

# Breves notas sobre la determinación de la paternidad matrimonial

## Comentarios al Artículo 361 del Código Civil

**Oreste Gherson Roca Mendoza**

Asistente de Docencia de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
Miembro de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia  
Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán

**Jairo Cieza Mora**

Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Privada San Juan Bautista  
Adjunto de Docencia de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú  
Jefe de la Área Legal del Club Universitario de Deportes

### 1. Filiación

La filiación más que una institución jurídica, es una institución social en la que emergen un sin número de relaciones personales y patrimoniales que ha trascendido en el tiempo. Es, entre todas las relaciones parentales la más importante y la de mayor jerarquía. Deriva del latín *filius*: hijo y es entendida como la relación jurídica parental yacente entre el hijo y su padre (o madre); es decir un vínculo jurídico que conecta a dos situaciones jurídicas subjetivas: la del hijo y la del padre. También se podría decir que es la “relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y la otra la madre de la primera”<sup>1</sup>. Mediante la filiación los padres se vinculan jurídicamente con sus hijos cumpliendo con satisfacer sus necesidades y requerimientos, asistiéndolos, protegiéndolos, y representándolos. La relación paterno-filial; es por ello, un complejo de relaciones familiares entre padres e hijos dándose la denominada autoridad paternal que obedece a la obligación que tienen los padres en la formación de sus hijos<sup>2</sup>.

La filiación es una forma de estado de familia, de allí que se diga que la filiación implica un triple estado<sup>3</sup>:

- Estado jurídico.- Asignado por la ley a una persona, deducida de la relación natural de la procreación que la liga con otra.
- Estado social.- En cuanto se tiene respecto a otra u otras personas.
- Estado civil.- Implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y la sociedad.

Es necesario mencionar que el concebir un hijo no te hace padre aún, sino que este cambio de estado se dará con el nacimiento del niño, por lo que antes se esta en una situación de expectativa, entendida como una situación jurídica de ventaja inactiva, que se caracteriza como posición de interés inicial, jurídicamente reconocido como tal, pero con miras a su evolución posterior hacia una situación final. Su realización depende de un

---

<sup>1</sup> ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil Español, 7ma. Edición, Volumen IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, Pág. 338.

<sup>2</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Patria potestad, coparentabilidad y otras instituciones afines. En: Normas Legales, Tomo 292, Septiembre, Lima, 2000, Pág. A-103.

<sup>3</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho Genético, 4ta. Edición, Editorial Grijley, Lima, 2001, Pág. 192.

evento que consista en un hecho natural o en uno humano, (en este caso depende de los dos), es siempre un factor externo con respecto a la estructura interna de la situación<sup>4</sup>

## 2. Clases y efectos

Sus fuentes básicas son de las más diversas: matrimonio, reconocimiento, sentencia judicial de filiación, adopción (que también se declara mediante sentencia), por ello de acuerdo a la calidad del hijo existe:

- Filiación matrimonial
- Filiación extramatrimonial
- Filiación adoptiva

La filiación produce efectos a nivel de derechos patrimoniales (derechos sucesorios y alimentarios) y derechos extramatrimoniales (que son los derechos personales)

La disposición sobre la filiación y otros institutos afines regulados en el Código Civil, se puede decir que han sido derogados (rectius: abrogados) por posteriores disposiciones como el Código de los Niños y Adolescentes, la Constitución de 1993 y los Tratados Internacionales sobre la materia.<sup>5</sup>

La filiación nos conlleva a determinar la paternidad para establecer el vínculo. Esto es un hecho de permanente preocupación para el derecho, desde tiempos antiguos. Es por este motivo que se argumentaron las presunciones de paternidad a efectos de lograr un establecimiento legal a falta de presupuestos biológicos que la consoliden,<sup>6</sup> o lo innecesario y costoso de estos. Por ello, la filiación se ocupa de los problemas derivados de la reproducción. Y las presunciones creadas por el derecho para la justificación de una investigación de la paternidad resultan medidas buenas [para una época determinada].

## 3. Presunción de la paternidad matrimonial

De ahí, que el legislador ha recogido la presunción de paternidad en el matrimonio: “pater is est quem nuptiae demostrant” (art. 361), que se apoya en el periodo de la concepción y gestación que toma sus fuentes en el derecho romano. (DIGESTO, Lib. II. Tit. IV, ley 5), aunque se remonta hasta el Código de Hammurabi, las leyes del Manu, en el derecho hebreo. Su fuerza, efectividad y trascendencia fue tal que paso al derecho canónico medieval, glosadores y postglosadores, derecho intermedio hasta los códigos más modernos.<sup>7</sup> A través del tiempo como ahora se entiende a esta presunción como que los hijos concebidos o nacidos durante la vigencia del matrimonio o a 300 días siguientes a su disolución, serán atribuidos al marido de la mujer que los parió. Ahora. ¿por qué la

---

<sup>4</sup> BIGLIAZZI, Lina; BRECCIA, Umberto; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco. Derecho Civil, Tomo I, Volumen I. Normas, Sujetos y Relación Jurídica. Traducción de Fernandez Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, Pág. 421. También en ese sentido: GAZZONI, Francesco. Manuale di Diritto Privato. Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 1999, Pág. 70.

