

Recursos ante las Cortes supremas en el civil law y en el common law: dos vías a la uniformidad*

PABLO BRAVO-HURTADO**

Abstract

From a comparative perspective, legal actions before the court of final appeal differ from country to country. Nevertheless, every Supreme Court in the world aims at protecting the uniformity of judicial decision criteria. One may therefore ask why procedures in final appeals differ, even though the supreme courts share the same goal. This question will be discussed in the present article in light of the procedural differences between the civil and common law worlds in terms of the goals of and access to the Supreme Court, when it comes to handling final recourse. The article compares two options: cassation in the civil law (uniformity by correcting error in a large number of cases, giving individual solutions) and certiorari in the common law (uniformity by taking a stand only on exemplary cases, giving general guidelines). After presenting both paths to uniformity, the article ends by discussing which one could be best, and the historical reasons for choosing one over another.

D'un point de vue comparé, les voies de recours ultimes diffèrent de pays en pays. Cependant, chaque Cour suprême dans le monde prétend protéger l'uniformité des critères des décisions juridictionnelles. On peut donc se demander pourquoi les procédures encadrant ces ultimes voies de recours diffèrent tant si les Cours suprêmes visent le même objectif. Cette question sera discutée dans le présent article à la lumière des différences procédurales quant à l'objectif et l'accès à la Cour suprême entre le monde du droit civil et de la Common Law concernant les ultimes voies de recours. La cassation en droit civil (l'uniformité par la correction d'erreurs dans un grand nombre d'affaires apportant des solutions individuelles) et le certiorari de la Common Law (l'uniformité par la prise de position dans seulement quelques cas exemplaires donnant des directives générales). Après avoir présenté les deux voies conduisant à l'uniformité,

* Artículo elaborado en español a partir de la presentación en el seminario 'Private and Public Justice', organizado por los Profesores A. Uzelac y C.H. van Rhee en Dubrovnik, Croacia. Junio del 2012.

** Profesor de Derecho Procesal. Universidad Católica de Temuco, Chile (pbravohurtado@uct.cl) – Grupo de Investigaciones Jurídicas. Abogado, Universidad de Chile.

l'article s'achève en discutant laquelle des deux pourrait être la meilleure et les raisons historiques pour lesquelles l'une ou l'autre a été choisie.

Aus rechtsvergleichender Sicht unterscheiden sich die letztinstanzlichen Rechtsmittel von Land zu Land. Dessen ungeachtet ist es die Aufgabe aller Obersten Gerichtshöfe in der Welt, die Einheitlichkeit der Kriterien gerichtlicher Entscheidungen zu wahren. Vor diesem Hintergrund kann man sich fragen, warum Verfahren letzter Instanz sich trotz dieses übereinstimmenden Zieles unterscheiden. Dieser Frage wird im folgenden Beitrag unter Berücksichtigung der prozessualen Unterschiede hinsichtlich der Ziele und des Zugangs zu den Obersten Gerichtshöfen im Civil Law und im Common Law nachgegangen; die Kassation im Civil Law (Einheitlichkeit durch Fehlerkorrektur in einer großen Anzahl von Fällen durch Einzelfallentscheidungen) und certiorari im Common Law (Einheitlichkeit durch Rechtsprechung nur in beispielhaften Fällen, in denen generelle Leitlinien aufgestellt werden). Nach der Darstellung beider Wege zur Einheitlichkeit schließt der Beitrag mit einer Erörterung der Frage, welcher Weg besser ist und beschreibt die historischen Gründe, aufgrund derer der eine oder der andere eingeschlagen wurde.

In una prospettiva comparatistica, i ricorsi alla corte di ultima istanza differiscono da un ordinamento all'altro. Ciò nondimeno, tutte le Corti Supreme del mondo si prefiggono l'obiettivo di garantire l'uniformità dei criteri di decisione giudiziale. Quindi, ci si può domandare per quale ragione i procedimenti di accesso alle corti di ultima istanza siano differenti se le corti supreme perseguono il medesimo obiettivo. La questione viene trattata nel presente saggio alla luce delle differenze procedurali nelle finalità e nell'accesso alla Corte Suprema rinvenibili negli ordinamenti di civil law e di common law, con riferimento al trattamento dei ricorsi proposti in ultima istanza. La cassazione negli ordinamenti di civil law (uniformità ottenuta con la correzione degli errori in un ampio numero di casi mediante soluzioni individuali) e il certiorari nella common law (uniformità ottenuta prendendo posizione solo in casi esemplari, dettando linee-guida generali). Dopo aver descritto le due diverse vie seguite per garantire uniformità, il saggio si conclude con un'analisi di quello che potrebbe essere il metodo migliore e con l'esposizione della ragioni storiche sottostanti la scelta dell'una via o dell'altra.

Desde una perspectiva comparada, los recursos de última instancia difieren de país en país. Sin embargo, cada Corte Suprema en el mundo pretende proteger la uniformidad de los criterios de decisión judicial. Cabe entonces preguntarse por qué los procedimientos de estos recursos finales difieren tanto a pesar que las Cortes Supremas comparten el mismo objetivo. Esta cuestión será discutida en el presente artículo a la luz de las diferencias procesales en el objetivo y el acceso a la Corte Suprema entre el mundo del common y civil law, cuando conocen los recursos procesales de última instancia. La casación en el civil law (uniformidad mediante la corrección de errores

en un gran número de casos dando soluciones individuales) y el certiorari del common law (uniformidad mediante la toma de partido sólo en casos ejemplares dando lineamientos generales). Después de presentar las dos vías a la uniformidad, el artículo cierra discutiendo cuál de las dos podría ser la mejor y las razones históricas por las cuales se optó por una o por otra.

