

CASO ZARAI TOLEDO Y SUS IMPLICANCIAS EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL

Por: Mg. José Carbonel Brenis

El 18 de octubre del 2002 el entonces Presidente de Perú, Alejandro Toledo, confirmó el reconocimiento de su paternidad sobre la adolescente Zarái Toledo Orozco, de 14 años, tras un proceso de conciliación iniciado meses atrás.

El ex mandatario dijo en un mensaje televisado a la nación que tomó la decisión de reconocer a Zarái hace una semana atrás "en un camino largo y difícil que ha terminado mirándonos a los ojos", y afirmó sentirse ganador en el proceso "porque he ganado una hija".

El acuerdo de conciliación fue anunciado antes por Lucrecia Orozco, la madre de Zarái, quien dijo que Toledo le compensará también con una retribución económica por los años que litigó en busca del reconocimiento del padre de su hija.

Toledo afirmó que desde ese instante él y Zarái abrieron "un nuevo capítulo" en su vida y que conversaron "para encontrar paz y conciliación".

El gobernante aseguró que el proceso de conciliación fue facilitado "por muchas personas" y remarcó que sus adversarios "creerán que han logrado una victoria".

"Esta noche les digo que están equivocados, yo soy el ganador, he ganado una hija inteligente y honesta, aquí no pierde nadie, Zaraí y yo hemos ganado", enfatizó. Toledo dijo que "las razones del corazón son la mejor justicia" y señaló que a partir de ahora espera que el asunto vuelva a ser parte de su vida privada.

El gobernante peruano remarcó que va a velar por el futuro de su hija "lejos del rumor de las calles" y agradeció "profundamente" el apoyo de su esposa, Eliane Karp, y la hija de ambos, Chantall.

"Agradezco profundamente su comprensión, su apoyo y su amor, ustedes dos siempre fueron parte de la solución", acotó.

El llamado "caso Zaraí" se inició en 1994, cuando Orozco denunció a Toledo para que reconociera la paternidad de la menor y durante los siguientes años se desarrolló en medio de marchas y contramarchas judiciales y sentencias recusadas por ambas partes en diversas instancias. (1)

El caso de la identidad de la adolescente Zaraí Toledo Orozco trascendió de la esfera privada a la esfera pública debido a la terquedad del presidente Toledo y, una vez más, su falta de decisión. Este problema se pudo resolver en 1989, cuando la presunta hija tenía dos años. No lo hizo, y el tema creció hasta convertirse en un asunto de interés nacional.

En efecto, el problema se pudo resolver en 1989, cuando Zaraí tenía dos años, y por primera vez su madre pidió a Alejandro Toledo que la reconociera y le diera su apellido.

(1) Revista La Cuarta (La Vuelta al Mundo), Artículo titulado "**Toledo reconoció a hija de 14 años y le dio su apellido**", 19 Oct 2002, Lima – Perú .

Pero Toledo se negó, y entonces Lucrecia Orozco le declaró la guerra. Lo dramático es que ambos permitieron que esa guerra hiriera para siempre la inocencia de su hija, una niña que ahora, convertida en una adolescente, no tuvo otra militancia, otro sueño que el de lograr que un hombre que no conocía y al que probablemente despreciaba, la reconozca.

El también prolongado juicio parecía ofrecer una solución inminente, a la vista, cuando se ordenó que el presidente Toledo se realice la prueba de ADN. Sin embargo, la defensa de Toledo se las arregló para postergar todo.

A continuación se analizan diversos institutos civiles y procesales (como la conciliación extrajudicial, la excepción de cosa juzgada, la prueba del ADN, etc), que tomaron interés en razón al sonado caso judicial de la adolescente Zaraí Toledo Orozco, referido a la reclamación de la paternidad extramatrimonial, que generó una serie de comentarios sobre diversos institutos –civiles y procesales- relacionados con la filiación.

¿ES UN CASO CONCILIABLE LA RECLAMACIÓN DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL?

Es evidente que en los procesos que en los procesos de reclamación de la paternidad extramatrimonial las partes pueden avenir a la conclusión del mismo por obrar a favor del estado de familia reclamado por la persona, sobre la base de admitir los hechos que se le imputan en la demanda. Pero en el presente caso, se expuso que las partes habían conciliado fuera del proceso, adviniendo el reconocimiento de la paternidad.

No obstante, por ser inalienable el estado de familia, éste por sí mismo no es un asunto conciliable, sea que se obre a favor o en contra del estado constituido o reclamado. La inalienabilidad determina la indisponibilidad del estado de familia.

En todo caso, el advenimiento del reconocimiento de la paternidad ha producido la sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional (artículo 321.1 del Código Procesal Civil); razón por la cual el proceso debe concluir sin declaración sobre el fondo. (2)

Señala BORDA que el estado de familia “es la situación en que se halla una persona con relación a las normas y principios que reglan el derecho de familia en un determinado país”.

El sitio asignado dentro de la organización familiar determinado por la existencia de vínculos familiares y jurídicos, da lugar a un conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos para la persona en razón justamente de su estado de familia.

Vemos que el estado de familia es un atributo de las personas de existencia innegable, que no puede separarse de ellas y, consecuentemente, inalienable e irrenunciable: “La condición que se tiene dentro de la familia es permanente. No cabe, pues renunciaciones en ese sentido”.