<sup>5</sup> Quisieron renovar posteriormente el Código Civil, introduciéndose las pruebas biológicas (pruebas de ADN). Con ello no se ha hecho que permanezca un sistema social, ni biológico, ni mixto, sino un sistema parcial, donde se puede demandar por cualquier de los sistemas anteriores, por lo que se ha hecho es empeorar aun más la situación.

<sup>6</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y SIVERINO BAVIO, Paula. Filiación matrimonial. Comentarios al Art. 361 del Código Civil. En Código Civil Comentado por los 209 mejores especialistas en materia civil, 2da Edición, Gaceta Jurídica, 2007, Págs. 458.

<sup>7</sup> Ibid, Pág. 459

vinculación paterna se deduce de la maternidad de la cónyuge?. Es porque se presupone dos hechos derivados de deberes personales: En primer lugar. Que la esposa ha mantenido relaciones íntimas con su marido (deber de cohabitar, de hacer vida en común) y, en segundo lugar, que solo las ha mantenido con su marido.(deber de fidelidad)<sup>8</sup>

De lo anterior, se puede establecer que los requisitos para obtener tal presunción son:

- Filiación materna acreditada, lo que sería de fácil demostración si tomamos en cuenta el parto.
- Matrimonio válido o inválido de buena fe de ambos (matrimonio putativo) entre la madre y el marido.
- Nacimiento durante el matrimonio y antes de transcurridos 300 días de su disolución.

Como se advierte el régimen legal de la filiación otorga protección preferente a la reproducción protagonizada por las parejas estables institucionalizadas por el matrimonio. Esto responde a la concepción de familia del Código Civil: la familia matrimonial; ello no se contradice con el principio de igualdad de derechos de los hijos, pues este se refiere a los efectos jurídicos derivados de la determinación de la filiación.

Nuestro código es rígido al no establecer excepciones al respecto perfectamente validos. Por ejemplo si los cónyuges están preparados legalmente la presunción debería romperse pero no es así. Fuera de ello, establecer este tipo de presunción ayuda a reducir los costos de transacción (imaginemos que cada vez que se tenga un hijo hay que realizar pruebas de ADN para imputar la condición de padre, con los costoso que son esas pruebas).

Esta presunción es *iuris tantum*, (no opera de carácter absoluto), por lo que admite prueba en contrario y es plausible de ser impugnada correspondiendo la legitimación activa al marido y sus herederos y ascendientes, mas no la mujer, el hijo ni un tercero. (por ejemplo, el verdadero progenitor). Sobre ello, compartimos la opinión de PLACIDO VILCACHAGUA que "no es posible sostener que el ejercicio del derecho del hijo a conocer a sus padres esté supeditado al ejercicio previo del derecho del marido a impugnar su paternidad". Indicábamos que "resulta evidente el legítimo interés del hijo en conocer a sus padres" y que, "si bien en la norma legal no se le confería expresamente la legitimación activa, tampoco se le prohibía; en tal sentido, entonces, el hijo puede impugnar la paternidad matrimonial"<sup>9</sup> esto, se da a nivel comparado en la mayoría de las legislaciones como el *Codice Civile* italiano, en su artículo N° 235, que da legitimidad tanto a la madre, al hijo y al curador.<sup>10</sup>

En cuanto al cómputo, si es que se incluye los *dies a quo* (se dice del día que empieza a computarse un plazo) o los *dies a quem* (día en que concluye un plazo, el de su

---

<sup>8</sup> MONGE TALAVERA, Luz. Comentarios al Art. 362 del Código Civil. En Código Civil Comentado por los 209 mejores especialistas en materia civil, 2da edición, Gaceta Jurídica, 2007, Págs. 467.

<sup>9</sup> PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F. Filiaciones incompatibles. En, Suplemento "Derecho y Economía" del Diario Oficial "El Peruano". Edición del 29 de Marzo de 1994, p. B-10. También en: El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor -o de los herederos de éste- en la investigación de la filiación. <http://dike.pucp.edu.pe>

<sup>10</sup> RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato Italiano, 11 Edizione, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1997, Pág. 437.

vencimiento), nuestro código establece que el computo es de días calendarios u no horarios, además, los 300 días excluyen el día mismo de la disolución, *dies a quo* (art. 361) y los primeros 121 días de los 300 anteriores al día del nacimiento del hijo, excluyen el día de nacimiento *dies a quem* (art. 363, inciso.2).<sup>11</sup>

#### **4. A manera de conclusión**

La presunción *pater est*, pertenece a una época determinada, hoy el mundo a cambiado de manera vertiginosa, relativizando esta máxima, que deberá actualizarse a las relaciones sociales de hoy. Se trata de presupuestos biológicos que exigen, en cada caso, una correlativa concordancia con el vínculo jurídico que instrumentan. Además, la ley debe presumir lo posible, entendiendo como tal, lo fácticamente verosímil. En caso contrario, la ley entra en el ámbito de lo absurdo<sup>12</sup>. Esto, necesariamente tomando en cuenta las situaciones tan complejas que atraviesa la presunción *pater est*: identidad genética, (inclinando la balanza a la verdad biológica sobre la verdad legal), técnicas de reproducción asistida, etc.

---

<sup>11</sup> CORNEJO CHAVEZ. Héctor. Derecho Familiar Peruano, Tomo II, 8ta. Edición, Librería Studium, Lima., 1991.

<sup>12</sup> BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Régimen legal de filiación y de la patria potestad. 2da. Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1987.