

¿A QUÉ NOS REFERIMOS CUANDO HABLAMOS DE “PRECEDENTE”?

*Using the word “precedent” in different ways
Di cosa parliamo quando parliamo del precedente*

Florencia S. Ratti Mendaña¹

Recibido: 6 de mayo de 2020

Aprobado: 18 de mayo de 2020

Resumen: El presente trabajo aborda los distintos significados que el término “precedente” asume en el discurso judicial y académico del *common law* y del *civil law*, con especial énfasis en el caso argentino. Asimismo, examina cómo se relaciona ese término con otros circundantes, tales como “jurisprudencia”, “*stare decisis*”, “sentencia”, “fallo” y “doctrina del fallo”. Hacia el final, se sugiere que la multivocidad del término y la ambigüedad con la que se utiliza podrían reflejar, en realidad, dificultades sustantivas en el modo de aplicar los precedentes en el *civil law*.

Palabras clave: Precedente; Jurisprudencia; Stare decisis; Common law; Derecho Continental.

Abstract: This paper delves with different ways in which the word “precedent” is used by the judiciary and the academia, both in common law and civil law legal traditions. Special emphasis is given to the Argentinian case law. It also offers an analysis of how the term is related to similar ones, such as “jurisprudence”, “*stare decisis*”, “judicial decision” and “doctrine of precedent”. In the end, it suggests that the ambiguity that surrounds that word could be reflecting a deficient way of using precedents to solve similar future cases in *civil law*.

Keywords: Precedent; Case law; Stare decisis; Common law; Civil Law.

¹ Abogada y Doctora en Ciencias Jurídicas, summa cum laude (Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina). Docente de “Teoría Constitucional, Derechos y Garantías”; “Formación del Pensamiento Jurídico-Político” (Universidad Católica Argentina) y “Taller de Doctrina y Jurisprudencia” (Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires, Argentina). Fulbright Visiting Scholar (Boston College Law School, Massachusetts, Estados Unidos). El presente trabajo fue producto de una beca doctoral financiada por el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), con lugar de trabajo en la Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: florenciaratti@uca.edu.ar

Sommario: In questo articolo vengono descritte le molteplici significati che può assumere la parola “precedente” nel discorso giudiziario e accademico nei sistemi di civil law e anche in quelli di common law. Si analizza specialmente l’ordinamento giuridico argentino e si fa riferimento alla relazione del “precedente” con altri concetti come “giurisprudenza”, “stare decisis” e “sentenza”. Finalmente, si afferma che gli equivoci nel discorso intorno al precedente può evidenziare che, in realtà, ci sono problemi rilevanti nel uso del precedente nei sistemi di civil law.

Parole chiave: precedente; giurisprudenza; stare decisis; civil law; common law; discorso

Ratti Mendaña, F. S. (2020). “¿A qué nos referimos cuando hablamos de “precedente?””, *Prudentia Iuris*, N. 89, pp

I. Precedente, sentencia y doctrina

En el Derecho Continental europeo, los términos “sentencia” y “precedente” se suelen utilizar indistintamente y, por lo general, se otorga al último el significado del primero: decisión judicial por medio de la cual se resuelve un caso determinado². Lo que se tiene en mente cuando se alude al “precedente” en el *civil law* no es la norma general o regla de Derecho mediante la cual se ha resuelto el caso anterior, sino la sentencia como documento. En otras palabras, el vocablo “precedente” es empleado en alusión al concepto de “sentencia” o “fallo”, como acto de decisión o instrumento mediante el cual el juez resuelve el mérito de la pretensión³.

En el *common law*, por el contrario, el uso más difundido del término “*precedent*” no hace alusión a cualquier sentencia, sino solo a aquella que posee un valor vinculante para la resolución de un caso análogo posterior. Y, el concepto estricto de “precedente”, además, tampoco hace alusión a *toda* la sentencia, sino tan solo a *una parte* de ella –el *holding*. “*Precedent*” es, en aquella tradición jurídica, “la norma general explicitada en la

² Sobre el uso equívoco de estos vocablos, puede consultarse Taruffo, M. (2007). “Precedente y jurisprudencia”. En *Precedente. Revista Jurídica*. Martínez Valecilla, C.; Gandini, F. (trads.). Cali, 87; Taruffo, M. (2010). “Dimensiones del precedente judicial”. En *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Castañeda Otsu, S. (dir.). Lima. Grijley, 4.