Como representa un atributo de la personalidad, incapaz de desprenderse de ésta, se caracteriza, porque la persona que ostenta el estado de familia no puede disponer del mismo ya que dicho

(2) PLACIDO VILCACHAGUA. Alex F. “**Las Lecciones del Caso Zarai**”, en Revista *Actualidad Jurídica* (Actualidad Civil), Publicación Mensual de Gaceta Jurídica”, Gaceta Jurídica Editores S. A., Tomo 107, Lima - Perú, Octubre 2002, Pág. 99 .

estado no puede constituir un simple objeto de una relación jurídica patrimonial cualquiera. (3)

Sin duda, el tema de la conciliación prevista en el nuevo Código Procesal como una de las formas especiales de conclusión del proceso, es uno de los que reviste mayor interés para la obtención del fin propio del proceso civil. La conciliación es una de las formas de composición privada del proceso, que es la antítesis de la solución que da el juez a los conflictos, por ello se le define como una auto composición dirigida. El artículo 325 del Código Procesal Civil, acota que: "el juez aprobará la conciliación que trate sobre derechos disponibles..." (requisito de fondo de la conciliación).

Por su parte, la Ley N° 26872 –Ley de Conciliación Extrajudicial- define a la conciliación como la "institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por la cual las partes acuden a un Centro de Conciliación o al Juzgado de Paz Letrado a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución conceptual al conflicto". El primer párrafo del artículo 9 de la Ley señala que: "Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes". (4)

LOS DERECHOS INDISPONIBLES

Ergo, la materia a conciliar debe ceñirse a los derechos que no sean indisponibles según lo autorizan los citados dispositivos.

(3) HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. **Derecho de Familia**, Editora "FECAT", Segunda Edición, Lima – Perú, Marzo 1997, Págs. 923 y 24 .

(4) La conciliación extrajudicial se tornó obligatoria desde el 14/01/2001, conforme al artículo 1 de la Ley 27218 del 12 de diciembre de 1999 .

Es bueno advertir que la categoría de derechos indisponibles no es coincidente con la de derechos extrapatrimoniales. Por ejemplo, hay derechos extrapatrimoniales, como el nombre de la persona, respecto de los cuales se puede celebrar actos de disposición, como por ejemplo, contratos para fines publicitarios (artículo 27 del Código Civil); por otro lado, existen derechos patrimoniales que son indisponibles para sus propios titulares, como por ejemplo el derecho alimentario (artículo 487 del Código Civil) o el patrimonio familiar (artículo 488 del mismo Código).

Al respecto, DIEZ PICAZO Y GULLON dicen que: “La autonomía (privada) es, por último, un poder de ordenación de la esfera privada del individuo, entendiendo por tal el conjunto de derechos, facultades, relaciones, etc., que el individuo ostente o que se le hayan atribuido. No se quiere decir con ello que el poder de autonomía del individuo sobre su esfera jurídica sea total y absoluta. **Existen posiciones de dicha esfera para los cuales el derecho excluye la autonomía como poder ordenador. Se habla, por ello, de derechos, situaciones, relaciones indisponibles...**” .

LA NATURALEZA ESPECIAL DE LA CONCILIACIÓN

A su vez, el maestro CALAMANDREI nos dice: “Pero ¿en qué consiste la naturaleza especial de las relaciones del derecho sustancial que son objeto del proceso civil inquisitorio? Para contestar a esta pregunta se emplean, generalmente frases un tanto genéricas y aproximativas; se habla, por ejemplo, de relaciones que interesan al orden público, de causas de “importancia social”, de “normas que tienen mayor importancia para la vida social” y no faltan quienes las hacen entrar en el campo del Derecho Público.

Resulta claro que el tema debe ser resuelto casuísticamente mirando a ese interés social que subyace en la cuestión debatida. Debe tenerse presente, por ejemplo, que a través de la conciliación se puede acordar el ejercicio de algunos derechos emergentes del estado de familia sin lesionar su esencia, como el referido a la tenencia de los hijos, el régimen de visitas, al reconocimiento de un hijo extramatrimonial, etc.

Hasta hace no mucho la discusión jurídica sobre la paternidad de Alejandro Toledo Manrique respecto de Zarái, se centró en determinar si con relación a este caso existe o no cosa juzgada y, consecuentemente, si cabe ordenar al presidente que se someta a la prueba del ADN.

Luego, la pugna causó revuelo también en cuanto al tema del recurso de queja. En efecto, la defensa de Toledo presentó una queja de derecho para que se revise en casación el auto que declaró infundada la excepción de cosa juzgada planteada. La Corte Suprema amparó dicho recurso, en una decisión que aparentemente violenta el artículo 385 del Código Procesal Civil. (6)

Para tener una mejor perspectiva del problema que analizamos, debe tenerse en cuenta que Alejandro Toledo afrontó dos procesos judiciales, uno en 1989 por alimentos y otro en el año 1994 por filiación extramatrimonial, de los cuales salió airoso. De allí la justificación para que se haya planteado una excepción de cosa

(5) RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. **“Para solucionar las controversias entre privados ¡Hay que conciliar!**, en Documentos de Lectura sobre “Saneamiento Procesal y la Conciliación”, Publicación de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, 1994, Pág. 5 .

(6) Art. 385 del CPC: “Sólo procede el recurso de casación contra: 1. Las sentencias expedidas en revisión por las Cortes Superiores, 2. Los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, ponen fin al proceso; y, 3. Las resoluciones que la ley señale” .

juzgada respecto del proceso iniciado en el año 2001 por Lucrecia Orozco (madre de Zaraí), también por filiación extramatrimonial y que fue el tercer intento para acreditar de algún modo el vínculo paterno – filial entre el presidente Toledo y la menor.

Sobre el particular, se dejó sentir las voces de quienes, al igual que la Primera Sala Civil Superior de Piura, opinaron que no puede hablarse aquí de cosa juzgada en tanto el proceso último que se inició contra Alejandro Toledo tiene una naturaleza distinta que los anteriores. Los argumentos que sustentaron tal parecer merece especial atención, pues en el trasfondo de los mismos se encuentra el debate respecto a la real dimensión o relevancia que debe atribuírsele a la prueba del ADN y, mas importante aún, respecto a los alcances del principio del interés superior del niño en situaciones como ésta.