Keywords: recourse of last resort; Supreme Court

Mots-clefs: recours en dernier ressort; Cour Suprême

Stichwörter: letztinstanzliches Rechtsmittel; oberster Gerichtshof

Parole chiave: ricorso in ultima istanza; Corte Suprema

Palabras clave: recurso de última instancia; Corte Suprema

Tabla de contenido

I. Introducción	325
II. Sobre la comparación de Cortes Supremas	327
III. Recurso de última instancia en perspectiva comparada. Objetivo y acceso .	329
IV. Dos vías a la uniformidad	333
V. ¿Cuál vía es la mejor? El salto de fe	335
VI. Opción histórica	337
VII. Conclusión	338

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo trata acerca de un tópico de derecho procesal comparado. Más precisamente, trata acerca de los recursos ante los tribunales superiores de cada país como medios para controlar los criterios de decisión de los jueces inferiores. Aquí se hará un estudio comparativo de determinados aspectos de los recursos ante la Corte Suprema –a saber, sus objetivos y el acceso a ella– en ciertos países del civil law como del common law. Por adelantado, la conclusión de este estudio es que las diferencias y similitudes entre los recursos de una y otra tradición pueden ser mejor descritas como dos vías diferentes para lograr el mismo objetivo: uniformidad en los criterios de decisión judicial.

En este artículo me referiré a cada modelo de recurso –siguiendo el consejo de GEEROMS¹– manteniendo su nombre en el idioma original. En consecuencia, el término

¹ [S]ystems of cassation, revision and appeal as final review differ dramatically in their respective historical roots. The jurisdiction over questions of fact and law, the degree of respect for the

francés ‘*Cassation*’, el alemán ‘*Revision*’, el inglés ‘*Third Appeal*’ y el latín ‘*Certiorari*’ no serán traducidos. A pesar de las convergencias que pudieran haber, cada uno son recursos con características propias que traducirlos generaría tropiezos conceptuales.

Desde 1990 Chile está llevando a cabo una modernización completa de su sistema judicial. Chile es un país sudamericano que pertenece a la tradición jurídica romano-canónica (civil law). Más precisamente, seguimos la versión española de esa tradición. Anteriormente, Chile tenía un sistema judicial basado en los procedimientos escritos medievales como el *ordo-iudiciarius* canónico. Pero en 1995 comenzó una completa reforma, primero con la especialización de las Salas de la Corte Suprema y la creación de la Academia Judicial para la formación de los jueces. Después se reformó radicalmente el proceso penal a partir del 2000. En el 2005 se instauró la nueva justicia de familia en un solo turno, además progresivamente se empezó a implementar el nuevo proceso laboral. En cuatro o cinco años más esperamos tener completada la reforma final en materias civiles.²

Cada reforma judicial de este movimiento de modernización afecta, en algún grado, el recurso ante la Corte Suprema. Tradicionalmente, la Corte chilena ha sido una Corte de *Cassation* que sólo trataba cuestiones de Derecho. Pero desde el comienzo, la diferencia fue que la ‘Casación’ chilena no sólo anulaba la sentencia sino que dictaba una nueva por sí misma, actuando más como una Corte alemana de *Revision*.

Las reformas recientes han cambiado tanto el procedimiento del recurso que la Corte chilena ya no puede ser identificada como una verdadera Corte de ‘*Cassation*’. Las reformas han intentado hacer de la Suprema chilena más una corte ‘de precedentes’, como en la tradición del common law. Y, por supuesto, abandonar la tradición casacional ha despertado bastantes críticas.

La principal crítica es que los criterios de decisión de los jueces inferiores estarán menos controlados y, en consecuencia, la igualdad ante la ley ya no estará protegida.³ Con la ‘casación’ anterior los litigantes tenían un amplio acceso a ella. Pero la nueva regulación restringe dramáticamente el acceso de un modo similar al *writ of certiorari* discrecional ante la *Supreme Court* de Estados Unidos. Entonces, los abogados, los

trial court’s decision, and access to the court are just a few examples showing that historical differences continue to have their reflections. It is thus possible to conclude that, despite the trend of convergence witnessed among *cassation*, *revision*, and appeal as systems of final review, their enduring differences dictate that they still be properly and distinctly designated and employed.’ S.M.F. Geeroms, ‘Comparative Law and Legal Translations: Why the Terms Cassation, Revision and Appeal should not be translated’, 50 *American Journal of Comparative Law*, p. 228 (2002).

² R. Núñez, ‘Crónica Sobre La Reforma Del Sistema Procesal Civil Chileno. Fundamentos, Historia y Principios’, en: A. De La Oliva, y D. Palomo (eds.), *Proceso Civil. Hacia Una Nueva Justicia civil*, pp. 677–695 (Santiago, Jurídica de Chile, 2005). Y del mismo ‘Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al sur del mundo’, 17 *Actualidad Jurídica*, pp. 29–47 (2008).

³ Por todos ver J. Delgado, ‘Examen crítico del recurso de unificación de jurisprudencia’, 36 *Revista de derecho (Valparaíso)*, pp. 473–494 (2011). Y del mismo ‘La historia de la casación civil española: Una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina’, 33 *Revista de derecho (Valparaíso)*, pp. 345–367 (2009).

académicos y los propios Jueces de la Suprema critican que esta restricción en el número de casos que alcanzarán la Corte no permite un control efectivo de los criterios de decisión de los jueces inferiores. Menos acceso a la Corte Suprema, dicen, es menor protección de la igualdad ante la ley. En este estudio contestaré a esas críticas.

Por eso es importante el tema de esta investigación, esto es, estudiar las diferentes funciones de los recursos ante las Cortes Supremas desde una perspectiva comparada. Especialmente para entender el impacto en la protección de la igualdad ante la ley y en el control sobre los criterios de decisión judicial. En Chile es importante entender las diferencias (o similitudes) entre las Cortes de civil law y common law precisamente porque están enfrentando esa decisión, esa reforma.

La estructura de este artículo consistirá en cinco partes. La primera comienza haciendo ciertos comentarios previos acerca de las dificultades y generalizaciones que cualquier ejercicio de derecho comparado necesita (II). La segunda parte atiende al problema del objetivo o meta que persiguen los recursos ante la Corte Suprema en las tradiciones del civil law y en el common law, identificando diferencias y similitudes en la regulación del acceso (III). La tercera parte presenta el modelo de las 'Dos Vías a la Uniformidad' que explica las diferencias comparadas señaladas en el apartado anterior (IV). La cuarta discute las ventajas y desventajas de cada vía (V). Y la última sugiere cuáles podrían ser las razones históricas por las cuales unos países optaron por una u otra (VI).