³ Palacio, L. (2004). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Lexis-Nexis, 328.

¿A QUÉ NOS REFERIMOS CUANDO HABLAMOS DE “PRECEDENTE”?

sentencia”⁴; es una *parte* de la sentencia: aquello que tiene proyección para casos futuros. Para hacer referencia al instrumento o documento que emana del Poder Judicial se utiliza, en cambio, el término “*decision*”.

En Argentina, los vocablos “sentencia” y “precedente” se consideran intercambiables. Esto explica que los tribunales empleen el término “precedente” en referencia tanto a una sentencia de la Corte Suprema como a la de una sala de la cámara de apelaciones o a la de toda la cámara en conjunto, e incluso a la del juez de primera instancia, sin consideración de si esa sentencia tiene o no efectivamente proyección o valor vinculante en casos análogos futuros. Al profundizar un poco más el análisis, se advierte, asimismo, el uso de múltiples expresiones como sinónimos de precedente: fallo, doctrina, doctrina jurisprudencial, precedente jurisprudencial, antecedentes jurisprudenciales.

A veces, los jueces argentinos aluden a aquello que en el *common law* sería el concepto estricto de “precedente” mediante la expresión “doctrina que deriva de una sentencia”⁵. Esto agudiza la confusión, en tanto introduce un vocablo normalmente utilizado para identificar otra fuente del Derecho (la de la opinión de los autores o juristas)⁶, y acrecienta la ambigüedad, pues se trata de un concepto que también carece de suficiente precisión⁷.

⁴ Cueto Rúa, J. (1957). *El “common law”. Su estructura normativa. Su enseñanza*. Buenos Aires. Editorial La Ley, 121.

⁵ Cfr. Garay, A. (2013). *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 11.

⁶ Cfr. Radin, M. (1946). “The Trail of the Calf”. En *Cornell Law Review*, vol. 32, n° 2, 139, nota al pie n° 2 (sobre cómo el término *jurisprudencia* se alejó de la concepción romana tradicional de opinión de los jurisconsultos, para asumir la referencia a las decisiones judiciales).

⁷ “¿Es lo mismo ‘la doctrina’ del caso que ‘la jurisprudencia’ que ese caso establece? ¿En qué sentido se emplea en la pregunta anterior el vocablo ‘doctrina’? ¿Cómo se determina ‘la doctrina’ del caso? Estos interrogantes y muchos otros no suelen ser evacuados de manera sistemática. Existe una suerte de convención tácita de emplear esa expresión de manera ambigua”. Garay, A. (2013). *La Doctrina del Precedente...* Ob. cit. 11, nota al pie n° 14.

Otras veces, los términos “precedente” y “doctrina” son reemplazados por otros vocablos o expresiones: “criterio”⁸, “doctrina legal”⁹, “pauta jurisprudencial”¹⁰.

Lo cierto es que, además de la multiplicidad de términos para hacer referencia a “lo dicho anteriormente” o “lo resuelto con anterioridad”, es habitual que se combinen todos o algunos de esos términos en una misma oración: “según la *doctrina* establecida por los *precedentes* de *Fallos*: 310:2246 [...]”¹¹; “esta *doctrina* ha sido modificada recientemente a raíz de la *sentencia* dictada [...]”; “se subrayó que la determinación del tribunal superior [...] no había sido precedida de una *jurisprudencia* uniforme, razón por la cual se estableció que la aplicación en el tiempo del nuevo criterio fijado correspondía a las apelaciones federales dirigidas contra *sentencias* notificadas con posterioridad a ese *fallo* (*doctrina* de *Fallos*: 308:552 ‘Tellez’)”¹²; “se mencionará el escrito en el que se invocó el *precedente jurisprudencial* [...]”¹³.