Se dijo, por un lado, que la pretensión última es diferente: una cosa es pedir alimentos o el reconocimiento judicial de la paternidad, y otra cosa distinta es que la pretensión se sustente en el derecho que tiene Zaraí de conocer quién es su padre. Es decir, que no estamos ante un mero pedido de reconocimiento de paternidad conforme a las normas de filiación del Libro de Derecho de Familia, ni siquiera se buscan los beneficios que otorga esta legislación; lo que se alega es que existe un derecho mayor: a la identidad, y dentro de sus alcances el derecho a conocer quiénes son nuestros progenitores. Esto es lo que realmente se pretende, y para su atención debe recurrirse a todos los mecanismos que contempla nuestro ordenamiento –entre ellos la prueba del ADN-, más aún cuando de por medio se halla el interés superior de una menor.

La otra argumentación de quienes no advierten que haya cosa juzgada, es que en realidad estamos ante un proceso distinto pues se fundamenta en una "causal" de filiación diferente: la prueba del ADN. En el proceso anterior de filiación extramatrimonial se pretendió acreditar el vínculo paterno-filial recurriéndose al inciso 3 del artículo 402 del Código Civil, referido al concubinato de la madre con el supuesto padre durante la época de la concepción. El último caso en cambio se sustenta en una prueba biológica, que vendría a ser una causal distinta de filiación (inciso 6 del mismo dispositivo citado). El supuesto sería similar, por ejemplo, al de un primer intento de divorcio por causal de sevicia y a un posterior pedido de divorcio por abandono de hogar, que es una causal diferente, por lo cual no puede hablarse de cosa juzgada.

En el fondo subyace la discusión sobre si la seguridad jurídica que ofrece la cosa juzgada debe vencer o no el interés superior del niño y, por ende, si puede revisarse procesos fenecidos o iniciarse nuevos procesos sobre materias ya discutidas cuando de por medio se encuentre la posible conculcación de un derecho fundamental de un niño o adolescente, como es el caso. Este tema merece desde ya un profundo interés de la doctrina y quizás la discusión no se agote nunca, como sucede con muchas otras culminantes disquisiciones del Derecho.

¿ES EL ADN UNA CAUSAL O UN MEDIO DE PROBATORIO PARA RECLAMAR LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL?

Debe advertirse que la prueba del ADN u otras pruebas de genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, han

merecido un doble tratamiento en nuestra legislación; por un lado, constituyen un medio probatorio, por otro son una causal para demandar la declaración de la paternidad extramatrimonial. Lo primero se aprecia cuando el artículo 2 de la Ley N° 27048, modificando el artículo 413 del Código Civil, dispone que “En los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza”. Siendo así, este medio probatorio puede ser ofrecido como medio de defensa del demandado para desestimar las presunciones que se derivan de las causales de los incisos 1 al 5 del artículo 402 del Código Civil. Lo segundo se advierte cuando el artículo 2 de la Ley N° 27048, modificando el artículo 402 del Código Civil, introduce como inciso 6 la causal-prueba de ADN u otras pruebas genéticas con igual o mayor grado de certeza.

De ello se evidencia que la causal-prueba puede ser invocada de manera autónoma para acceder a un proceso de declaración de paternidad extramatrimonial, sin perjuicio de referir y acreditar hechos que no califican en las demás causales para formar convicción al juzgador. (7)

Esta es la disyuntiva en la cual se pone el Segundo Juzgado de Familia de Piura, que declara fundada la excepción de cosa juzgada. Para esta instancia, “el ADN debe ser considerado como prueba de carácter pericial”... Sin embargo, para la Primera Sala Civil de Piura, se le considera una “nueva causal que se adiciona a las ya existentes”.

(7) PLACIDO VILCACHAGUA. Alex F. **Ob. Cit.**, Pág. 100 .

Resulta curioso que este órgano colegiado, no obstante ha seguido a un sector de la doctrina nacional, que también entiende a todos los supuestos del artículo 402 del Código Civil como causales, no lo haya hecho de manera completa. En efecto, la doctrina citada precisa que, en el caso de invocar el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, luego de haberse declarado infundada una demanda anterior, basada en otra causal, “resulta evidente que no podrá prosperar la excepción de cosa juzgada por cuanto se trata de causas petendi diferentes; salvo que, se incurra en el error de configurar esta nueva causa petendi (se refiere al inciso 6 del artículo 402 del Código Civil) invocando los mismos hechos que fueron objeto de debate y análisis en el proceso anterior. En este último supuesto deberá declararse fundada la excepción por cuanto se trata del mismo petitorio anteriormente ya resuelto. (8)

En mi opinión, si bien comparto que el artículo 402 del Código Civil establece un elenco basado en la técnica del *numerus apertus*, los cinco primeros supuestos son presunciones y el último es una prueba (de carácter científico): no son causales. Ello se puede demostrar fácilmente comparándolo con los supuestos del artículo 333 del Código Civil en materia de separación de cuerpos (que sí son causales): nadie objetaría que ante la sentencia que declara infundada la demanda de separación (o el divorcio) basada, por ejemplo, en el inciso 1, del artículo 333 del Código Civil (causal de adulterio), se pueda interponer otra demanda, argumentando el inciso 4 del mismo artículo (causal de injuria grave). Evidentemente,

(8) PLACIDO VILCACHAGUA. Alex F. **“El petitum y la causa petendi en la reclamación de paternidad extramatrimonial”**, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 8, Nº 40, Gaceta Jurídica Editores S. A., Lima – Perú, Enero 2002, Pág. 40 .

los fundamentos de hecho serían distintos, por cuanto son distintas las causas. En el caso del artículo 402 del Código Civil, si la demandante no tuvo suceso al basarse en la presunción establecida en el inciso 3 del artículo 402 del Código Civil, no podrá invocar la prueba del inciso 6 del mismo artículo, si es que utiliza los mismos fundamentos de hecho. Ahora bien, causal, presunción o prueba, el problema no está en “etiquetar” estos supuestos, sino saberlos emplear y valorar adecuadamente. Por ello, no se comparte la posición del órgano colegiado de amparar que se invoque de manera autónoma el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, por cuanto, al igual que si se invocase cualquiera de los otros incisos, estos deberán basarse en una sólida fundamentación de hecho y en pruebas adicionales que hagan generar convicción en el juzgador de la relación paterno-filial extramatrimonial.

LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBA DEL ADN ¿DETERMINA LA DECLARACIÓN DE PATERNIDAD?

Verdadero problema se encuentra frente a la negativa del demandado de someterse a la prueba del ADN como ocurrió en el caso bajo estudio.

Debe destacarse que existen dos teorías muy difundidas, que tratan sobre la exigibilidad al sometimiento de las pruebas biológicas. La primera postula que es una obligación el participar activamente y colaborar en un proceso judicial; por ello, el sometimiento a las pruebas genéticas y biológicas constituye una colaboración obligatoria y que no atenta contra la libertad individual. La segunda sostiene que nadie puede ser obligado a un examen en razón de la existencia de derechos personales; por lo que no procede la coacción o compulsión al sometimiento de la misma.

No obstante la negativa debe ser apreciada como una presunción en contra de la tesis que en autos sostiene la persona que se niega a someterse a los estudios y pruebas científicas. Claro está que a partir de la existencia de pruebas que permitan afirmar positivamente el nexo biológico investigado, la negativa a someterse a ellas vigorizará a presunción en contra de quien adopta esa posición de resistencia.

Por ello será necesario que la parte demandante aporte otras pruebas o indicios que generen convicción en el juzgador de que la negativa es el resultado de una conducta procesal tendiente a impedir el esclarecimiento de los hechos, lo que haría llegar a la declaración de la paternidad extramatrimonial. Caso contrario, la sola negativa a someterse a esta prueba, frente a la falta de pruebas adicionales o de otros indicios, no será suficiente para declarar la filiación extramatrimonial. **(9)**

En efecto, el Código Civil peruano establece que “el juez debe evaluar la negativa, de acuerdo al caso concreto, y no equipararla *sic et simpliciter* a un reconocimiento tácito de paternidad”. Ello confirma que el supuesto del inciso 6 del artículo 402 del Código Civil no es una causal, sino una prueba y al igual que las cinco presunciones que lo acompañan, no exime de acreditar la realidad de los hechos que le sirven de presupuesto. Tal cierto es ello que el demandado podría invocar, por ejemplo, su derecho a la integridad. **(10)**

(9) PLACIDO VILCACHAGUA. Alex F. “**Las Lecciones del Caso Zarafí**”, Pág. 101 .

(10) La primera parte del Art. 4 de la Ley General de Salud, Ley N° 26842 del 20-07-97, establece que: “Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin el consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúan de este requisito las intervenciones de emergencia” .

Una política judicial que desconozca los derechos de los emplazados a no someterse a las pruebas del ADN y que admita por ello una suerte de “confesión ficta”, no hace mas que convertirse en una suerte de incentivo a demandas temerarias de filiación extramatrimonial. No es que esté tomando partido a favor de los emplazados, sino que considero que no se debería privilegiar *a priori* un mal entendido principio del interés superior del niño: éste será efectivo y tutelado, en la medida en que existan pruebas e indicios razonables que convenzan al juzgador de la existencia de una relación paterno – filial.

EL DERECHO A CONOCER AL PADRE

En la demanda que ha dado origen a la excepción de cosa juzgada, aparte de invocarse como fundamento de derecho al inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, se ha argumentado el “derecho de la menor a conocer quién es su padre”, cosa distinta (según se afirma) a la pretensión de la primera demanda, en la cual se solicitaba el reconocimiento de paternidad.

Frente a ello, en primera instancia, el Segundo Juzgado de Familia de Piura se hace las siguientes preguntas: “¿Qué sentido tendría la pura declaración sin reconocimiento?, ¿será que puede existir alguna declaración judicial de filiación paterna extramatrimonial que carezca de consecuencias jurídicas?”

En segunda instancia, la Primera Sala Civil de Piura, sostiene que “la filiación es consustancial e innata al ser humana en el sentido de que el *status filii* es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación

(derecho a conocer su propio origen biológico) no solo para generar consecuencias legales sino para permitir la concreción y goce de su derecho a la identidad" (11), se afirma que "es parcialmente atendible" el agravio expresado en el sentido de que efectivamente la pretensión de reconocimiento de paternidad es distinta de la de "solicitar ante el órgano jurisdiccional conocer quién es su padre biológico". ¿Entonces en qué quedamos?, ¿son dos pretensiones distintas o lo mismo dicho de otra manera? Al parecer, los vocales han dado una tercera opción: son pretensiones parecidas.

Evidentemente, en este aspecto, la razón la tiene la primera instancia. En efecto, por más que se argumente el derecho a la identidad, entendido –en este caso- como el derecho que uno tiene de saber de quiénes es hijo, lo que se está haciendo es pedir (indirectamente) el reconocimiento de paternidad. La invocación al derecho a la identidad solo puede servir de refuerzo a la pretensión procesal de filiación extramatrimonial. Carece de sentido invocarlo como un fundamento jurídico separado de dicha pretensión. Con ello, se llegaría al absurdo de decir: en aras de tu derecho a la identidad, queda acreditado que eres hijo o hija de fulano; pero no se te puede inscribir en el Reniec como tal.

