

*RATIO DECIDENDI*

¿Cuándo una cuestión es idéntica, semejante o distinta?



Daniel Mitidiero

*RATIO DECIDENDI*

¿Cuándo una cuestión es idéntica, semejante o distinta?

Traducción  
*Leandro Giannini*

PALESTRA EDITORES  
Lima — 2024

345.7 M66	Mitidiero, Daniel Ratio decidendi ¿Cuándo una cuestión es idéntica, semejante o distinta?/ Daniel Mitidiero; traducción, Leandro Giannini ; 1a ed. - Lima: Palestra Editores; 2024 (Colección Proceso, Derecho y Sociedad) 186 p.; 14.5 x 20.5 cm. D. L. 2023-03167 ISBN: 978-612-325-XXX-X 1. Common law 2. Hechos 3. Precedente 4. Ratio decidendi 5. 6. Cosa juzgada (Derecho procesal civil)
--------------	---

N.º 12

COLECCIÓN

Proceso, Derecho y Sociedad

**Directores:**

Luiz Guilherme Marinoni

Giovanni Priori Posada

**Coordinador:**

Christian Delgado Suárez

***Ratio decidendi***

¿Cuándo una cuestión es idéntica, semejante o distinta?

Daniel Mitidiero

Primera edición en Perú, abril de 2024

*Traducción de la obra original del autor, Ratio Decidendi: quando uma questão é idéntica, semelhante ou distinta?, Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.*

*Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de los titulares del Copyright.*

© Copyright 2024: DANIEL MITIDIERO

© Copyright 2024: PALESTRA EDITORES S.A.C.  
Plaza de la Bandera 125, Pueblo Libre, Lima, Perú  
Telf. (511) 6378902 / 6378903  
palestra@palestraeditores.com  
www.palestraeditores.com

© Copyright de la traducción: LEANDRO GIANNINI

Impresión y encuadernación: ALEPH IMPRESIONES

JR. RISSO 580 - LINCE

ABRIL, 2024

CUIDADO DE ESTILO Y EDICIÓN: MANUEL RIVAS ECHARRI

DIAGRAMACIÓN: RAÚL MORALES HERRERA

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2024-03167

ISBN: 978-612-325-XXX-X

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en Perú | Printed in Perú

*Para Cláudio Michelin,  
Por el puente entre Porto Alegre y Edinburgh –  
y por mostrarme los pasos perdidos.  
Para Victória,  
por haber dado todos los pasos juntos –  
de una punta a la la otra de Chambers Street.*



*“I was much troubled in spirit, in my first years upon the bench, to find how trackless was the ocean on which I had embarked. I sought for certainty. I was oppressed and disheartened when I found that the quest for it was futile. I was trying to reach land, the solid land of fixed and settled rules, the paradise of a justice that would declare itself by tokens plainer and more commanding than is pale and glimmering reflections in my own vacillating mind and conscience. I found ‘with the voyagers in Browning’s ‘Paracelsus’ that the real heaven was always beyond’. As the years have gone by, and as I have reflected more and more upon the nature of judicial process, I have become reconciled to the uncertainty, because I have grown to see it as inevitable. I have grown to see that the process its highest reaches is not discovery, but creation; and that the doubts and misgivings, the hopes and fears, are part of the travail of mind, the pangs of death and the pangs of birth, in which principles that have served their day expire, and new principles are born”.*

*Benjamin Cardozo (1870-1938),*

*The Nature of the Judicial Process.*

*New Haven: Yale University Press, 1921, pp. 166-167.*



*“I am not certain what is covered by Professor Stone’s sentence which reads: ‘reasons given and propositions of law formulated in further decisions are, for instance, no less influential, even if they are no more conclusive than the facts’. If this means that further decisions are frequently required before the scope of a principle is finally determined, then I am in complete agreement with it, but this does not mean that each case ought not to be analyzed as precisely as possible. When we take one step we may not be certain how fair this will ultimately lead us, but it is useful to know in what direction we are headed”.*