La equivocidad en el uso de esos términos no solo se da en la práctica forense, sino también en algunas obras doctrinarias¹⁴. Se han identificado hasta seis sentidos que

⁸ “No se observa apartamiento de lo aquí dispuesto con el criterio aplicado por este Tribunal [...]”. CSJN, *Fallos*: 328:2056 (2005), “Simón Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad”, sentencia del 14 de junio de 2005, consid. 10.

⁹ Se ha señalado que “jurisprudencia” y “doctrina legal” son cuestiones diversas, y que la confusión entre ellas constituiría una sinécdoque, pues se designaría el todo (doctrina legal) con el nombre de una de las partes (jurisprudencia). Cfr. Rivero Ortega, R. (2002). “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho Público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho”. En *Revista de Administración Pública* N° 157, 105.

¹⁰ “Las especiales circunstancias reseñadas tornan de estricta aplicación la pauta jurisprudencial fijada en *Fallos*: 308:552, ‘Tellez’, según la cual la autoridad institucional del nuevo precedente debe comenzar a regir para el futuro [...]”. CSJN, “Simón”, consid. 9°. Si bien son infinitos los ejemplos que podrían darse del uso indistinto e indiscriminado de estos vocablos en las sentencias judiciales, se citará, en los siguientes acápite, el mismo fallo, para dejar en evidencia su uso simultáneo incluso en un mismo texto jurídico. Esto evidencia algo que sucede a muchos juristas (no solo a los jueces) que, en la búsqueda de sinónimos, utilizan un término erróneo para evitar repeticiones. Un ejemplo foráneo de uso confuso de dos de estos términos es la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que en su artículo 447 se refiere a la “doctrina jurisprudencial”. Cfr. Rivero Ortega (2002). “Precedente...”, 105.

¹¹ CSJN, “Simón”, consid. 7°.

¹² CSJN, “Simón”, consid. 8°. El destacado me pertenece.

¹³ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículo 292.

¹⁴ Se pueden tomar como ejemplos las siguientes citas doctrinarias: “[...] rige la regla del *stare decisis* por la cual el juez, al decidir el caso a él sometido, está vinculado por los precedentes judiciales, o sea, por las

¿A QUÉ NOS REFERIMOS CUANDO HABLAMOS DE “PRECEDENTE”?

pueden atribuírsele al término “precedente”: (i) decisión previa a otra; (ii) decisión de especial importancia; (iii) decisión que debe ser tomada en cuenta; (iv) decisión que es tomada en cuenta; (v) decisión adoptada en forma constante; (vi) decisión adoptada por diversos tribunales¹⁵. Ninguno de ellos hace alusión exacta a la manifestación más típica del “precedente” en el *common law*: decisión que debe ser seguida y no puede ser dejada de lado.

II. Jurisprudencia

El vocablo “jurisprudencia” también es multívoco. Es común que se lo emplee con diversas acepciones¹⁶: en términos generales, dentro del esquema de las fuentes del Derecho, como hecho inspirador de conductas jurídicas en una comunidad¹⁷. En términos más específicos, para designar un conjunto de fallos (“colecciones de jurisprudencia”), para hacer referencia a algo que tendría el valor de precedente (“existe jurisprudencia que...”) o bien para aludir a una sentencia dictada por un tribunal de casación o por una cámara en pleno (“jurisprudencia plenaria”)¹⁸.

sentencias dictadas por otros jueces al decidir casos análogos”. Galgano, F. (coord.). (2000). *Atlas de Derecho Privado Comparado*. (Fernández Campos, J. A. y Verdera Server, R., trads.). Madrid. Fundación Cultural del Notariado, 25; “Es bastante frecuente que los jueces de tribunales superiores se atengan a decisiones emitidas por tribunales de nivel jerárquicamente inferior, o sea, atribuyan a precedentes sólo ‘persuasivos’ un peso diverso y superior”. Moretti, F. (2000). “El precedente judicial en el sistema inglés”. En Galgano, F. (coord.) (2000). *Atlas de Derecho Privado Comparado*. (Fernández Campos, Juan Antonio y Verdera Server, Rafael, trads.). Ob. cit., 37.

¹⁵ Mendonça, D. (2000). “Igualdad en la aplicación de la ley”. En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 5, n° 1, 327.