¿CÓMO OPERA LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA EN ESTOS PROCESOS?

Acerca de este punto, es pertinente formular las precisiones conceptuales en torno a la cosa juzgada y a la excepción de cosa juzgada.

(11) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "La filiación no es cuestión de sexo, es cuestión de piel", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 8, N° 40, Gaceta Jurídica Editores S. A., Lima – Perú, Enero 2002, Pág. 20 .

El significado de la cosa juzgada es algo más que el resultado literal de la expresión; cosa juzgada no sólo es un objeto que ha sido materia de un juicio o de una operación lógica, sino que en una acepción acertada de COUTURE, la cosa juzgada ha sido definida, por autorizada doctrina procesal, como la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla. (12) Por autoridad entendemos el *imperium* que es propio e inherente a la sentencia emanada de un proceso judicial decidido por el Estado, cuando aquella adquiere carácter definitivo. Su complemento es la eficacia, que se resume en tres caracteres: inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad. Dentro de la misma, se distingue entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La cosa juzgada formal es mas bien transitoria, vale decir, pese a que no cabe interponer medios impugnatorios contra dicha sentencia, en el mismo proceso en que se dictó, la cuestión jurídica debatida puede ser nuevamente sometida a juicio.

Lo precisado en las líneas que anteceden, respecto a la cosa juzgada formal, y desde un punto de vista rigurosamente técnico, nos lleva a concluir que en este caso no hay cosa juzgada, dado el carácter modificable de la sentencia. DEVIS ECHANDIA ha escrito que, en efecto, aquí no hay propiamente cosa juzgada sino que se trata de una simple ejecutoria, y advierte la contradicción subyacente cuando se sostiene que la cosa juzgada formal implica que no hay juzgada, por ser la sentencia aún susceptible de contradicción y eventual modificación. (12)

(11) COUTURE, Eduardo. **“Fundamentos de Derecho Procesal Civil”**, Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1974, Pág. 401 .

(12) DEVIS ECHANDIA, Hernando. **“Teoría General del Proceso”**, Tomo II, Editorial Universidades, Buenos Aires – Argentina, 1985, Págs. 555 y 556 .

Por el contrario, se puede definir la cosa juzgada material o sustancial como la autoridad que asume una sentencia judicial cuando no solo deviene en inimpugnable en el mismo juicio en que se dictó, sino que además, se torna inmutable o inmodificable tanto en el proceso en que fue dictada como en cualquier otro posterior. En este caso si hay cosa juzgada propiamente dicha, porque ha operado la extinción de toda forma o mecanismo para cuestionar la firmeza de la sentencia.

Por su parte, la excepción, en sentido general y procesal, es todo mecanismo de defensa que ejerce el demandado (o el demandante en la reconvencción), para excluir la acción de la parte contraria. En sentido más estricto resulta ilustrativa la definición de MONROY al decir que la excepción es un instituto procesal por el cual emplazado ejerce su derecho de defensa denunciando la existencia de una relación jurídica inválida por omisión o defecto de algún presupuesto procesal, o el impedimento de pronunciarse sobre el fondo de la controversia por omisión o defecto en una condición de la acción.

El caso concreto de la excepción de cosa juzgada es una suerte de oponibilidad de la sentencia que ha adquirido tal calidad (con carácter material o sustancial), empleando la vía de la excepción. De este modo, la definimos como el medio de defensa procesal que, con carácter perentorio, interpone el emplazado para hacer cesar definitivamente los efectos de la acción, oponiendo la sentencia dictada en juicio anterior y bajo el argumento de que en ese proceso el accionante ha agotado su interés para obrar, siendo el caso que sobre tal juicio ha recaído sentencia que ha adquirido autoridad de cosa juzgada material o sustancial.

Su efecto inmediato, si es amparada, es el archivamiento del caso y la extinción definitiva de la pretensión. (13)

Justamente, la excepción de cosa juzgada permite al demandado “denunciar que el interés para obrar del demandante ya no existe, dado que lo hizo valer en el anterior proceso, en donde quedó totalmente agotado al haberse expedido un pronunciamiento definitivo sobre el fondo de la controversia”. (14)

El artículo 453 del Código Procesal Civil establece que la excepción de cosa juzgada será declarada fundada, cuando se inicia un proceso idéntico a otro que ya fue resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme. Está entonces la necesidad de definir qué se entiende en nuestro sistema jurídico procesal por procesos idénticos. La respuesta a encontramos en el artículo 452 del acotado cuerpo de leyes, donde se señala que dos o mas procesos son idénticos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar sean los mismos. La identidad de partes se entiende como la coincidencia entre los sujetos que participan en el segundo.

El cuanto al petitorio se refiere, la técnica procesal nos aconseja referirnos a la pretensión procesal y no solo al petitorio, pues este último es, en buena cuenta, uno de los dos elementos que la conforman. Dichos elementos son la *causa petendi* y el petitorio propiamente dicho.

(13) MURO ROJO, Manuel. “**La excepción de cosa juzgada y la nulidad de cosa juzgada fraudulenta**”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año I, N° 1, Gaceta Jurídica Editores S. A., Lima – Perú, Julio 1995, Pág. 141 .

(14) MONROY GALVEZ, Juan. “**Las Excepciones en el Código Procesal Civil**”, en *Revista Themis*, Segunda Época, N°s 27-28, Lima – Perú, 1994, Pág. 126 .

La *causa petendi* es la razón o causa de pedir, esto es, la fundamentación de hecho y de derecho que sirve de sustento al reclamo del demandante. El petitorio es, en cambio, el elemento central de la pretensión, es aquello que el demandante requiere sea cumplido por el demandado o declarado por el Poder Judicial. Se le conoce también como objeto de la pretensión.

