

8.º Que equivale á la *celebración del matrimonio*, para computar desde el día en que tenga lugar el término de la *presunción de legitimidad* por nacimiento de hijos después de los ciento ochenta siguientes al en que se verifique la *reconciliación* de los cónyuges que sostienen pleito de divorcio ó han sido objeto de sentencia en el mismo, debiendo contarse como día de la reconciliación, para derivar de él la *presunción* indicada en favor de la prole que sobrevenga dentro de aquel término legal, el en que los cónyuges hubieran puesto en conocimiento del Tribunal que entienda ó haya entendido en el litigio dicha reconciliación; y si este requisito se hubiera omitido ó retrasado, no obstante haber vuelto á la vida común en fecha anterior á la práctica de esa formalidad, aquel que resulte de la prueba del día en que tuvo lugar la reconciliación *efectiva* de los cónyuges.

Antes se ha dicho que la *legitimidad* de los hijos es una *presunción iuris tantum*, que admite prueba en contrario; pero sólo *una prueba específica*. Esta *condición* en la prueba se refiere al *fin y resultado* de la misma, no á sus *medios*, y consiste en «la *imposibilidad física* del marido para tener acceso con su mujer en los primeros *ciento veinte días* de los *trescientos* que han precedido al nacimiento del hijo».

Dados los términos generales del Código en este pasaje, siempre que se ofrezca en la prueba este resultado de demostración negativa del acceso del marido con la mujer por *imposibilidad física*, quedará destruida la *presunción de legitimidad* del hijo, aunque no sea dentro de los plazos de tiempo y en las otras condiciones de presunta legitimidad que señala el párrafo primero del mismo art. 108. No importa que sea la ausencia, ni la impotencia, ni otra causa alguna, la que determine el resultado de la justificación de esa *imposibilidad física* del marido para tener acceso con su mujer durante aquel período de la *presunción legal*, con tal que ese resultado sea *evidente*, según las pruebas que se aduzcan y la apreciación que de ellas hagan los Tribunales.

Sala. Si el matrimonio produce la presunción de legitimidad de los hijos, es por razón de las condiciones en que tienen que vivir los cónyuges, y sin estas condiciones falta ya la razón de la presunción. Siendo la principal la obligación de vivir juntos, y deduciéndose de este género de vida todas las consecuencias que son inherentes al mismo, si queda en suspenso dicha condición, y no sólo queda en suspenso, sino que se hace real y efectiva la separación con el depósito de la mujer, es lógico y racionalmente imposible mantener la presunción de legitimidad de los hijos que nazcan en esta situación, si el marido no la sanciona con su aquiescencia ó al menos con su silencio, dando así á entender que ha podido ser aquella quebrantada, que es lo que á su vez pueden justificar la madre y el hijo; y como esta situación real y de hecho es igual, ya resulte del depósito de la mujer, ya de la libertad en que queda después de acordado su divorcio, como existe la misma razón sin diferencia alguna para aplicar en uno y otro caso el precepto de la ley, cuyos términos son además claros y precisos, refiriéndose disyuntivamente al caso de separación legal, además del caso de disolución del matrimonio, y como separación perfectamente legal es la que se constituye sacando á la mujer de casa de su marido para apartarla de él y depositarla judicialmente, todo esto tuvo en consideración el Tribunal para resolver el caso é interpretar el artículo de la ley en el sentido que queda expuesto.»

El mismo motivo de diferencia de raza, bien posible, no es, según el tenor del Código, motivo legal bastante para que, por ejemplo, el hijo de marido y mujer blancos, nacido mulato, excluya la paternidad del primero y pierda su filiación legítima, sin que por eso quepa desconocer que pocos casos como éste ofrecerían motivos más reales para destruir aquella presunción, incorporando ó no á esos supuestos algún otro género de justificación complementaria. Sin embargo, es indudable que el texto del Código no lo consiente, y que el pensamiento con que se redactó excluye la idea de la eficacia de semejante hipótesis, como contraria á toda presunción de legitimidad, siendo en este punto terminante el tenor del artículo siguiente 109, que á continuación se explica, inspirado en igual criterio acerca de las condiciones de la presunción de legitimidad, antes expuesto, al explicar el primer párrafo del art. 108.