*Arthur Goodhart (1891-1978),  
“The Ratio Decidendi of a Case”,*

*Modern Law Review, 1959, p. 124, vol. XXII.*



# Contenido

<b>Nota previa</b> .....	13
<b>Mi persiana americana</b> .....	17
<b>Nota previa del traductor</b> .....	19
<i>Leandro Giannini</i>	
<b>Lista de casos</b> .....	23
<b>Introducción</b> .....	29
<b>Capítulo I</b>	
<i>Ratio decidendi</i> .....	31
1.1. Es la búsqueda del espíritu: declarar la <i>ratio</i> .....	38
1.2. Es un dibujo en el aire: crear la <i>ratio</i> .....	57
1.3. Es el arco del puente: reconstruir la <i>Ratio</i> .....	72
<b>Capítulo II</b>	
<b>Entre nosotros</b> .....	81
2.1. ¿Cuándo una cuestión es idéntica, similar o distinta? .....	99
2.2. Comparación: <i>the Game of Matching Cases</i> .....	104
2.3. <i>Distinguishing</i> .....	117

**Capítulo III**

**En el camino** .....125

3.1. Alegar la *ratio* y decidir el caso .....128

3.2. Impugnar y decidir la impugnación .....142

3.3. Rescindir o neutralizar la cosa juzgada .....155

**Consideraciones finales** .....165

**Referencias bibliográficas** .....169

## NOTA PREVIA

Entre *Pavía* y *Edinburgh* pasaron diez años. Una década separa *Cortes Supremas* de este *Ratio Decidendi*. Entre ellos, continentes de inquietudes que busqué resolver y compartir con usted en varios libros, aportando a nuestro diálogo como un medio para colaborar en el desarrollo de la Justicia Civil en nuestro país.

Salir de Brasil para estudiar y escribir por un tiempo requiere una buena red de apoyo y mucha camaradería. Necesito agradecer a las personas e instituciones que tornaron posible mi período como *Visiting Scholar* aquí en la *University of Edinburgh* – en la que tuve la felicidad de escribir desde la primera hasta la última línea de este libro.

Comienzo agradeciendo a la *Law School* y al *Edinburgh Centre of Legal Theory* da *University of Edinburgh* por aceptarme como *Visiting Scholar* y *Visiting Fellow*. Tengo certeza que esa aceptación está en la cuenta de mi amigo Cláudio Michelin, *Professor of Philosophy of Law* e *Director of the Edinburgh Centre for Legal Theory*, reconocidamente uno de los mayores filósofos del derecho en actividad. Conocí a Cláudio en Porto Alegre, cuando él fue mi profesor en la Maestría de la Facultad de Derecho de la UFRGS en 2004. *Small World*. En aquel semestre, en la cátedra de él y del profesor Professor Barzotto, debatimos *Practical Reason and Norms*, de Joseph Raz, publicado en 1975. Recuerdo haberlo hallado

interesante, aunque algo abstracto. Recordando eso ahora y cómo mis intereses académicos se fueron moviendo, lo encuentro algo irónico. Hay cosas que la gente solo percibe después. Agradezco a Cláudio por la cariñosa recepción, generosidad, por los varios cafés en que debatimos las ideas de este libro, por las críticas constructivas y por las tardes de domingo en que convivimos en familia, con Laila, Laura, Gabriel y Victória. Aprovechando, quiero agradecer también a Laila por todo su afecto y atención. Ustedes hicieron toda la diferencia. Llevo los días de Edimburgo con ustedes en el corazón.

Agradezco a la Facultad de Derecho de la Universidade Federal do Rio Grande do Sul por haberme concedido una licencia para salir del país. Me gustaría hacerlo especialmente en la persona del profesor Fabiano Menke, jefe del Departamento, que fue la primera persona con quien conversé sobre el asunto dentro de nuestra estructura. Quien conoce el día a día en la Universidad, sabe lo que ese apoyo significa. Me gustaría agradecer a los alumnos y alumnas de *Teoria Geral do Processo* y *Direito Processual Civil II* en los cursos de grado y de *Processo e Constituição – Processo Civil no Estado Constitucional* en los cursos de Maestría y doctorado por comprender mi ausencia en buena parte del semestre. Agradezco a mi querido amigo el profesor Daisson Flach, que se hizo cargo de la actividad en la maestría y en el doctorado, y a Luciana Robles y a Guilherme Lessa por haberse encargado de los cursos de grado. Muchas gracias por la camaradería.