II. SOBRE LA COMPARACIÓN DE CORTES SUPREMAS

Antes que todo, es muy difícil hablar de un 'tipo' de Corte Suprema propia del civil law porque las regulaciones son diferentes respecto de muchos aspectos dentro de los países del civil law en sí. Francia, Bélgica, Grecia, Italia, Luxemburgo, Los Países Bajos y España tienen un recurso de *Cassation* que, al menos en su versión original, sólo anula la decisión pero no dicta una nueva por sí, reenviándola a un tribunal inferior.⁴ Alemania, Austria y Suiza, a su turno, tienen un recurso de *Revision* que, en su versión original nuevamente, no sólo anula, como en la *Cassation*, sino que dicta una nueva decisión por sí.⁵ Además la *Cassation* y la *Revision* juntas, por una parte, tienen en común que sólo revisan cuestiones de derecho; a diferencia de Inglaterra,⁶ Irlanda, Dinamarca, Finlandia y Suecia⁷ que tienen un recurso de *Third Appeal* que además revisa cuestiones de hechos.⁸

⁴ M. Taruffo, 'Civil Law countries', en: P. Yessiou-Falsti (ed.), *The Role of The Supreme Courts at the National and International Level*, pp. 99–126 (Thessaloniki, Grecia, Sakkoulas publications, 1998).

⁵ R. Stürner y R. Schumacher, 'Germany, Austria, Switzerland and Hungary', en: P. Yessiou-Falsti (ed.), *supra* note 4, pp. 205–222.

⁶ S. Goldstein, 'Common Law countries', en: P. Yessiou-Falsti (ed.), *supra* note 4, pp. 279–359.

⁷ H. Lindblom, 'Scandinavian countries', en: P. Yessiou-Falsti (ed.), *supra* note 4, pp. 224–277.

⁸ Agradezco al profesor C.H. van Rhee (Maastricht, Países Bajos) por este comentario.

Sin embargo, muchas reformas importantes han ocurrido respecto a estas cuestiones. Por ejemplo, la reforma alemana del 2002 cambió las reglas de admisibilidad de su recurso de *Revision* en el párrafo 533 de la *Zivilprozessordnung*,⁹ como la sustitución en el Reino Unido de la *House of Lords* por una nueva Corte Suprema.¹⁰ La *Cassation* ha reconocido excepciones en donde no sólo reenvía sino que además dicta una nueva decisión por sí, por ejemplo, cuando no hay nuevas cuestiones de hecho que investigar. La *Revision* también ha reconocido excepciones en donde deja de decidir por sí, sólo anulando y reenviando. Además, tanto la *Cassation* como la *Revision*, que originalmente se enfocaban sólo en el Derecho, con el tiempo han tolerado explícita o implícitamente algún grado de revisión de los hechos. El profesor JOLOWICZ notó esta tendencia en la década del noventa:

Hoy en día la *Cassation* en muchos países europeos se ha movido tan lejos de su modelo original post-revolucionario francés que las diferencias entre la *Cassation*, por una parte, y la *Revision* o incluso la *Appeal*, por la otra, se han reducido significativamente.¹¹

Por supuesto que las Cortes Supremas de cada país europeo siguen siendo diferentes. Pero, en mi opinión, tenemos espacio para hacer ciertas generalizaciones. Esto depende de la ‘distancia comparativa’ que tomemos para el análisis. Si comparamos de cerca la *Bundesgerichtshof* alemana lado-a-lado con la *Cour de Cassation* francesa, de seguro encontraremos una serie de diferencias.¹² Pero si agregamos más distancia al punto de vista y comparamos la Corte alemana y francesa juntas, por una parte, con la *Supreme Court* Estadounidense, por la otra, probablemente la Corte alemana y francesa ahora se verán como dos hermanos: orgullosamente distintos pero con un claro ADN común. Aunque hay muchas diferencias importantes entre la *Revision* y el recurso de *Cassation* –concluye MERRYMAN– este tipo de instituciones cumplen funciones similares.¹³

⁹ P. Gottwald, ‘Review appeal to the German Federal Supreme Court after the reform of 2001’, en M. Ortells (ed.), *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa: Appeals to Supreme Court in Europe*, pp. 87–106 (Madrid, Difusión Jurídica, 2008).

¹⁰ J. Lee (ed.), *From House of Lords to Supreme Court: Judges, Jurists and the Process of Judging* (Oxford, Hart Publishing, 2011). También véase A. Le Sueur (ed.), *Building the UK’s New Supreme Court: National and Comparative Perspectives* (New York, Oxford University Press, 2004).

¹¹ ‘[C]assation in many European countries today has moved so far from the original model of post-Revolutionary France that the differences between *cassation* on the one hand, and *Revision* or even *Appeal* on the other, are significantly reduced.’, J.A. Jolowicz, ‘Introduction. Recourse Against Civil Judgements in the European Union: a Comparative Survey’, en: J.A. Jolowicz y C.H. Van Rhee (eds.), *Recourse Against Judgements in the European Union: Voies De Recours Dans l’Union Europeenne*, p. 2–3 (La Haya, Kluwer Law International, 1999).

¹² F. Ferrand, *Cassation Française et Révision Allemande: Essai Sur le Contrôle Exercé en Matière Civile par la Cour de Cassation Française et par la Cour Fédérale de Justice de la République Fédérale d’Allemagne* (Paris, P.U.F., 1993).

¹³ ‘Although there are many important differences between revision and recourse of cassation, these institutions serve similar functions. A high court at the apex of the ordinary judiciary has the power to review decisions of the lower courts to determine whether they have correctly interpreted

De ahí que cualquier investigación de derecho comparado es hecha sobre la base de ciertas generalizaciones, la cuestión es saber elegir las. Así por ejemplo, el estudio comparativo de LASSER se enfoca sólo en lo que él denomina las ‘Cortes emblemáticas’ de una u otra tradición jurídica:

[Las Cortes] que son emblemáticas en la práctica judicial del civil y common law: [son] la *Cour de Cassation* francesa –la Corte Suprema de Francia en materias civiles (derecho privado)– que durante mucho ha sido el símbolo del modo tradicional de juzgar en el civil law; y la *Supreme Court* de Estados Unidos, que se ha vuelto el símbolo del modo moderno de juzgar en el common law.¹⁴

En esta investigación voy a trabajar sobre las mismas generalizaciones de LASSER. Por una parte, que el modelo más representativo de Corte Suprema en la tradición del civil law es una versión abstracta de la *Cassation* francesa. Y, por la otra, que el recurso más representativo del common law es el *writ of certiorari* estadounidense.