Esta *imposibilidad física* del marido para tener acceso con su mujer ha de referirse á los *primeros ciento veinte días* de los *trescientos* que hubieran precedido al nacimiento del hijo, porque, descontados aquéllos de éstos, dicho hijo nacería *dentro* de los *ciento ochenta días* restantes y *fuera* de la presunción de legitimidad que establece el párrafo primero de este art. 108, reputando *legítimos* los hijos nacidos *después* de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio. Otro artículo posterior, el 110, determina, sin embargo, la manera de presumir tal legitimidad, siempre que concurra alguna de las tres circunstancias que en el mismo se contienen y que á continuación (1) se explican, si bien no estableciendo hipótesis alguna permisiva de que la mujer ó el hijo nacido *dentro* de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio puedan tener derecho á justificar en este caso la paternidad del marido.

Esta omisión es tanto más extraña, cuanto que ese derecho se reconoce á la madre y al hijo por el art. 111 para justificar dicha paternidad del marido respecto «del hijo nacido *después* de transcurridos *trescientos días* de la *disolución* del matrimonio ó de la *separación* legal efectiva de los cónyuges» y cuando no es imposible la existencia de relación carnal y concepción de la mujer *antes* de la celebración del matrimonio, celebrado éste y nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes, falten, sin embargo, por parte del marido, cualquiera de las tres circunstancias del art. 110, que fuera de la primera—que es la de haber sabido el marido antes de casarse el embarazo de su mujer, no siendo que cupiera alguna demostración de ese estado de conocimiento de dicho embarazo, por el que luego fué su marido, antes de serlo,—las otras dos dependen de la voluntad del marido y no pueden ser suplidas por actos de la mujer ni del hijo nacido en esas condiciones, el cual puede verse privado de la *legitimidad* si el padre no ha dado lugar á que se cumpla ninguna de aquellas circunstancias de las que se deriva tal presunción de legitimidad para el hijo en este caso de

(1) En el número siguiente.

nacer *dentro* de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, y no *después*.

La prueba de la *imposibilidad física* del marido para tener acceso con su mujer, como *único* medio de destruir la presunción de legitimidad del hijo nacido después de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio y antes de los trescientos siguientes á su disolución ó á la separación de los cónyuges, sólo podrán utilizarla el marido y sus herederos para *desconocer* la legitimidad del hijo ó para *impugnarla* en los casos y con arreglo á las prescripciones de los artículos 111 y 112, complementarios del 108.

11. El nacimiento de hijos dentro de los trescientos días siguientes al de la disolución del matrimonio, cuando ésta tiene lugar por muerte del marido, es causa de la *postumidad* en sentido *especial*; es decir, en relación á la imputación de una paternidad determinada del padre premuerto á aquel nacimiento de hijos, con sus aplicaciones á la *legitimidad* de la *filiación* y á los derechos que son resultado de la misma (1); que no son otros que los que corresponden á los hijos legítimos, ya en el orden familiar, ya en el sucesorio ó hereditario (2).

Copiado íntegramente el art. 109 del Código, del art. 57 de la ley de Matrimonio civil, entre las razones que le inspiraron, según su preámbulo (3), hay una fundamental, sobre todo, que es la de que la mujer que comete el adulterio no es imposible, sino probable, que haya tenido cópula con el amante y con el marido, y hasta su propio testimonio debe reputarse insuficiente para determinar el momento en que se verificó tal concepción. Con una base de tal incertidumbre no resulta justo, moral ni posible privar de la *legitimidad* al hijo, ni porque la madre hubiera declarado contra dicha legitimidad, ni porque hubiese sido condenada como adúltera (4); pero esta disposición del art. 109 ha de entenderse integrada en el anterior, 108, para dos efectos: 1.º, para el de entender que tal hijo no puede ser otro que el nacido dentro de las condiciones de legitimidad por razón del *tiempo*, que fija el párrafo primero del art. 108, únicas que pueden servir de fundamento en tal supuesto de adulterio; y 2.º, que, por consiguiente, le será aplicable el segundo párrafo del mismo art. 108 á los efectos de que contra esa presunción se admita la prueba de la *imposibilidad física* del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos

(1) El concepto legal de *póstumo* queda determinado en el núm. 17, cap. 6.º, t. II, 2.ª edic.