Al respecto la doctrina expresa "la *causa petendi* es el fundamento o razón alegada por el demandante para obtener el objeto de la pretensión contenida en la demanda , que al mismo tiempo es fundamento jurídico de aceptación o negación por el juez en la sentencia...". "La razón de la pretensión comprende tanto los fundamentos de hecho como los de derecho, pero la *causa petendi* está formada esencialmente por aquellos; si variara porque los últimos fueran diferentes, bastaría alegar nuevas normas o distintos argumentos de derecho para que dejara de aplicarse la cosa juzgada. Esa razón de hecho se identifica con la *causa petendi* de la demanda y con el fundamento que debe tener la decisión de la sentencia, porque en ella se encierra la esencia del litigio". (15)

Asimismo, otro doctrinario expresa: "La *causa petendi* es la razón de la pretensión, o sea los hechos en que se funda ésta, es decir, el fundamento inmediato del derecho deducido en el juicio, pero ese fundamento lo debe buscar el Juez aun fuera de las alegaciones de las partes. La *causa petendi* está conformada por los hechos esenciales, dejando de lado aquellos hechos circunstanciales; es decir, que ante una nueva demanda donde se invoca la misma *causa petendi* y se agrega otra causa, la cosa juzgada recaerá sobre

(15) DEVIS ECHANDIA, Hernando. "Nociones Generales de Derecho Procesal Civil", Editorial Aguilar, Año 1996, Págs. 575 y 579 .

aquella y no sobre la nueva causa; siendo que para la existencia de la cosa juzgada debe coincidir en forma conjunta con el objeto y la causa petendi". (16)

Importa a este análisis referirse brevemente a las condiciones de la acción, pues es una de ellas, el interés para obrar, uno de los tres elementos que deben existir para poder estar frente a procesos idénticos que justifiquen el amparo de la excepción de cosa juzgada. Autorizada doctrina nacional (17) define a las condiciones de la acción como aquellos elementos indispensables para que el órgano jurisdiccional pueda expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo.

El interés para obrar es conocido también como interés procesal, y se configura como una necesidad abstracta de tutela jurídica, es decir, aquella necesidad actual, inmediata, irremplazable y egoísta de acudir al órgano jurisdiccional como único medio capaz de procesar y posteriormente declarar una decisión respecto del conflicto de intereses que se está viviendo.

¿EXISTE EN ESTE CASO LA TRIPLE IDENTIDAD A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 452 DEL CODIGO PROCESAL CIVIL

Del análisis del proceso de filiación extramatrimonial iniciado en el año 1994, y el proceso de filiación extramatrimonial iniciado en el año 2001, se evidencia la identidad de ambos procesos judiciales,

(16) ZORZOLI, Oscar. A. "**La Cosa Juzgada: Mutabilidad**", en Revista Peruana de Derecho Procesal, Tomo III, Lima – Perú, Marzo 1998, Págs. 141 .

(17) MONROY GALVEZ, Juan. *Ídem* .

identidad que fue advertida por el Segundo Juzgado de Familia de Piura cuando declaró fundada la excepción de cosa juzgada deducida por el ex - Presidente de la República.

En efecto, difícilmente puede sostenerse que las partes intervinientes en ambos procesos judiciales son distintas, y menos aún podrá alegarse válidamente que los petitorios difieren entre sí.

En ambos casos la demandante pretende el reconocimiento de paternidad, aunque claro, en el proceso judicial reciente se intenta salvar dicha identidad argumentando como petitorio el "derecho de la menor a conocer quién es su padre". Más aún, similar situación se presenta en la *causa petendi*, pues, en el proceso de filiación extramatrimonial reciente, la madre de la menor invoca el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, numeral que no aparece como una causal, sino como (ya se dijo) una prueba introducida por la legislación reciente a nuestro Código Civil.

Subyace en ambos procesos un mismo petitorio, el reconocimiento de paternidad, bajo un mismo fundamento, el haber sostenido la demandante relaciones extramatrimoniales con el presunto padre. En función de lo expuesto, es claro que el interés para obrar en el segundo proceso se ha extinguido, dado que la demandante lo hizo vales en el primero, en donde quedó agotado al haberse expedido un fallo definitivo sobre el fondo de la controversia.

En resumen, no podrá invocar la nueva *causa petendi* si es que utiliza los mismos fundamentos de hecho de otra *causa petendi* ya resuelta.

LA CORTE SUPREMA EN EL DILEMA ENTRE LA SUSTANCIA Y LA FORMA

El último problema que entró a tallar en este caso, y del cual ya hemos dicho algo a priori, es el vinculado al recurso de queja por denegatoria de recurso de casación presentado por la defensa del ex presidente Toledo y amparado por la Corte Suprema. Tal queja se interpuso porque la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura declaró improcedente el recurso de casación presentado contra el auto que declaró infundada la excepción de cosa juzgada, bajo el argumento de que el artículo 385 del Código Procesal Civil no permite la casación en estos supuestos. En efecto, dicha norma señala que procede el recurso de casación sólo contra los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión ponen fin al proceso, que evidentemente no es el caso.

En el fallo Supremo que ampara la queja se ha dicho que la posibilidad de una grave afectación al principio de la cosa juzgada justifica la intervención de la Corte Suprema en este asunto, no obstante lo señalado en la normatividad procesal. En su voto singular, el vocal Silva Vallejo incluso calificó el problema como una "cuestión trascendental". Particularmente preocupa que lo "trascendental" del tema pudiera no estar con el carácter primordial del problema jurídico analizado sino en la investidura del personaje involucrado. Hay que tener en cuenta que se inobserva textualmente una específica disposición del Código Procesal Civil, lo cual podría sentar un mal precedente de falta de autonomía para este Poder Judicial que quiso liberarse de los lastres del fujimorismo.