El último comentario previo son dos aclaraciones terminológicas. La primera es que se utilizará la expresión ‘Corte Suprema’ como el nombre genérico para referir al tribunal en la cúspide de la estructura judicial, independientemente de si se trate de una Corte de *Cassation*, de *Revision*, una Corte de precedentes o de otro tipo.

Segundo, para referir al recurso ante la Corte Suprema de cada país se utilizará genéricamente la expresión ‘recurso de última instancia’ despojado de su sentido de la doctrina procesal –‘instancia’ como oportunidad de revisión tanto de los hechos como del derecho–, en ese sentido se ha venido usando el término. Por lo tanto, aquí el ‘recurso de última instancia’ de un país es aquel que se interpone ante la Corte Suprema, lo es independientemente de si la revisión alcanza a los hechos o sólo al derecho. Esta opción terminológica se hace para poder dialogar más fácilmente con el lector anglófono, para el cual la expresión ‘*final appeal*’ es genérica, no hace la distinción entre recursos sobre los hechos o sólo el derecho.

III. RECURSO DE ÚLTIMA INSTANCIA EN PERSPECTIVA COMPARADA. OBJETIVO Y ACCESO

Cuando leemos la literatura clásica del procedimiento civil –especialmente la literatura de la primera mitad del siglo XX como CALAMANDREI– el discurso

and applied the law’. J.H. Merryman y R. Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition, An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, p. 122 (California, Stanford University Press, 2007, 3ª ed).

¹⁴ ‘[The C]ourts that are emblematic of Civilian and common law judicial practice: [are] the French *Cour de cassation* – the French Supreme Court in civil (private law) matters – which has long been symbol of traditional Civilian judging; and the United States Supreme Court, which has become the symbol of modern common law judging’. M. Lasser, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy*, p. 5 (New, York, Oxford University Press, 2009).

usualmente comienza argumentando que el rol del recurso de *Cassation* es defender la igualdad ante la ley, ese es el objetivo de la institución. La existencia misma de una Corte de *Cassation* sería la protección de ese derecho a la igualdad.

[E]l canon de la igualdad de todos los ciudadanos en el Estado, establecido en la base del nuevo ordenamiento por la Revolución Francesa, fue uno de los coeficientes del nacimiento del *Tribunal de Cassation* ... [Hoy en Italia la] *Cassazione* está en estrecha conexión con este principio [de igualdad], y que incluso constituye una de las pocas, si no la única, sanción real.¹⁵

Hablemos de este mismo objetivo pero en términos más abstractos. Tras la cláusula de la 'igualdad ante la ley' está la idea de 'uniformidad'. Por 'uniformidad' me refiero al objetivo de que cada tribunal del sistema judicial tenga el mismo criterio al resolver los casos, alcanzar criterios de decisión unificados, o suficientemente similares, entre los jueces. En estos términos abstractos, podemos decir, el objetivo de una corte de *Cassation*, o al menos uno de sus principales objetivos, es proteger la uniformidad.

[L]a Corte de *Cassazione*, colocándose como vértice y centro del ordenamiento judicial para resolver con su jurisprudencia los desacuerdos de la jurisprudencia inferior, trata de alcanzar la finalidad de la unificación jurisprudencial...¹⁶⁻¹⁷

Acto seguido, debemos aprender las reglas de la *Cassation*, asumiendo que la configuración procesal del recurso está orientada a alcanzar efectivamente ese objetivo. Y una de las reglas más características de su procedimiento es el acceso amplio. La corte de *Cassation* debe ser capaz de revisar, potencialmente, casi cualquier caso en el sistema judicial entero.

[La Corte de *Cassazione* es] un vértice único que resume y domina todo el organismo que depende de él; la posibilidad, ofrecida por un ordenamiento judicial semejante, de hacer converger en un ápice todas las controversias que se inician en primer grado ante jueces territorialmente diversos [...].¹⁸

¹⁵ P. Calamandrei, *La Cassazione Civile*, II: *Disegno Generale dell'istituto*, p. 63 (Torino, Fratelli Bocca, 1920).

¹⁶ P. Calamandrei, *supra* note 15, p. 77.

¹⁷ Si bien aquí me estoy enfocando sólo en la *Cassation* como 'Corte emblemática', no debemos perder de vista que hay otros países del civil law cuyas Cortes Supremas, en rigor, conocen un recurso distinto, a saber, la *Revision* (Alemania, Austria, Suiza). Pero a pesar de las diferencias procesales entre los recursos, esos otros países del civil law parecieran estar persiguiendo el mismo objetivo de la *Cassation* francesa 'As in the French case, the Austrian, German, and Swiss courts are also responsible for ensuring the uniform interpretation of the law; consequently, although in theory their decisions are not binding on themselves or on lower courts, theirs is the final voice on the meaning to be given to provisions of law throughout the ordinary courts'. J.H. Merryman y R. Pérez-Perdomo, *supra* note 13, p. 122.

¹⁸ P. Calamandrei, *supra* note 15.

Sin embargo, si observamos la regulación de los recursos de última instancia en otros países, notaremos diferencias sobresalientes. El recurso ante una Corte Suprema en el common law no sólo se ve diferente, sino que casi opuesto a uno en del mundo del civil law. Por ejemplo, la *Cassation* de civil law tiende a garantizar un acceso amplio a los litigantes para presentar su caso ante la Corte Suprema; mientras que los esfuerzos en el *writ of certiorari* del common law van en la dirección opuesta, restringir ese acceso lo más posible.