(2) De estos últimos se trata en el t. V de la 1.ª edic. y VI de la 2.ª

(3) Dice así: «El misterio en que se envuelve la generación, misterio que la misma madre no puede penetrar; el peligro de que el marido, ofendido en su honra, pudiera abusar de la debilidad de su mujer culpable, arrancándole una confesión que no se podría saber si tenía de verdadera más que el reconocimiento de la falta cometida, y el derecho sagrado del inocente hijo, cuyo estado civil no debe hallarse á merced de las pasiones de sus padres, son las razones que justifican la disposición del proyecto.»

(4) Según le definen, determinan á quién corresponde la acción y señalan la pena, los arts. 448 á 450 del Código penal.

que hubiesen precedido al nacimiento del hijo. Confírmalo, también, la doctrina general del art. 1.251 (1), al decir que las presunciones establecidas por la ley—y ésta del art. 109 es una—pueden destruirse por la prueba en contrario, «excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba», lo cual no ocurre aquí.

Aceptado este criterio absoluto por el Código, y cualquiera que sea el valor moral y legal indiciario que se atribuya por algún otro extranjero (2) al caso de que se haya ocultado el embarazo de la mujer ó el nacimiento del hijo, no cabe hacer de estas circunstancias de mera inducción de que la mujer sospeche que aquella prole es adulterina, porque de otro modo no ocultaría su estado ó el nacimiento de la misma, motivo bastante para desviarse del sistema; ni en tal hipótesis cabe reconocer al marido ó á sus herederos el derecho de utilizar otro género de prueba contra la legitimidad del hijo, que no se les admite sin esa circunstancia, la cual no es garantía bastante para cambiar de criterio y atribuir á un hecho, inductivo de un estado de juicio ó de sospecha de la mujer, un valor que se niega á la misma declaración que ella haga contra la legitimidad del hijo. Es más lógico nuestro Código no reconociendo al hecho de la ocultación del nacimiento semejantes efectos, y si sólo los que le atribuye el segundo párrafo del art. 113, en cuanto á la fijación del plazo de *tres* ó de *seis meses*, según que el marido ó sus herederos, que hayan de impugnar la legitimidad del hijo, residieran en España ó fuera de ella, mandando que dicho término se empiece á contar desde que se descubriera el fraude «cuando se hubiera ocultado el nacimiento del hijo».

De la *explicación* hecha hasta ahora de los artículos 108 y 109, resulta que para el Código la *legitimidad* en la relación de *paternidad* y *filiación* constituye una *presunción de Derecho*, dadas ciertas condiciones que se refieren al supuesto de lo que pudiera llamarse *viabilidad jurídica* en la prole (3), *presunción* que se destruye mediante una sola prueba *específica*, la de la *imposibilidad física* del marido para tener acceso con su mujer en los *primeros ciento veinte días* de los *trescientos* que hubiesen precedido al nacimiento del hijo, y sin que contra tal presunción de legitimidad tenga fuerza alguna, ni la declaración contraria de la madre, ni su condenación como adúltera.

Esta es la *regla general* civil, en que la legitimidad de la relación de *filiación* y *paternidad* se funda; pero no es el único medio que el Código admite para llegar á la conclusión de dicha *legitimidad* en la expresada relación paterno-filial. Los artículos 110 y 111 amplían, *por excepción*, y mediante circunstancias *positivas* ó *negativas*, la llamada *presunción*

(1) Explicado en el núm. 27, cap. 3.º, t. II, 2.ª edic.

(2) Arts. 313 y 316, Cód. civ. francés.

(3) Entendiéndose por tal la hipótesis que el Derecho establece acerca de la completa gestación de una prole procedente de una relación conyugal en armonía con la posibilidad natural, según las doctrinas científicas más generalmente admitidas en cuanto al término mínimo y máximo que ha de mediar entre la concepción y el nacimiento.

de *legitimidad* de los hijos ó los casos en que pueden y deben reputarse *legítimos*, aunque no se hallen comprendidos dentro de los supuestos de aquella *regla general* de los artículos 108 y 109.