¹⁶ Cfr. Garay, A. (2013). *La Doctrina del Precedente...* Ob. cit., 10 y ss. En igual sentido, Cossio, C. (2002). *El Derecho en el Derecho Judicial*. Buenos Aires. Librería El Foro, 154 y Tau Anzoátegui, V. (2011). “La jurisprudencia civil en la cultura jurídica argentina (s. XIX-XX)”. En AA. VV. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Giudici e giuristi: il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, vol. 40, t. I, Milano. Giuffrè Editore, 54-56 (haciendo un repaso de la evolución del término en sus dos acepciones: ciencia del Derecho y fuente del Derecho).

¹⁷ Se la cataloga como fuente del Derecho en el sentido de hecho al que se le reconoce aptitud para producir modificaciones en el ordenamiento jurídico. Cfr. Aftalión, E.; Vilanova, J.; Raffo, J. (1999). *Introducción al Derecho*. 3ª ed. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 571.

¹⁸ Garay, A. (2013). *La Doctrina del Precedente...* Ob. cit., 11.

El término “jurisprudencia” resulta más impreciso aun que “precedente”, pues genera dudas sobre si un único fallo constituye jurisprudencia o es necesaria una línea de fallos en igual sentido¹⁹. En países del sistema continental, parece que esta última acepción es la que prevalece²⁰. El desconcierto se acrecienta cuando se hace referencia a la “jurisprudencia pacífica” o “jurisprudencia constante”. Inmediatamente, surgen varios interrogantes: ¿Cuántas sentencias en igual sentido son necesarias para formar jurisprudencia? ¿Y cuántas para configurar una jurisprudencia constante o pacífica? Cabría preguntarse, por ejemplo, si cuando la Corte Suprema señala que “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...] constituye [...] una imprescindible pauta de interpretación de los derechos y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...]”²¹, quiere decir que una única sentencia de la Corte Interamericana es suficiente para constituir una pauta de interpretación ineludible, o bien, que dicha pauta se configura a partir de una serie de sentencias emanadas de dicha Corte en un sentido concordante²².

¹⁹ Cfr. Taruffo, M. (2003). *Cinco lecciones mexicanas. Memorias del Taller de Derecho Procesal*. México D.F. Tribunal Electoral de la Federación, 39: “He razonado hasta aquí pensando en cada precedente individual, cada decisión que se toma como justificación para una decisión; pero hay que recordar que también existe la jurisprudencia, entendida como conjuntos de precedentes y aquí se abre otro universo”. Concordantemente, Rivarola, R. (1910). *Derecho Penal argentino. Parte General*. Buenos Aires, 135: “La jurisprudencia se forma con la repetición constante de la aplicación de la ley en el mismo sentido, por los tribunales superiores. Si su condición es la repetición, vale decir que un fallo *no hace jurisprudencia*, como tan viciosamente se dice y publica todos los días. La jurisprudencia no es un fallo, como la pluralidad no es un individuo”.

²⁰ Así, sostiene Lorenzetti (ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), que “aunque fue eliminada del texto del Anteproyecto, la jurisprudencia es fuente de Derecho. El vocablo significa que hay una serie de decisiones judiciales que interpretan una norma en sentido coincidente, no se trata de una decisión, sino de varias dictadas en casos similares, pero lo que interesa no son los elementos fácticos, sino la doctrina que se desarrolla con aptitud para valer como fundamento en casos posteriores”. Lorenzetti, R. (dir.) (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. T. I. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni, 31.

²¹ CSJN, “Simón”, consid. 17.

²² El actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ferrer Mac-Gregor, parece alinearse con la concepción que impera en el *civil law*. En este sentido, con ocasión de una conferencia que brindó en Boston College, al ser consultado sobre el valor del precedente de la Corte Interamericana para los tribunales nacionales, manifestó que no basta con una sola decisión para guiar una interpretación en determinado sentido, sino que es preciso una línea de jurisprudencia. Ferrer Mac-Gregor, E. “The

¿A QUÉ NOS REFERIMOS CUANDO HABLAMOS DE “PRECEDENTE”?