¿Cómo podría explicarse esto? Si las reglas procesales de cada recurso están diseñadas para alcanzar efectivamente cierto objetivo, por una parte, y encontramos recursos regulados tan diferentemente unos con otros, por la otra, entonces uno podría sugerir que los recursos son diferentes porque buscan alcanzar objetivos diferentes también. La doctrina procesal nos dice que el objetivo de la *Cassation* es proteger la igualdad ante la ley. Pero el *certiorari* de common law es radicalmente restrictivo sobre el acceso, en contraste con la *Cassation*. La conclusión debiera ser que el *writ of certiorari* es tan diferente sobre el acceso porque debería estar diseñado para alcanzar un objetivo completamente diferente.

¿Es cierto eso? ¿Las Cortes Supremas del common law son diferentes porque pretenden alcanzar objetivos diferentes? ¿Qué otros objetivos, supuestamente, ellas pretenden alcanzar? ¿El *writ of certiorari*, por ejemplo, restringe tanto el acceso al recurso final porque la igualdad ante la ley no es su primera preocupación? ¿Restringen el acceso porque una Corte de common law no está orientada a controlar la uniformidad de los criterios de decisión judicial?

Quizás si vemos más de cerca a la *Supreme Court* Estadounidense podremos encontrar la respuesta. En el frontis de la Corte se lee la inscripción '*Equal justice under the Law*', no es banal que hayan elegido ese subtítulo para la fachada del edificio institucional. Pero en los términos más abstractos que venimos hablando, la Corte de common law también está consciente del valor de la uniformidad. En las palabras de la primera mujer nombrada en la *U.S. Supreme Court*, Sandra O'CONNOR:

Una de las funciones más importantes de la *Supreme Court* –y quizás la más importante– es supervisar todo el sistema de Derecho federal, con un ojo puesto en crear y preservar la uniformidad de la interpretación.¹⁹

La conclusión es clara: la protección de la igual aplicación del derecho sobre cada ciudadano, la protección de la uniformidad, está lejos de ser una tarea exclusiva de la *Cassation* de civil law. El *certiorari* de common law también considera la uniformidad como un objetivo primario.

¹⁹ 'One of the Supreme Court's most important functions – and perhaps the most important function – is to oversee the systemwide elaboration of federal law, with an eye toward creating and preserving uniformity of interpretation.' S. O'Connor, 'Our Judicial Federalism', 35 *Case Western Reserve Law Review*, p. 5 (1984).

La siguiente cita es la más interesante. Es una carta de la década de 1920 del Juez Presidente de la *U.S. Supreme Court* William Howard TAFT al senador Royal COPELAND, buscando apoyo la ley de la judicatura (*Judges' Bill*):

La tarea de la *Supreme Court* debe ser examinar y decidir, para el beneficio del público y para el beneficio de las decisiones uniformes, sólo cuestiones de importancia.²⁰

Esta cita es interesante no sólo porque prueba una vez más la importancia de la uniformidad para una Corte Suprema de common law; también es interesante porque prueba las diferencias entre idiosincrasias opuestas. En la tradición del civil law creemos fuertemente que 'para el beneficio de las decisiones uniformes' es necesario que la Corte de *Cassation* revise un gran número de casos, casi todo recurso que se presenta ante ella. Pero en la tradición del common law ellos creen, por el contrario, que 'para el beneficio de las decisiones uniformes' es necesario que la Corte Suprema revise discrecionalmente sólo un pequeño número de casos, 'sólo cuestiones de importancia' seleccionadas. Escuchemos por última vez a la jueza O'CONNOR:

Es precisamente por la importancia de esta función de unificación que la jurisdicción de la *Supreme Court* de los Estados Unidos se ha vuelto más y más discrecional a lo largo de los años.²¹

De ahí que termina habiendo una diferencia significativa en la cantidad de casos que uno y otro tipo de Corte conoce. Los siguientes datos muestran la cantidad de recursos que se presentan a las Cortes Supremas de una y otra tradición, *versus* la cantidad de casos que se fallaron en el fondo en el año 2001.

Por una parte, las Cortes típicamente de civil law terminan conociendo una gran cantidad de casos. A la *Corte di cassazione* italiana se le presentaron aproximadamente 25.000 recursos ese año, de las cuales se decidieron sólo 20.000, acumulando un retraso de 5.000 o más casos anualmente.²² A su turno, la *Cour de cassation* francesa decidió 20.613 casos de los 22.700 recursos que se le presentaron.²³

²⁰ "The business of the Supreme Court should be to consider and decide for the benefit of the public and for the benefit of uniformity of decision only questions of importance." W.H. Taft, 'Letter to Senator Copeland seeking support for the Judges Bill' (*US Congressional Record* - 1925) 66-2920. Citado por M.M. Cordray y R. Cordray, 'The Philosophy of Certiorari: Jurisprudential Considerations in Supreme Court Case Selection', 83 *Washington University Law Quarterly*, p.390 (2004).

²¹ 'It is precisely of the importance of this unifying function that the jurisdiction of the Supreme Court of the United States has been made more ever more discretionary over the years'. S. O'Connor, *supra* note 19.

²² N. Trocker y V. Varano, 'Concluding Remarks', en: de los mismos (eds.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, p. 264 (Torino, G.Giappichelli, 2005).

²³ F. Ferrand, 'The Respective Rol of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France', en: N. Trocker y V. Varano (eds.), *supra* note 22, p. 14, nota al pie 30.

Mientras que las Cortes de common law, por la otra, terminan conociendo un número bastante bajo. Ese mismo año la antigua *House of Lords* inglesa conocía sólo 68 de las 269 peticiones que le presentaban. La Corte Suprema canadiense decidió 96 de 658 postulaciones.²⁴ Por último, en la *Supreme Court* de Estados Unidos se presentan 8.023 casos, de los cuales sólo 88 los decidió en el fondo.²⁵ La siguiente tabla esquematiza esta información y agrega el dato del porcentaje de casos que llegan a sentencia sobre el fondo de entre el total de recursos presentados:

País – 2001	Recursos presentados	Sentencias	Porcentaje
Civil Law			
Italia – Corte di Cassazione	25.000	20.000	80,00%
Francia – Cour de Cassation	22.700	20.613	90,80%
Common Law			
Inglaterra – House of Lords	269	68	25,27%
Canadá – Supreme Court	658	96	14,58%
EEUU – Supreme Court	8.023	88	1,09%

IV. DOS VÍAS A LA UNIFORMIDAD

Si hasta aquí todo lo señalado es cierto, entonces surge una de las paradojas más interesantes en el derecho comparado: mientras el civil law está tratando que su Corte Suprema sea más accesible a los litigantes, para garantizar la uniformidad; el common law está tratando de limitar lo más posible ese acceso a su Corte, para garantizar la uniformidad también.