La tendencia del Código no es extraña; á la ley importa ampliar cuanto sea posible, dentro de racional base, los supuestos de la *legitimidad* en la relación paterno-filial, y desde este punto de vista, tales artículos 110 y 111 han de entenderse como *complementarios* de la regla general de dicha legitimidad ó como *adición, por excepción*, de la misma. Por eso el art. 110, empleando con más ó menos propiedad el verbo *presumir*, cuando realmente no se trata de una *presunción de Derecho* propiamente tal, sino de una *consideración* que el Derecho otorga de *legítimo* al hijo nacido en determinadas circunstancias, además de la regla general de *legitimidad* que atribuye al supuesto del nacimiento dentro de un tiempo normal por el art. 108, quiere decir, sin duda, que se reputará también *legítimo* el hijo nacido en diferentes condiciones de las del 108, pero cuando concurren aquellas circunstancias.

La diferencia de condición refiérese á la del *tiempo*, comparado con el tipo normal del mismo, que para la regla general de *legitimidad* de los hijos establece el art. 108 y sirve para otorgar la consideración de *legítimos* á los hijos, á pesar de nacer *dentro*, y no *después*, de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, según el art. 110, y *después* de transcurridos, y no *antes*, los trescientos días siguientes á su disolución ó á la separación legal efectiva de los cónyuges, según el art. 111; que son las dos *adiciones* que, *por excepción*, vienen á *integrar* la *regla legal* de *legitimidad* de la relación paterno-filial, incorporándolas á la general del 108.

No basta el tiempo, como en el caso de la *regla general* del art. 108, sino que aquí la *presunción de legitimidad* se produce por razón de *algunas* circunstancias *positivas* ó *negativas*.

Son *positivas* las á que se refiere el art. 110, produciendo, mediante el cumplimiento de cualquiera de ellas, la *legitimidad* de la prole nacida *antes*, y no *después*, de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio; y son *negativas* las del 111, que producen dicha *legitimidad* para los hijos nacidos *después* de transcurridos, y no *antes*, los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio ó á la separación legal efectiva de los cónyuges. Redúcense á no usar el marido ó sus herederos del derecho á *desconocer* la legitimidad del hijo nacido en aquellas circunstancias, á no ser que de la prueba en contrario, que pueden ofrecer el hijo y su madre, resultara justificada la paternidad del marido.

En *explicación* más concreta del art. 110, que se refiere á dichas condiciones *positivas* para *presumir*, ó mejor, *reputar legítimo* el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, puede decirse respecto de cada una de ellas lo siguiente:

1.<sup>a</sup> «*Haber sabido el marido, antes de casarse, el embarazo de su mujer.*» El marido ha de haber sabido el embarazo de su mujer necesari-

riamente *antes de casarse*, y toda prueba fuera de este preciso término impediría la *legitimidad* del hijo nacido *dentro* de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio; de modo, que de nada serviría probar que el marido había sabido el embarazo de su mujer *después de casarse*, aunque fuera *antes del nacimiento* del hijo: supuesto para el cual la legitimidad no podría sobrevenir por la aplicación de la circunstancia primera del art. 110, sino por alguna de las otras dos. La ley relaciona el hecho del conocimiento del embarazo de la mujer por parte del marido, *antes* de haberse casado, con el hecho de casarse, y de la relación de ambos deduce la intención de querer se le repute *padre* de aquella prole en gestación al tiempo de contraer matrimonio, y por eso es indispensable que la prueba sea específicamente dirigida á acreditar que el marido *sabía* el embarazo de su mujer *antes de casarse*. Relaciones carnales antes de unirse en matrimonio, ó tal vez, en algún caso, sentimientos de hidalga abnegación para evitar el deshonor de la mujer amada, explican cuáles pueden ser las causas, algo excepcionales, pero humanas, que den ocasión en la realidad á la aplicación de esta regla del Código.

La prueba la determina la confesión voluntaria del marido, judicial ó extrajudicial, que no hay manera de rechazar, ni aun de pedirle razón de su dicho; y en el caso de guardar silencio éste ó de contradecir semejante imputación, corresponde á la madre y al hijo nacido acreditarla por los medios generales de prueba, según la estimación que de ellos haga la crítica de los Tribunales. Y dicho se está que, en punto tan delicado como éste, han de extremar aquéllos las garantías de prudencia y circunspección en que inspiren su juicio.