Además de las aulas, están los despachos profesionales. Comienzo por uno de mis Maestros, con quien tengo el placer de convivir y aprender desde hace tanto tiempo. Agradezco a mi amigo y socio Luiz Guilherme Marinoni por haberme despertado el interés por el tema con su *Precedentes Obrigatórios*, de 2010, y desde allí haber mantenido un debate constante de ideas conmigo, sea por medio de los libros que publicamos, los casos en que abogamos y las conversaciones de cada día. También en Curitiba, agradezco a mis socios Carlos Augusto Marinoni y Ricardo Alexandre da Sil-

va por cuidar de todo por allí. En Porto Alegre, tengo también la suerte de contar con un equipo maravilloso, sin el cual no tendría la tranquilidad necesaria para dedicarme casi exclusivamente a este libro. Agradezco a Raquel Ramires, mi secretaria, a mi socio Augusto Fleck y a mi socia Luciana Robles, inclusive por haber leído el libro y haberme hecho sugerencias. Muchas gracias por cuidar de todo allí también.

Agradezco igualmente a la editorial Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, en las personas de Ju Ono, Andreia Nunes y Karol Albuquerque, por invertir en otro de mis proyectos. Es una alegría saber que puedo contar con ustedes en el camino.

Esto es un poco de filosofía de bar, lo sé, pero es increíble lo poderosas que son las cosas cuando tienen que suceder. En medio de tantas cosas que podrían haber salido mal, amanecemos bien. Se nos hizo la tarde por las calles de Edimburgo, la noche en el cielo de Escocia y seguimos caminando juntos tantas veces por *Chambers Street*, *South Bridge*, *George IV*, *Victoria Street*, *Royal Mile*, *Princess Street* y varias más que acabé perdiéndome y adormeciéndome en las calles de de nuestros sueños. Vi tu primer seminario sobre Procedimiento Civil Comparado en la Universidad de Girona y tu primera conferencia en la Universidad de Lisboa, incluido el lanzamiento de la versión portuguesa y todo. Vi tu compromiso con las clases de Cláudio aquí en Edimburgo. En las cosas de nuestra vida en común. En tareas de oficina. Compartí este libro contigo de principio a fin. Muchas gracias, Victoria, por estar a mi lado en cada paso, no sólo en *Chambers Street*.

*Edinburgh, Old College,*  
Invierno de 2023.  
Daniel Mitidiero



## MI PERSIANA AMERICANA

Estaba pensando aquí: un libro brasileño, con traductor argentino, destinado a ser publicado en Perú. Una traducción que nace de una amistad y de preocupaciones comunes. De la manera en que se puede ver, desde una persiana americana, el desarrollo de un tema vinculado a la teoría del *common law* y cómo se proyecta en la vida de la justicia civil en la tradición romano-canónica. Denominar esta nota como “nota a la edición en español” seguramente no retrate sus matices en toda su riqueza.

A veces la gente no lo advierte, pero el traductor es fundamental para el éxito de una obra. Además de ser un gran amigo, a quien mucho admiro, el profesor Leandro Giannini, de la prestigiosa Universidad Nacional de La Plata, Argentina, es un profundo conocedor del tema de las cortes supremas y de los precedentes. Es uno de sus exponentes. Tenerlo como traductor es un lujo inestimable, que solo puedo agradecer sinceramente. Muchas gracias, mi amigo.

Otra cosa de la que a veces la gente no se da cuenta, es el papel de las colecciones. Existe toda una curaduría en ellas y, debajo, toda una intención por parte de sus coordinadores. Tener a mi *Ratio* publicado en la colección *Proceso, Derecho y Sociedad*, coordinada por mis queridos amigos Giovanni Priori Posada y Luiz Guilherme Marinoni, también grandes exponentes del proceso civil, es motivo de enorme alegría para mí. Solo puedo agradecer públicamente a

Giovanni y a Marinoni, también, por la calurosa recepción. Muy agradecido, mis amigos.

Te agradezco, además, a ti, que estás con este libro en tus manos. Juntos, tal vez, podamos hacer algo para ajustar el foco del paisaje que se ve desde nuestra persiana.

*Res severa verum gaudium.*  
Porto Alegre, Moinhos de Vento, verano de 2024.  
Daniel Mitidiero

## NOTA PREVIA DEL TRADUCTOR

Presentar *Ratio decidendi* de Daniel Mitidiero al público de habla hispana es un honor y una alegría. Es un honor, porque Mitidiero es un talentoso académico y un profundo investigador, autor de cursos, comentarios y monografías notables sobre proceso civil, que lo han transformado en uno de los principales referentes actuales de la disciplina en la región. Es una alegría, porque Daniel es, además, dueño de una personalidad generosa, de una hospitalidad fuera de lo común y de una cultura general verdaderamente atrapante, que no solo se disfruta *ao vivo*, sino que también se percibe en su pluma.