La cuestión académica que necesitamos contestar es: ¿Por qué las dos tradiciones llegan a soluciones tan opuestas siendo que intentan resolver el mismo problema jurídico? ¿Si las Cortes Supremas de civil law y de common law, ambas, buscan alcanzar el mismo objetivo de la uniformidad, ¿cómo puede ser posible que hayan finalmente desarrollado, a lo largo de las décadas, regulaciones procesales casi opuestas del acceso al recurso de última instancia?

La explicación más fácil para esta paradoja comparativa es, al mismo tiempo, la menos interesante. Alguien podría sugerir que si el common law y el civil law dan respuestas contradictorias a la misma pregunta, entonces necesariamente una de ellas debe estar incorrecta. En ese caso nuestros esfuerzos deberían ir en la dirección de

²⁴ A. Le Sueur, 'Panning for Gold: Choosing Cases for Top-Level Courts', en: el mismo (ed.), *supra* note 10, p. 271.

²⁵ R.R. Wheeler, 'Intermediate Courts of Appeals and Their Relations with Top-Level Courts: the US Federal Judicial Experience', en: A. Le Sueur (ed.), *supra* note 10, p. 248.

estudiar cuál tradición jurídica es más eficiente –en términos cuantificables– para alcanzar el objetivo de la uniformidad. El resultado de un estudio así sería que una tradición aparece como la opción razonable y la otra tradición como irrazonable.

Sin embargo, en mi opinión es posible dar una respuesta más comprensiva. Por ‘comprensiva’ refiero a una respuesta que no sólo explique cuán diferente funcionan las Cortes Supremas, sino que también explique por qué cada una de ellas piensa que están haciendo lo correcto para lograr la uniformidad, una respuesta en que ambas opciones se vean razonables.

Pienso, y esta es la tesis de este artículo, que el civil law y el common law han encontrado dos vías diferentes para alcanzar la uniformidad. Primero está la vía del civil law que busca la uniformidad por medio del recurso ante una Corte Suprema que entiende su trabajo como ‘corrigiendo errores’ caso-a-caso, que sólo da soluciones individuales a cada uno de ellos, y que revisa la mayor cantidad de casos posibles. Mientras que el common law ha encontrado otra vía, que busca la uniformidad por medio del recurso ante una Corte Suprema que entiende su trabajo como ‘tomando partido’ sobre disputas doctrinales que se dan sólo en ciertos casos ejemplares y sus soluciones sirven de lineamientos generales para otros casos. El siguiente cuadro esquematiza estas dos vías:

Civil Law	Common Law
Corregir errores	Tomar partido
Soluciones individuales	Lineamientos generales
Muchos casos	Casos ejemplares

Podemos imaginar la vía hacia la uniformidad del civil law dando a la Corte Suprema el aspecto de una gran fábrica, que saca provecho de las economías de escala con producción en serie. Una fábrica que puede revisar una gran cantidad de casos, rápida pero superficialmente.

Por otra parte, la vía del common law hacia la uniformidad puede ser vista como un pequeño comité académico, lento pero profundo, que reserva su participación sólo para los casos que despiertan interés académico para todos.

Analícemos ahora las siguientes citas del profesor Loïc CADIET. Estas citas son interesantes porque reflejan el dilema difícil entre estas dos vías a la uniformidad. CADIET parte diciéndonos que la *Cour de Cassation* actualmente encara un dilema entre dos opciones. ‘Hoy, la *Cour de Cassation* se debate entre estas dos funciones, de un lado la disciplinaria y de otro la normativa’.²⁶ La primera parte del dilema es lo que él llama la función ‘jurisdiccional y disciplinaria’ de la *Cassation*, en los siguientes términos:

²⁶ L. Cadiet, ‘El Sistema De La Casación Francesa’, en: M. Ortells (ed.), *supra* note 9, p. 29.

(1) [L]a función jurisdiccional le impone [...] la necesidad de conocer todos los recursos que ante ella se interpongan, lo que la enfrenta a una masa de expedientes que la obliga a un tratamiento en cadena y a una racionalización de sus procedimientos.²⁷

Como podemos ver, lo que el profesor CADIET llama la ‘función disciplinaria’ de la casación se ve bastante similar en sus elementos a lo que he llamado ‘la vía del civil law hacia la uniformidad’: el examen de un gran número de casos, la gran fábrica con una línea de producción.

La segunda parte del dilema de CADIET es lo que llama la ‘función jurisprudencial y normativa’, en los siguientes términos:

(2) La función jurisprudencial y normativa no tiene verdadero sentido más que si la *Cour de Cassation* puede realizar una obra pedagógica en sus decisiones, lo que supone que pueda tener tiempo para dictar sentencias con una motivación extensa con ocasión de una serie de asuntos que tengan un valor ejemplar.²⁸

Nuevamente, esta ‘función jurisprudencial’ a la que refiere el profesor CADIET se ve bastante similar a lo que hemos referido como la vía del common law hacia la uniformidad: la plataforma educacional, los casos ejemplares, etc.

Estas citas del profesor CADIET son importantes porque prueban que el mundo del civil law está abierto a considerar una vía diferente para alcanzar la uniformidad, otra aparte de la revisión de un gran número de casos. Este dilema de CADIET prueban que, de hecho, ambas vías son razonables y que es difícil simplemente elegir a favor de una de las dos.

V. ¿CUÁL VÍA ES LA MEJOR? EL SALTO DE FE

Recapitulando, la uniformidad es un objetivo principal tanto en las Cortes Supremas del civil law y del common law. Cada una de ellas tiene su propia vía para intentar alcanzar ese objetivo. Ahora bien, uno podría preguntarse cuál de estas dos vías es la mejor, la más efectiva para lograr la uniformidad.