Es de notar que no se deduce de este precepto del Código, ni de ningún otro, que el derecho de intentar esta prueba pueda corresponder á los herederos de la mujer en el caso, por ejemplo, de que los hechos se desarrollaran del modo siguiente: celebración del matrimonio; muerte del marido, más ó menos próxima á esta fecha, pero dentro de los ciento ochenta días siguientes á su celebración; nacimiento sucesivo de un hijo, dado á luz por la viuda dentro de ese mismo plazo de ciento ochenta días; y fallecimiento posterior, primero del hijo, y después de la madre. En el ejemplo de un caso semejante es indudable que el hijo nacido dentro de esos ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio no puede considerarse *legítimo*, y *a sensu contrario* se presume *ilegítimo* en virtud de la *regla general* del art. 108; no puede ser *legítimo*, tampoco, por razón de las circunstancias segunda y tercera del 110, porque el padre premuerto, ni puede «haber consentido, *estando presente*, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo», ni, á partir de este nacimiento, «haberlo reconocido como suyo, expresa ó tácitamente», puesto que premurió.

La única manera de que este hijo, nacido *después* de muerto el padre, y *dentro* de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, fuera *legítimo*, sería por la circunstancia primera del art. 110 ó

sea, por la prueba que se hiciera de «haber sabido el marido, antes de casarse, el embarazo de su mujer». El art. 110 nada dice acerca de quién tendrá el derecho de probar semejante circunstancia *primera*, cuya prueba puede producir la *legitimidad* del hijo, mientras que el art. 111 establece que sólo éste y su madre tendrán derecho á justificar la paternidad del marido respecto de los hijos nacidos *después* de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio ó de la separación legal efectiva de los cónyuges; á la vez que dichos arts. 111 y 112 dan derecho á *impugnar* la legitimidad del hijo nacido fuera de las condiciones de tiempo normal, aunque con más ó menos restricciones, al marido y sus herederos. Ninguno de ellos proclama este derecho respecto de los herederos de la mujer, cuando es muy posible que, como en el caso propuesto, pudieran tener un interés digno de respeto en provocar la declaración de *legitimidad* del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio. Premuerto el padre á dicho nacimiento y muerto inmediatamente después el hijo nacido, que como *póstumo* heredaba á aquél, en el caso de reputarse *legítimo* y seguida, su muerte de la de la madre, que entonces heredaría al hijo, y con esto la herencia que el mismo hubiera recibido del padre, es indudable que los herederos de la mujer y madre, según que prosperara ó no esa declaración de *legitimidad*, heredarían á su vez ó no los mismos bienes del padre á través de todas estas sucesiones; sin perjuicio de las aplicaciones que á caso semejante pudiera tener el derecho de *reserva* establecido en el art. 811 (1).

Cierto es que el art. 110 se limita á mencionar las tres circunstancias, por virtud de las cuales pueden reputarse *legítimos* los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, sin que atribuya el derecho ó la obligación de la prueba á nadie determinadamente, ni, por tanto, pueda decirse que priva de aquel derecho á los herederos de la madre, interesados en acreditar la circunstancia primera cuando se trata de un caso como el del ejemplo propuesto; pero de los artículos siguientes 111 y 112, en los que sólo se habla del hijo y de su madre para reconocerles el derecho de justificar la paternidad del marido, y de éste ó sus herederos para *impugnarla*, aun cuando ambos artículos se refieren al supuesto de un hijo nacido *después* de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio ó de la separación legal efectiva de los cónyuges, resulta virtualmente un criterio de *restricción*, que hace por lo menos dudoso si el Código no ha querido atribuir el derecho de justificar la paternidad del marido más que á la madre y al hijo, y no á sus herederos, puesto que no habla de ellos, mientras menciona expresamente á los herederos del marido, y si tal criterio deberá ser extensivo al caso de la circunstancia primera del artículo 110.

Á pesar de este resultado dudoso para la interpretación, comparando

(1) Explicado en los núms. 117 á 161, cap. 15, t. VI, 2.<sup>a</sup> edic.

esos artículos, que en diferentes supuestos se refieren á la materia de la *legitimidad* del hijo nacido fuera de los tipos legales normales de tiempo, por la prueba ó impugnación de las circunstancias que sirven para determinar la *legitimidad* ó la *ilegitimidad*, es de creer que, dado el silencio y generalidad de dicho art. 110, en casos como el propuesto y por lo que se refiere á su circunstancia primera, podrían intentar la prueba de la *legitimidad* del hijo con la justificación del hecho de *haber sabido el marido antes de casarse el embarazo de su mujer*, lo mismo el hijo y la madre, que los herederos de ambos.