LA RATIO Y EL OBJETO DEL RECURSO DE QUEJA

Convendrá partir diciendo que la “queja”, como impugnación, existe en nuestro ordenamiento por un hecho: nuestras impugnaciones “de alzada”, o sea aquellas que son conocidas por un Juez distinto del que emitió la resolución impugnada, como lo son la apelación y el recurso de casación, son “concedidas” o “denegadas” por el propio juez que emitió la resolución.

Ella es una típica impugnación de los ordenamientos procesales hispanoamericanos, una impugnación subsidiaria, una impugnación que se dirige contra la resolución que deniega (o sea que no “concede”) otra. En tal sentido, se ha dicho con justeza que la queja debe considerarse “un medio esencial para la garantía de defensa en juicio”, en cuanto sirve de mecanismo para hacer efectivo ese derecho que tiene el justiciable de impugnar la resolución judicial adversa ante un distinto juez. **(18)**

Se entiende así que el objeto de esta impugnación sea muy concreto: la resolución denegatoria de la impugnación, nada más. Así lo ha establecido con toda precisión nuestro CPC: “El recurso de queja tiene por objeto el reexamen de la resolución que declara inadmisibile o improcedente un recurso de apelación o de casación” (artículo 401). Ergo, es el auto denegatorio de la apelación o de la casación el que debe ser enjuiciado y no ciertamente el que se apeló o se impugnó para su casación.

(18) VÉSCOVI, Enrique. **“Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Ibeoamérica”**, Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1988, Págs. 185 .

De allí le sigue que lo que tiene que hacer el juez de la queja es “revisar” la corrección o no de la resolución denegatoria, si ha habido o no “una defectuosa interpretación o aplicación de la norma procesal que daba lugar al recurso de fondo (apelación o casación), o sea de aquella que establece “requisitos” de admisibilidad o, en su caso, de procedencia de la apelación o del recurso de casación.

Luego aquí está en juego única y exclusivamente la corrección o incorrección de la resolución denegatoria de la impugnación. Esto que parece obvio es en extremo importante tenerlo en cuenta.

NUESTRO CASO

Dijimos líneas arriba, que la queja es un recurso que tiene por objeto revisar el auto que deniega un recurso. En nuestro caso el auto que declara inadmisibile el recurso de casación se funda en que la resolución contra la cual se interpuso es una que “no se encuentra dentro de los alcances del artículo 385 numeral 2 del CPC, toda vez que el demandado está cuestionando la resolución (...) que revoca la resolución apelada y Reformándola declara infundada la excepción deducida por el demandado (...) ordenando que la señora jueza continúe con la tramitación del proceso con arreglo a ley, el cual, siendo un auto que no resuelve el conflicto de fondo, no es una resolución susceptible del recurso extraordinario de casación”. Ergo, la queja no podía sino tener como (único) objeto determinar si era correcto o incorrecto considerar que la resolución impugnada siendo “un auto que no resuelve el conflicto de fondo, no es una resolución susceptible del recurso extraordinario de casación”.

Veamos que hizo nuestra Sala Suprema.

En principio, no contiene la “fórmula mágica” para evitar el efecto suspensivo de la casación. Ergo, al declararse fundada y concederse el recurso de casación inevitablemente se suspendió el proceso ante el a quo (un proceso en el que ya se había citado a audiencia de conciliación).

Tampoco, y lamentablemente, se halló la “fórmula interpretativa” del artículo 385 inciso 2 que permitiera considerar que la interpretación de la Sala Superior era equivocada. Y, entonces ¿cómo se hizo a declarar fundada la queja? Si la Sala Superior no había interpretado mal dicha norma ¿entonces cuál fue el error en que se incurrió al no conceder el recurso? Silencio total.

Entonces ¿qué se dijo? Tras un considerando segundo que pasa revista a los “principios y derechos de la función jurisdiccional” consagrados por la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el tercero se señala que “aparentemente, se habría infringido” tales principios al emitirse la resolución que desestimó la excepción, “por lo que para cautelar la correcta observancia de dichos principios y para evitar la producción de decisiones judiciales absurdas o arbitrarias (...) debe declararse fundada”. Vale decir, por si no se ha entendido, la Sala Suprema para declarar fundada la queja no consideró para nada el fundamento del auto impugnado y que éste fuera errado, sino que se retrotrayó a la resolución contra la que se había interpuesto el recurso de casación, considerando que ella “aparentemente” violaba principios fundamentales.

Hasta donde se sabe eso no se puede hacer en una queja. Si así fuera ¿cuántas sentencias expedidas en última instancia por los jueces especializados (que bien podrían ser injustísimas) llegarían a casación.

Pero existía el obstáculo del inciso 2 del artículo 385 del CPC. La Sala lo derriba de un plumazo: “estando a la naturaleza de la decisión cuestionada y a las infracciones en que se habría incurrido al dictarse la mencionada resolución (...), es posible declarar fundado el presente recurso de queja”, o sea no se dice nada y siempre hace referencia a la otra resolución (y no la que se impugnó con la queja).

Pero además agrega –y he aquí el pararrayos- que según el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Corte Suprema puede “excepcionalmente” apartarse en sus resoluciones de su propio criterio jurisdiccional, “motivando debidamente su resolución, como en efecto procede así esta Sala en el presente caso”.

Esta última “fundamentación” (?) es, para decir lo menos, simplemente sorprendente. No solo porque la Ley Orgánica del Poder judicial, en la norma invocada, hace referencia a la “jurisprudencia” obligatoria (que no hay) sino porque ese mismo artículo señala que se debe indicar expresamente cuál “precedente” deja de ser “obligatorio” y se sustituye por el nuevo. En el caso no sólo no había un simple precedente del cual apartarse (en realidad deberían haberse invocado todas las resoluciones que a lo largo del tiempo de vigencia del CPC de 1993 se han emitido declarando inadmisibles los recursos de casación contra autos que desestiman excepciones), sino que había que apartarse de la ley: de la ley reguladora de la queja y de la ley reguladora del recurso de casación.