La confusión en el uso de estos términos es tal que hay quienes consideran que el vocablo “precedente” debería reservarse para el *common law*²³, puesto que en el *civil law* no existe la práctica de buscar la norma general ínsita en la sentencia judicial, sino que, por el contrario, lo que se utilizan son decenas o centenares de sentencias que son reproducciones mecánicas. Y cuando eso sucede, “se está fuera de la lógica del precedente”²⁴.

III. Stare decisis

La expresión *stare decisis*²⁵ tampoco es utilizada en el *civil law* tal como en el *common law*. En el *civil law*, a veces se afirma que rige el *stare decisis* cuando los jueces están obligados a indicar por qué no siguen el precedente. Según esta postura, el *stare decisis* podría existir incluso en aquellos casos en los que los jueces solo siguen el precedente cuando lo comparten, siempre que cumplieran con la condición mencionada²⁶. En cambio, si bien en el *common law* existen diversos criterios para distinguir entre “*stare decisis*” y “*precedent*”, ninguno de ellos comprende el caso mencionado.

En el *common law*, algunos utilizan la expresión *stare decisis* para referirse únicamente a la obligatoriedad horizontal del precedente (es decir, a la obligación de seguir los propios precedentes) y reservan el término *precedent* para referirse a la obligatoriedad en su faceta vertical (es decir, a la obligación de un órgano de seguir los precedentes del superior jerárquico)²⁷. Otros, en cambio, la emplean para referirse a la práctica estricta de

Protection of Human Rights by the Inter-American Court: Main Challenges and Perspectives”. Boston College Law School, 11 de octubre de 2018.

²³ Legarre, S.; Rivera, J. C. (h). “Naturaleza y dimensiones del ‘*stare decisis*’”. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n° 1, 112.

²⁴ Taruffo, M. (2007). “Precedente y jurisprudencia”. En Martínez Valecilla, C.; Gandini, F. (trads.). *Precedente. Revista Jurídica*. Cali, 93.

²⁵ Abreviación de “*stare decisis et quieta non movere*”: “[...] to stand by things decided, and not to disturb settled points. The doctrine of precedent, under which it is necessary for a court to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation”. Garner, B. (ed.). (1999). *Black ‘s Law Dictionary*. Seventh Edition. St. Paul, Minn. West Group.

²⁶ Taruffo, M. (2007). “Precedente y jurisprudencia”, 92.

²⁷ Este es el sentido que le otorga Schauer. Cfr. Schauer, F. (1987). “Precedent”. En *Stanford Law Review*, vol. 39, n° 3, 576, nota al pie n° 11; Schauer, F. (2008). “Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not

seguir el precedente en función de su fuerza obligatoria, en contraposición a la noción más amplia de *rule of precedent* (o doctrina del precedente), que designaría la práctica de “mirar” el caso anterior para resolver casos presentes, sin que esa “mirada” signifique necesariamente considerarlo obligatorio²⁸. Este último criterio de distinción se relaciona con la mayor flexibilidad que tendría el *precedent*, que más que una doctrina de autoridad debería visualizarse, para algunos, como una doctrina de la que se extraen razones para decidir. El *stare decisis*, por el contrario, implicaría una regla estricta y formalista de estar a lo decidido²⁹.

También están quienes distinguen entre *stare decisis* y *precedent* de acuerdo con otros criterios como, por ejemplo, la cantidad de decisiones judiciales que generan obligación. Desde esta perspectiva, mientras la noción de *precedent* requeriría una doctrina desarrollada a través de una línea de casos, *stare decisis* habilitaría que un solo caso fuera utilizado con autoridad³⁰.

IV. En el common law

Contrariamente a lo que podría intuirse, la ambigüedad en el empleo de estos términos no es propia ni exclusiva del *civil law*. En el *common law* también existen divergencias: tanto en Inglaterra como en Estados Unidos se admite que la terminología circundante al *stare decisis* es inconsistente e imprecisa³¹. Grandes autoridades en la materia, como

Totally (or Even Substantially) About Analogy”. En *Perspectives on Psychological Science*, vol. 3, n° 6, 455, nota al pie n° 2.