2.<sup>a</sup> «*Haber consentido*—el marido,—*estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiera dado á luz.*» Esa partida de nacimiento no deberá ser otra que el acta de nacimiento extendida en el Registro civil, que es la prueba normal de la filiación á que se refiere el art. 115; pero también, según este artículo, la filiación puede acreditarse por *documento auténtico*, y esta circunstancia, unida á la de la frase, algo ambigua, de *partida de nacimiento*, hace entender que se cumplirá la condición *segunda* del art. 110 para probar la *legitimidad* de los hijos, lo mismo cuando el marido consienta, estando presente, que se ponga su apellido en el acta de nacimiento del Registro civil, que en la partida sacramental del bautismo, ya que, como hecho de inducción, debe tener igual fuerza moral para engendrar la presunción de legitimidad en ambos casos.

Ahora bien; el marido de la mujer casada que da á luz un hijo *dentro* de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, puede, en relación con la circunstancia segunda del art. 110, ofrecerse en estas tres situaciones: primera, estar presente al acto de extenderse la partida de nacimiento y *consentir* que se ponga su apellido al hijo nacido en esas condiciones de tiempo; segunda, oponerse á que esto se verifique; y tercera, no haber estado presente, y en este caso *impugnar* ó no la legitimidad del hijo, haciendo uso del derecho que le otorga el artículo 113, dentro de los plazos que el mismo señala.

En la primera hipótesis se cumple plenamente el supuesto de la circunstancia segunda de dicho art. 110, y el hijo deberá reputarse *legítimo*. En la segunda su simple oposición, sin necesidad de impugnación judicial, impide la *legitimidad*, y al hijo ó á sus herederos será á los que tocará en este caso utilizar la acción que les reconoce el art. 118 para reclamarla; siendo extraño que en ningún pasaje de este artículo del Código, ni en otro, se hable del derecho de la madre á sostener esa *legitimidad* con relación á tal supuesto, ya que le está reconocido en el caso de que el hijo naciera *después* de transcurridos los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio ó á la separación legal efectiva de los cónyuges, según el art. 111: de donde se deduce que habrá lugar á declarar este derecho á favor de la madre, teniendo en cuenta que la razón es igual en un caso que en otro para reconocerlo y en el criterio antes adoptado en vista de los términos del art. 110, que no atribuye ni niega expresamente el derecho de *probar* cualquiera de las tres circunstancias

en él comprendidas. En la tercera, si usa el marido su derecho de impugnar la legitimidad del hijo dentro de los términos establecidos por el artículo 113, no puede subsistir la eficacia de la presunción deducida de la prueba de la circunstancia segunda del art. 110; pero, si guarda silencio y deja transcurrir los referidos plazos del art. 113 sin *impugnar la legitimidad* del hijo, entonces resulta ésta comprobada con arreglo á la circunstancia tercera del art. 110, interpretando su silencio y la falta de ejercicio de la acción para impugnar la legitimidad como un *reconocimiento tácito*.

3.<sup>a</sup> «*Haberlo reconocido como suyo expresa ó tácitamente.*» Causas de *reconocimiento tácito* son, en realidad, los mismos supuestos de las dos circunstancias anteriores de este art. 110, lo cual significa que el Código admite, además, todos los otros medios de reconocimiento expreso ó tácito que lleve á cabo el padre por acción ú omisión (1).

(1) En la Memoria elevada al Gobierno en 1900 por el Presidente de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo se lee el siguiente pasaje:

«Una cuestión que afecta hondamente á la familia, al porvenir de los hijos, á la seguridad de su condición, á la prescripción de su posesión de estado en el concepto de hijos legítimos, fué llevada á los Tribunales y resuelta en el pasado año con un criterio distinto del que rigió y determinó el fallo de la sentencia recurrida. Constante un matrimonio, hubieron de reconocer los cónyuges á una hija habida entre los mismos antes de su matrimonio, cuando ambos eran solteros, viniendo por consecuencia de dicho reconocimiento á gozar de la condición y prerrogativas de hija legítima, como legitimada por subsiguiente matrimonio, siendo tenida por tal en el concepto de sus padres y en el de la sociedad que frecuentaban.