Ambas vías tienen ventajas y desventajas simétricas. Por una parte, la vía del civil law tiene la ventaja de un mejor control sobre los jueces de los tribunales inferiores. Porque puede revisar un gran número de casos, más jueces pueden estar bajo su ámbito de supervisión. Pero este gran número de casos se vuelve, al mismo tiempo, la desventaja de la vía del civil law. Con tantas sentencias anteriores que recordar, más temprano que tarde la Corte pierde su ‘consistencia interna’. Por ‘consistencia interna’ me refiero a que la Corte debe ser capaz de seguir sus propios criterios anteriores.

²⁷ L. Cadiet, *supra* note 26.

²⁸ L. Cadiet, *supra* note 26.

La Corte, entonces, no es capaz de desarrollar la función de unificación de jurisprudencia, y tampoco de garantizar un grado razonable de seguridad jurídica, debido a su jurisprudencia excesiva y de un nivel de calidad medio no muy elevado.²⁹

Con más y más casos cada año, la Corte de *Cassation* finalmente tiene una base de datos excesivamente numerosa de sus propios fallos. Se vuelve muy difícil, y costoso, encontrar lo que se está buscando en una base de datos tan grande, con una gran cantidad de información caótica o incluso criterios previos contradictorios. Por así decirlo, la Corte pierde su memoria. ‘Para el beneficio de las decisiones uniformes’ –parafraseando a TAFT– no sirve revisar un gran número de casos si la Corte Suprema en sí no será capaz de aplicar criterios uniformes cuando ella misma revisa los casos inferiores.

En la vía del common law, por otra parte, el pequeño número de casos le da a la Corte Suprema una mejor oportunidad para preservar su consistencia interna. Con una base de datos más pequeña de fallos, es más fácil seguir la pista, trazar la línea de los criterios previos. Pero este pequeño número de casos se vuelve, al mismo tiempo, la desventaja del common law porque no permite un buen control sobre los demás jueces. Un juez-presidente de la *US Supreme Court* en su momento denunció esta situación con las siguientes palabras:

La *Court* no puede revisar una porción suficientemente significativa de las decisiones de cualquier Corte federal de apelación para mantener su autoridad de supervisión [...] no es suficiente para asegurar que las visiones de la *Supreme Court* en varias áreas del derecho prevalecerán a largo plazo.³⁰

Entonces un pequeño número de casos permite a la vía del common law preservar su propia consistencia interna. Pero sin suficientes casos bajo revisión, los tribunales inferiores pueden sentirse libres de desobedecer. ‘Para el beneficio de las decisiones uniformes’ no sirve preservar bien la consistencia interna de la Corte Suprema misma si los tribunales inferiores no van a seguir sus criterios.

Como podemos ver, las debilidades de la casación de civil law son las fortalezas del *certiorari* de common law y vice versa. Mientras la casación es fuerte en control sobre los jueces, es débil en su consistencia interna. Por otra parte, mientras el *certiorari* puede ser fuerte en su consistencia interna, será débil en control sobre los jueces.

Si ambas vías tienen ventajas y defectos simétricos, entonces cabe preguntarse por qué los países terminan optando por una u otra. En ambas opciones, creo, se ha

²⁹ ‘La Corte, poi, non è in grado di svolgere la funzione di unificazione della giurisprudenza, e quindi di garantire un grado ragionevole di certezza del diritto, perché una sua giurisprudenza quantitativamente eccessiva y de livello qualitativo mediamente non elevato’. M. Taruffo, ‘Linee per una riforma della cassazione civile’, en: él mismo, *Il Vertice Ambiguo*, p. 172 (Bologna, Il Mulino, 1991).

³⁰ ‘The Court cannot review a sufficiently significant portion of the decisions of any federal court of appeals to maintain the supervisory authority [...] It] is simply not enough to assure that the views of the Supreme Court in various areas of the law shall, over the long run, prevail’, W. Rehnquist, ‘Plea for Help: Solutions to Serious Problems Currently Experienced by the Federal Judicial System’, *28 St. Louis University Law Review*, p. 4–5 (1984).

asumido un 'salto de fe' igual de riesgoso. En el *certiorari* del common law se toma el salto de fe que los jueces de los tribunales inferiores no son potenciales rebeldes con su propia agenda política, y voluntariamente seguirán los criterios fijados por su Corte Suprema. En la *Cassation* de civil law también se toma un salto de fe, pero un salto de distinto tipo. Tenemos más control sobre los jueces inferiores, es cierto. Pero necesitamos confiar que la Corte Suprema misma será capaz, o estará dispuesta a, seguir sus propios fallos anteriores (*quis custodet ipsos custodet*).

¿Cuál de estos dos saltos de fe debemos tomar? ¿Confiamos que los jueces inferiores honrarán el valor de la uniformidad y seguirán los lineamientos generales de su Corte Suprema aunque ya no se les controle de cerca? ¿O acaso no confiamos en los jueces y aceptamos la necesidad de un gran mecanismo de supervisión? Pero si en general no confiamos en los jueces inferiores, ¿por qué deberíamos confiar más en los jueces antiguos de la Corte Suprema?

VI. OPCIÓN HISTÓRICA

Es extensa la literatura que explica los orígenes históricos de la *Cassation*, del paso-a-paso en sus inicios, como de los demás recursos ante las Cortes Supremas.³¹ En este apartado final quisiera enfocarme en algo distinto, no en el 'origen' sino en la 'opción' histórica. Es decir, enfocarnos en comprender cuál ha sido el argumento que sigue pesando hoy por el cual hemos optado por alguna vía, por uno u otro salto de fe.

Para comprender la opción histórica de uno u otro modo de control de los criterios de decisión judicial mediante los recursos ante la Corte Suprema debemos atender a la noción de seguridad jurídica. La razón por la cuál unos países han llegado a tener tal o cual vía se encuentra en la evolución de ese valor cultural. La siguiente cita de MERRYMAN es la clave para comprender esa evolución: 'Como la reina del ajedrez, [la seguridad jurídica] puede moverse en cualquier dirección'.³²

Con esta cita MERRYMAN está tratando de decirnos que la seguridad jurídica es un argumento que puede ser usado para diferentes propósitos.³³ Qué nos da seguridad es más un punto de vista cultural que depende de razones históricas.