²⁸ Cfr. Price, P. “Precedent and Judicial Power...”, 84, nota al pie n° 10, 105. Es el sentido que le otorgan también Cross y Harris, para quienes *stare decisis* es únicamente aquel precedente obligatorio. Cfr. Cross, R.; Harris, J. (1991). *Precedent in English Law*. Fourth Edition. Oxford. Clarendon Press. En contra, véase Mead, para quien el *stare decisis* abarca una amplia gama de precedentes con distinta fuerza, que van desde la obligatoriedad hasta la persuasividad. Cfr. Mead, J. “Stare Decisis in the Inferior Courts...”, 789, nota al pie n° 7.

²⁹ DuVivier, K. (2001). “Are Some Words Better Left Unpublished?: Precedent and the Role of Unpublished Decisions”. En *Journal of Appellate Practice and Process*, vol. 3, 415-16; Price, P., “Precedent and Judicial Power...”, 105.

³⁰ Kempin, F. Jr. (1959). “Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850”. En *American Journal of Legal History*, vol. 3, 30.

³¹ Cfr. Dragich, M. (2004). “Citation of Unpublished Opinions As Precedent”. En *Hastings Law Journal*, vol. 55, 1252-1253. Véase, asimismo, Mead: “Los términos en el contexto del *stare decisis* son usualmente

¿A QUÉ NOS REFERIMOS CUANDO HABLAMOS DE “PRECEDENTE”?

Goodhart o Wambaugh, aludían, por ejemplo, a la “doctrina del caso” para referirse a lo que hoy se entiende como *holding*³².

Existen también discrepancias en cuanto a la asimilación del término *precedent*³³ con la expresión *binding precedent* o *authoritative precedent*. El uso tradicional del término *precedent* lo identifica con *binding precedent*³⁴. Cuando se utiliza “precedente” de acuerdo con aquel uso, siempre se está haciendo referencia a un precedente obligatorio, cuyo *holding* debe necesariamente seguirse, a menos que existieran circunstancias fácticas que justificasen la distinción (*distinguishing*) o circunstancias absolutamente excepcionales que permitieran el apartamiento (*overruling*). Desde esta concepción, el término *precedent* lleva implícita la noción de obligatoriedad.

En cambio, en otros casos, *precedent* es diferenciado de *binding precedent* o *authoritative precedent*. En este caso, *precedent* sería el género y *binding precedent*, la especie: el primero indicaría únicamente una decisión judicial anterior que, en principio, no tiene valor vinculante para la resolución de un caso actual, mientras que *binding* o *authoritative precedent* se utilizaría en referencia a una decisión pasada que tiene cierta fuerza vinculante para la decisión del caso actual. Es decir que, para quienes realizan esta distinción, los precedentes son aquella parte relevante de las decisiones anteriores que funcionan como simples *modelos* para decisiones posteriores (estas últimas pueden tomar las anteriores como ejemplos a seguir, pero no tienen la obligación de hacerlo). Los *authoritative precedents*, que podrían traducirse como “precedentes obligatorios”, son en cambio las *ratio* o *holdings* de decisiones que deben ser utilizadas y replicadas en la toma

intercambiables entre sí, o son utilizados con una flexibilidad que desdibuja su significado [...]”. Mead, J. W. (2012). “Stare Decisis in the Inferior Courts of the United States”. En *Nevada Law Journal*, vol. 12, 789, nota al pie nº 7.

³² Cfr. Goodhart, A. (1930). “Determining the Ratio Decidendi of a Case”. En *Yale Law Journal*, vol. XL, nº 2, *passim*; Wambaugh, E. (1894). *The Study of Cases. A Course of Instruction in Reading and Stating Reported Cases, Composing Head-Notes and Briefs, Criticising and Comparing Authorities and Compiling Digests*. 2nd ed. Boston, *passim*.

³³ Como dato de color, el primer uso que se ha registrado del término *precedent*, con el sentido que hoy se le otorga, fue de parte de un juez llamado Yelverton, en 1469. Cfr. Healy, T. (2001). “Stare Decisis as a Constitutional Requirement”. En *West Virginia Law Review*, vol. 104, 60.

