistema de *writ of certiorari* en nuestro modelo de justicia constitucional.