Desde hace años, destacados exponentes de la doctrina procesal brasileña han encarado el desafío de justificar política, moral y constitucionalmente la introducción del principio de vinculatoriedad formal del precedente, en el sentido “fuerte” de la expresión. El avance progresivo hacia el reconocimiento normativo del deber de seguir los precedentes de las Cortes Supremas brasileñas (el Supremo Tribunal Federal para cuestiones constitucionales y el Superior Tribunal de Justicia para cuestiones federales infraconstitucionales), transformó a ese país en un foco de atención para los estudiosos del derecho comparado, tanto en la órbita del derecho procesal, como de la teoría general del derecho.

Se trata, en efecto, de un país en el que, como sucede frecuentemente en América Latina, se entrecruzan tradiciones: fuentes constitucionales de origen norteamericano conviven con códigos, instituciones y costumbres fuertemente influenciadas por el derecho continental europeo. En este escenario, la desgastada clasificación entre países del *civil law* y del *common law* encuentra en Brasil un nuevo desafío, con la introducción de dispositivos legales y constitucionales referidos a la fuerza vinculante del precedente y la incorporación de una serie de herramientas destinadas a custodiar esa autoridad.

Mitidiero trató las principales dimensiones del precedente en múltiples y valiosas monografías. Me limito a sugerir la presencia de un hilo que, como el pensado por Ariadna, une a tres de sus más destacadas producciones y guía al lector en esta laberíntica materia.

En su *Cortes superiores y cortes supremas*, editado originalmente en 2013 como producto de la estancia de investigación que desarrollara en Pavía bajo la supervisión del gran Michele Taruffo, nuestro autor abordó la dimensión institucional del fenómeno. Analizó y modelizó allí el rol institucional de los tribunales de vértice en el derecho comparado, para demostrar el impacto que las reformas introducidas en su país tendrían, para convertir al STF y al STJ en verdaderas cortes supremas o cortes de precedentes.

En su *Precedentes*, publicado inicialmente en 2016, desarrolló una justificación detallada de la eficacia vinculante del precedente, apoyada en una teoría de la interpretación no cognitivista. Allí, el autor hizo mérito de la importancia del *stare decisis* para preservar no solo la eficiencia en la adjudicación, sino también la igualdad de trato y la seguridad jurídica. Además, advirtió a la comunidad jurídica de una región no acostumbrada a trabajar con precedentes, que, para hacerlo en serio, no basta con producir, copiar y pegar burocráticamente sumarios de jurisprudencia, sino que se requiere de una labor metódica de interpretación, reconstrucción, adscripción de sentido y justificación de elecciones hermenéuticas.

Ahora, en *Ratio decidendi*, escrito en Edimburgo y publicado en Brasil en 2023, Mitidiero enfrenta el desafío de examinar el modo en que esa labor metódica tiene lugar. Si, como explica el autor, la *ratio decidendi* es el precedente mismo —es decir, la norma general que puede extraerse de una decisión individual del pasado para resolver un caso actual—, resulta fundamental definir sus contornos y enfrentar sus dilemas más complejos: ¿cómo se define, identifica, interpreta y aplica la *ratio* de una decisión? ¿Qué es una cuestión idéntica, semejante o distinta? ¿Qué nivel de generalización es aceptable para clasificar los hechos del caso anterior y los hechos del caso actual dentro de una misma categoría para poder, así tratarlos del mismo modo? ¿Cuál es el ejercicio lógico y argumentativo necesario para alegar, contradecir y decidir sobre la aplicabilidad del precedente al caso, incluyendo la dificultosa técnica del *distinguishing*? ¿Cuál es el ejercicio lógico y argumentativo necesario para alegar, contradecir y decidir sobre la posibilidad y conveniencia de superarlo total o parcialmente? ¿A través de qué vías el ordenamiento procesal permite a las partes controlar los desvíos en la interpretación, aplicación, distinción, derogación o superación de los precedentes?, etc.

En síntesis, la obra aquí traducida enfrenta los problemas teóricos y prácticos más endiablados que afronta quien estudia, quien aboga y quien decide en base a precedentes. Lo hace, por otra parte, siguiendo un método que incluye el análisis histórico, comparado, filosófico y dogmático. Todo ello transforma a esta nueva obra de Mitidiero en un insumo imprescindible para una región vasta, multitudinaria, conflictiva y diversa en sus tradiciones legales, como la que componen las naciones que se comunican en la lengua de Cervantes.

Leandro J. Giannini  
La Plata, febrero de 2024