³⁴ Cfr. Price, P. (2000). “Precedent and Judicial Power After the Founding”. En *Boston College Law Review*, vol. 42, 86; Schiltz, P. (2005). “The Citation of Unpublished Opinions in the Federal Courts of Appeals”. En *Fordham Law Review*, vol. 74, nº 1, 26, nota al pie nº 17.

de decisiones posteriores. Hay una verdadera obligación, en este último caso, de que el presente sea guiado por aquello que se decidió en el pasado³⁵.

V. Reflexiones finales

Estas breves líneas evidencian la multiplicidad de vocablos que se utilizan para hacer referencia a “lo ya resuelto”, y la multivocidad típica de esos vocablos. Es una invitación, a su vez, a la toma de conciencia acerca de cuán impreciso uno puede ser en los términos jurídicos que emplea, en el intento por evitar ser repetitivo. Finalmente, tiene por objeto la reflexión acerca de a qué se alude cuando se utiliza el término “precedente” o la expresión “la doctrina del caso” en un escrito jurídico.

En relación con esto último, Mosmann define los usos indistintos de los términos “criterio” o “doctrina jurisprudencial” como un modo diverso de operar y utilizar el precedente –propio del *civil law*–, en el que no interesan los hechos del caso ni si lo que se cita como “doctrina” constituye la *ratio decidendi* o fue escrito por los jueces al pasar³⁶. Si bien esta es una descripción bastante precisa de cómo se utiliza el precedente hoy en día en Argentina, debe advertirse que convalidarla, al categorizarla como “un modo diverso de usar el precedente”, lleva ínsito el peligro de asimilar decisiones que no son asimilables, en tanto no se proyectan sobre plataformas fácticas semejantes.

En otras palabras, podría ser que la divergencia terminológica sea, en realidad, el reflejo de una técnica deficiente de utilización de los precedentes. Extraer principios abstractos de una decisión judicial con el rótulo de la “doctrina del fallo” –sin consideración de los hechos para los cuales esos principios fueron desarrollados–, y aplicarlos a un nuevo caso –sin consideración de su aplicabilidad a los hechos de este último–, aleja la justicia de la

³⁵ Cfr. MacCormick, D.; Summers, R.; Goodhart, A. (2016). *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Nueva York. Routledge, 2. Un ejemplo de esta distinción es el doble uso que se le reconoce al término en el Reino Unido: a) un uso amplio, según el cual precedente es cualquier decisión, de cualquier tribunal, que tenga una analogía significativa con el caso que está por decidirse. Si esa decisión previa es de un tribunal superior, será un precedente obligatorio. De otro modo, será un precedente persuasivo; b) un uso estricto, según el cual precedente es solo aquella parte del caso anterior que resulta obligatoria para la decisión de un caso posterior. Bankowski, Z.; MacCormick, D.; Marshal, G. (2016). “Precedent in the United Kingdom”. En MacCormick, D. *et al. Interpreting Precedents*, 323.

³⁶ Cfr. Mosmann, V. (2016). “El precedente judicial en Argentina”. En *Revista de Derecho Público*. Ed. Rubinzal Culzoni, vol. 1, 2.

¿A QUÉ NOS REFERIMOS CUANDO HABLAMOS DE “PRECEDENTE”?

prudencia, que exige siempre una decisión circunstanciada (que tome en cuenta el aquí y ahora) y, a su vez, contradice la esencia misma del *stare decisis*, y la lógica del precedente, que procura que casos similares sean resueltos de modo similar (“*treat like cases alike*”).