Esto es lamentable. Se ha hecho entrar a la Corte Suprema un caso por la ventana, no por la puerta. Lo resuelto solo vale para este caso, no para los otros pues la apertura se basa en la específica resolución que resuelve la excepción. Nada más.

Pues bien, el que no se conceda un recurso de casación en contra de un auto de vista que, como en nuestro caso, desestima una excepción de cosa juzgada, no implica que la Corte Suprema no pueda cumplir ese papel activo que hoy reclama. Significa solamente que, salvo que se logre la “fórmula mágica” de interpretación del artículo 385 inciso 2 del CPC –que por cierto valga para todos, no para algunos-, ese papel podrá ser cumplido más adelante.

Cuando se plantea la excepción respectiva en el proceso civil se quiere evitar el proceso que conduce al segundo pronunciamiento. Pero si la excepción se desestima y no se puede eludir la emisión del (posible) segundo pronunciamiento sobre lo mismo, se puede evitar la consumación de su (probable) violación impugnando para su casación la sentencia que sobre el fondo se pronuncie.

¿HACIA DONDE VAMOS? REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Estoy convencido de que, de la lectura de las piezas procesales de este caso, uno queda profundamente insatisfecho. Se percibe la sensación de que nuestras leyes son injustas; pero, en verdad, nuestros operadores jurídicos son los responsables: el que hizo la ley, el que la aplicó, el que se las enseñó a los dos anteriores, por citar solo a tres de ellos. Los jueces, en no pocas ocasiones, se encuentran en el dilema de obedecer las leyes (aunque injustas) o ir más allá de ellas. Lamentablemente, el fantasma del prevaricato hace que estos operadores jurídicos elijan la (cómoda) primera opción.

Sin embargo, cuando los mismos jueces pretenden proponer una nueva interpretación de los modelos jurídicos circulantes, como en este caso, cometen errores e imprecisiones. En verdad, se puede constatar que actúan con mayor intuición, en vez de razonamiento jurídico.

La moderna doctrina procesal en materia de familia recomienda al juez superar su tradicional carácter de "tercero" equidistante e imparcial con respecto a las partes, para asumir una función de garantía, de "promoción" de los intereses de la parte débil representada por el menor, que han de prevalecer incluso sacrificando, si fuere necesario, los derechos mismos de los otros sujetos".

En buena cuenta, el juez es despojado de su papel tradicional de mero decisor de conflictos, atribuyéndosele el papel de "acompañante", "protector", "administrador", con funciones que se asemejan a la de un consejero y mediador, que debe procurar la tutela de los intereses que merecen una protección privilegiada. La actividad jurisdiccional es entonces investida de un carácter teleológico, en el sentido de que para resolver los intereses en conflicto sometidos a su decisión, no puede dejar de proyectarse hacia el futuro.

Respecto a la arbitraria decisión de la Corte Suprema, al resolver la queja presentada por la denegatoria de la casación, simplemente constato que en este último caso, se fuerza aparatosamente el artículo 385 numeral 2 del CPC, y aquí no hay un interés del menor a proteger.

Si los vocales supremos quieren ser consecuentes con su decisión, van a abrir peligrosamente una puerta para que se interpongan recursos de casación por cualquier auto expedido por las Cortes Superiores que no pone fin al proceso en función “a la naturaleza de la decisión cuestionada y a las infracciones en que habría incurrido” el órgano inferior. Si me dan a elegir; prefiero que los jueces fueren las normas en beneficio del interés del menor y no en el padre, sobre todo, si se trata del Presidente de la República.

(19)

Y respecto de la cosa juzgada en el caso concreto que hay que decir: ¿Es el mismo *petitum*? ¿Es la misma *causa petendi*? ¿La ley 27048 introdujo una nueva causal para declarar la filiación o simplemente introdujo una prueba? La primera instancia se centró en una argumentación jurídica impecable (pero injusta), al declarar fundada la excepción de cosa juzgada, basándose en el Pleno Jurisdiccional de Familia realizado en Lima en enero del 2000, advirtiéndole que: “el ADN debe ser considerado como prueba de carácter pericial, porque es un mecanismo mediante el cual se va a lograr la certeza de la filiación, y que el ADN no puede ser considerado como causal, porque lo que aporta al proceso es la pericia biológica, la certeza científica”; mientras que la segunda instancia ha tenido una fundamentación jurídica cuestionable; pero justa, al revocar la resolución que declara fundada la excepción de cosa juzgada y reformándola declara infundada dicha excepción; ¿Cuál preferir? Me quedo con la segunda opción. ¿Porqué? Debido a que se basa en el “interés superior del menor”.

(19) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “**El interés superior del menor frente al interés superior del Presidente**”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 8, N° 47, Gaceta Jurídica Editores S. A., Agosto 2002, Págs. 38 - 40 .

Por ahora, citando a COUTURE, solo diré que “los problemas de filiación constituyen, en último término, problemas de derecho probatorio. La ley no reclama una demostración biológica de la paternidad. Es bien probable que el día en que la ciencia pueda dar a este respecto una contestación afirmativa en lugar de una puramente negativa que da hasta ahora, el proceso de filiación se limite a requerir esa prueba en vida del padre y del hijo; pero hasta tanto esa prueba científica no llegue a nuestro alcance, el proceso filiación es un proceso de prueba; de prueba de los extremos requeridos por la ley. (20)

(20) COUTURE, Eduardo. **“La prueba de la filiación natural. El precepto nomen, tractatus, fama”**, en Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Tercera Edición, Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1979, Pág. 414 .