Durante la Revolución Francesa, los jueces (*Parlement*) eran aliados del *ancien régime*. Entonces para los revolucionarios franceses, los jueces, así como la monarquía, eran también enemigos que debían mantener a raya.³⁴ Esa es la opción histórica de por qué en la tradición de civil law lo que da seguridad es mantener

³¹ Por todos P. Calamandrei, *La Cassazione Civile. I: Disegno Storia e legislazioni* (Torino, Fratelli Bocca, 1920). Para una visión panorámica A.N. Yiannopoulos, 'The historical aspect', en: P. Yessiou-Faltsi (ed.), *supra* note 4, pp. 67-98.

³² 'Like a queen in chess, it [judicial certainty] can move in any direction.' J.H. Merryman y R. Pérez-Perdomo, *supra* note 13, p. 49.

³³ J.H. Merryman y R. Pérez-Perdomo, *supra* note 13, p. 48.

³⁴ J.H. Merryman y R. Pérez-Perdomo, *supra* note 13, p. 16.

un control cercano sobre cada juez individual. Y una gran corte de *Cassation* es precisamente esa gran máquina controladora que da la calma de la seguridad jurídica en el civil law.

La histórica fue diferente en la tradición del common law. Los jueces no eran enemigos de la causa revolucionaria. De hecho ellos eran verdaderos aliados.³⁵ En vez de restringir a los jueces, los revolucionarios ingleses les dieron un amplio rango de acción. En el common law no necesitan una gran máquina sobre las cabezas de cada juez –como la *Cassation* de civil law– porque ellos tienen confianza en sus jueces.³⁶

Con este movimiento hacia la modernización del sistema judicial en Chile, la Corte Suprema chilena del siglo XXI tendrá una cara completamente renovada comparada con la Corte de ‘Casación’ del siglo anterior. Con esta cita de MERRYMAN podemos entender que esto no es sólo un reemplazo de reglas; es una reforma del punto de vista cultural sobre la seguridad jurídica. Se está tratando de mover la reina del ajedrez a la esquina opuesta del tablero. Podemos concluir, entonces que la uniformidad en Chile no quedará menos protegida que antes, pero se necesita tomar un nuevo salto de fe: que los jueces inferiores se tomarán en serio los precedentes de la Corte Suprema chilena. Y la Corte Suprema misma se tomará suficientemente en serio su nuevo rol.

VII. CONCLUSIÓN

Este artículo hizo un estudio comparativo de los recursos de última instancia ante las Cortes Supremas entre las tradiciones jurídicas del civil law y del common law. La importancia de este tópico es que muchas reformas se están llevando a cabo respecto de estas cuestiones en Chile, Alemania, Francia, Holanda como en muchos otros países en el mundo. Estas reformas tienden a restringir el acceso al recurso, dando a las Cortes Supremas de civil law una nueva cara de corte de precedentes, como en los países del common law. Y estas reformas despiertan muchas críticas: menos acceso a la Corte Suprema, dicen, minará la protección de la uniformidad.

Metodológicamente, este artículo trabajó sobre dos modelos representativos de recursos ante el tribunal más alto de cada tradición jurídica. Del lado del civil law, considera un modelo de recurso que sería una versión abstracta de la *Cassation*. Y del lado del common law, consideró un modelo de recurso basado en el *certiorari* de la Corte Suprema estadounidense. Después, el artículo se aproxima a las similitudes y diferencias entre ellos a un nivel general y teórico, más allá de las particularidades nacionales que pudieran quedar.

La principal conclusión de este estudio fue, primero, que los recursos ante las Cortes Supremas de cada tradición jurídica persiguen el mismo objetivo: uniformidad

³⁵ Agradezco al profesor Alan Uzelac (Zagreb, Croacia) por este comentario.

³⁶ J.H. Merryman y R. Pérez-Perdomo, *supra* note 13, p. 17.

en los criterios de decisión judicial. Sin embargo, la *Cassation* de civil law y el *certiorari* de common law tienen regulaciones casi opuestas del acceso a la Corte Suprema. Mientras la *Cassation* intenta asegurar un acceso más amplio a los litigantes para que presenten su caso a la Corte; el *certiorari*, por el contrario, intenta restringir el acceso cuanto sea posible. Esto despierta una paradoja interesante del derecho comparado: ¿por qué cada tradición jurídica finalmente desarrolló soluciones tan opuestas siendo que intentan resolver el mismo problema jurídico?

La respuesta que este artículo propone a esa paradoja es que el civil law y el common law han encontrado dos vías diferentes para alcanzar la uniformidad. La vía del civil law busca la uniformidad por medio de una Corte Suprema que entiende su trabajo como 'corrigiendo errores', dando sólo soluciones individuales en un gran número de casos. Mientras que la vía del common law busca la uniformidad mediante una Corte Suprema que entiende su trabajo como 'tomando partido' sólo sobre disputas doctrinales que surgen en un pequeño número de casos ejemplares, y al resolverlos nos da lineamientos generales.

Ambas vías tienen ventajas y desventajas simétricas. Mientras el civil law es fuerte en control sobre los jueces inferiores porque tiene un gran número de casos bajo supervisión; al mismo tiempo es débil en su consistencia interna también debido a ese gran número de casos. En el common law, por otra parte, un pequeño número de casos le da a la Corte Suprema una mejor oportunidad para preservar su consistencia interna; pero ese mismo pequeño número de casos la vuelve débil para controlar a los jueces inferiores.

Entonces cada país asume un salto de fe para elegir, o quedarse con, una de estas dos vías a la uniformidad. En el common law se toma el salto de fe que la Corte Suprema será capaz de mantener a los jueces inferiores en línea con los criterios que asentó, que los otros jueces voluntariamente la seguirán a pesar del pequeño número de casos bajo supervisión. Y en el civil law también se asume un salto de fe, que la propia Corte Suprema será capaz de seguir sus propios criterios anteriores a pesar de las dificultades de administrar un número de casos tan grande y caótico.

Cuál vía ha escogido cada país depende de razones históricas: el rol de enemigos o aliados de la revolución durante el siglo XVIII. Y las reformas recientes, que intentan movernos desde una vía para la uniformidad hacia la otra, dependen más de cambios culturales sobre la seguridad jurídica que de las reformas a las reglas procesales.