VI. Referencias bibliográficas

- Aftalión, E.; Vilanova, J.; Raffo, J. (1999), *Introducción al Derecho*. 3ª ed. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- Bankowski, Z.; MacCormick, D.; Marshal, G., “Precedent in the United Kingdom”. En MacCormick, D. *et al. Interpreting Precedents*, 315-354.
- Cossio, C. (2002). *El Derecho en el Derecho Judicial*. Buenos Aires. Librería El Foro.
- Cross, R.; Harris, J. (1991). *Precedent in English Law*. 4ª ed. Oxford. Clarendon Press.
- Cueto Rúa, J. (1957). *El “common law”. Su estructura normativa. Su enseñanza*. Buenos Aires. Editorial La Ley.
- Dragich, M. (2004). “Citation of Unpublished Opinions As Precedent”. En *Hastings Law Journal*, vol. 55, 1235-1308.
- DuVivier, K. (2001). “Are Some Words Better Left Unpublished?: Precedent and the Role of Unpublished Decisions”. En *Journal of Appellate Practice and Process*, vol. 3, 397-418.
- Galgano, F. (coord.). (2000). *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Fernández Campos, J. A. y Verdera Server, R., trads. Madrid. Fundación Cultural del Notariado.
- Garay, A. (2013). *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- Garner, B. (ed.). (1999). *Black’s Law Dictionary*. Seventh Edition. St. Paul, Minn. West Group.
- Goodhart, A. (1930). “Determining the Ratio Decidendi of a Case”. En *Yale Law Journal*, vol. XL, nº 2, 161-183.
- Healy, T. (2001). “Stare Decisis as a Constitutional Requirement”. En *West Virginia Law Review*, vol. 104, 43-122.
- Kempin, F. Jr. (1959). “Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850”. En *American Journal of Legal History*, vol. 3, 28-54.
- Legarre, S.; Rivera, J. C. (h) (2006). “Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’”. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, nº 1, 109-124.

- Lorenzetti, R. (dir.) (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. T. I. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni.
- MacCormick, D.; Summers, R.; Goodhart, A. (2016). *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Nueva York. Routledge.
- Mead, J. W. (2012). “Stare Decisis in the Inferior Courts of the United States”. En *Nevada Law Journal*, vol. 12, 787-830.
- Mendonça, D. (2000). “Igualdad en la aplicación de la ley”. En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 5, n° 1, 317-328.
- Moretti, F. (2000). “El precedente judicial en el sistema inglés”. En Galgano, F. (coord.), (2000). *Atlas de Derecho Privado Comparado*. (Fernández Campos, Juan Antonio y Verdera Server, Rafael, trads.). Madrid. Fundación Cultural del Notariado, 29-46.
- Mosmann, V. (2016). “El precedente judicial en Argentina”. En *Revista de Derecho Público*. Ed. Rubinzal Culzoni, 2016-1, 205-226.
- Palacio, L. (2004). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Lexis Nexis.
- Price, P. (2000). “Precedent and Judicial Power After the Founding”. *Boston College Law Review*, vol. 42, 81-121.
- Radin, M. (1946). “The Trail of the Calf”. *Cornell Law Review*, vol. 32, n° 2, 137-160.
- Rivarola, R. (1910). *Derecho Penal argentino. Parte General*. Buenos Aires.
- Rivero Ortega, R. (2002). “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho Público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho”. En *Revista de Administración Pública* N° 157, 89-118.
- Schauer, F. (1987). “Precedent”. En *Stanford Law Review*, vol. 39, n° 3, 571-605.
- Schauer, F. (2008). “Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy”. En *Perspectives on Psychological Science*, vol. 3, n° 6, 454-460.
- Schiltz, P. J. (2005). “The Citation of Unpublished Opinions in the Federal Courts of Appeals”. En *Fordham Law Review*, vol. 74, n° 1, 23-79.
- Taruffo, M. (2003). *Cinco lecciones mexicanas. Memorias del Taller de Derecho Procesal*. México D.F. Tribunal Electoral de la Federación.
- (2007). “Precedente y jurisprudencia”. En *Precedente. Revista Jurídica*. Martínez Valecilla, C.; Gandini, F. (trads.). Cali, 86-99.
- (2010). “Dimensiones del precedente judicial”. En *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Monroy Galvez, Juan F. (trad.); Castañeda Otsu, S. (dir.); Velezmoro, F. (coord.). Lima. Grijley.

¿A QUÉ NOS REFERIMOS CUANDO HABLAMOS DE “PRECEDENTE”?

- Tau Anzoátegui, V. (2011). “La jurisprudencia civil en la cultura jurídica argentina (s. XIX-XX)”. En AA. VV. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Giudici e giuristi: il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, vol. 40, T. I. Milano. Giuffrè Editore, 53-110.
- Wambaugh, E. (1894). *The Study of Cases. A Course of Instruction in Reading and Stating Reported Cases, Composing Head-Notes and Briefs, Criticising and Comparing Authorities and Compiling Digests*. 2ª ed. Boston.