»Transcurren los años; nacen del mismo matrimonio otras dos niñas; ocurre la muerte del padre, y después del fallecimiento de éste, es cuando la madre, apoyándose en una declaración de su difunto consorte, hasta entonces desconocida, pretende privarla de su derecho de primogenitura, afirmando al efecto, y pretendiendo demostrar que cuando nació la niña ningunas relaciones ni conocimiento tenía con quien luego fué su esposo, y que no era consiguientemente hija de éste, aunque como tal la hubiesen reconocido. Así lo estimó la Audiencia por una serie de presunciones que no afectaban absolutamente en nada á la posibilidad física de que los presuntos padres de la niña hubieran podido engendrarla, si es que realmente no la engendraron, y sobre esta base firme, el problema jurídico planteado no fué realmente otro que el de si se puede atacar el estado de un hijo legítimo de estas condiciones, haciendo una investigación de la paternidad real de quien como tal la tuvo. Cuando de hijos nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio se trata, la ley, conforme con el común sentir de todos los pueblos en todas las épocas conocidas, está terminante; establece una presunción tan fuerte y decisiva de la legitimidad de los hijos, que no puede prevalecer contra ella ni la declaración contraria de la madre, ni el hecho de que ésta haya sido condenada como adúltera, sin admitir más prueba en contrario que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer, y esto si se ejercita la acción dentro de un término muy perentorio. El fundamento racional y filosófico en que descansa este precepto legal, es de suyo tan evidente, que no necesita comentario ni demostración, pues ni el misterio impenetrable de la generación, ni la tranquilidad de la familia consiente que las dudas se resuelvan contra los hijos por grande que sea la liviandad de la madre. Pero ¿y cuando de hijos naturales reconocidos se trata? Podrá haberse discutido y seguirse discutiendo mucho acerca de si debe prohibirse en absoluto la investigación de la paternidad, ó si debe autorizarse ésta dentro de los límites más ó menos prudentes y reducidos; razones en pro y razones en contra son expuestas por eminentes juristas, y no todas las legislaciones del

Respecto de lo primero nadá hay que decir, pues del hecho del reconocimiento resultará la prueba de éste; en cuanto á lo segundo, aunque el Código ha suprimido lo que *ad exemplum* decía la ley de Matrimonio

mundo civilizado resuelven la cuestión de idéntica manera, habiendo optado la nuestra por un término medio más bien restrictivo que amplio; mas para lo que no existen dudas ni vacilaciones, ni en las opiniones de los escritores ni en el derecho positivo, es para disputar á un hijo reconocido por su padre la cualidad de tal, si este reconocimiento recae en persona que tenga las condiciones legales para poder serlo. Claro es que un hijo adulterino ó sacrilego no puede ser reconocido como natural, y que si se hiciese, puede ser impugnado por aquellos á quienes perjudique: que también podrá ser impugnada la verdad del reconocimiento y aun la posibilidad natural y física de que haya sido habido de aquel que lo reconoció; pero fuera de casos tan excepcionales, aun cuando el derecho escrito no esté tan explícito como lo está al ocuparse de los hijos legítimos, ni de su sentido, ni de su espíritu, ni de sus preceptos, puede deducirse doctrina ninguna contraria á la subsistencia é intangibilidad del estado de estos hijos naturales. El matrimonio es la condición, es la base, es el fundamento de la presunción fortísima que la ley establece en cuanto á la legitimidad de los hijos que de él nacen, y no puede ni debe serlo menos el reconocimiento de los padres, aun cuando no estén casados, de la verdad de haber ellos procreado al hijo á quien reconocen, puesto que para este efecto dicho reconocimiento es algo más que una condición formal, es la expresión de un convencimiento inexpugnable por su naturaleza, é irrectificable por sus consecuencias, pues si debe rodearse á la familia legítima de todas las garantías imaginables para que sea debidamente respetada y no se quebranten en lo más mínimo los vínculos jurídicos y de sangre que á sus miembros unen, iguales garantías requiere la familia natural, aunque en el orden social y del derecho no produzca iguales efectos que aquélla, y esto con tanto mayor motivo, cuanto que cada vez se van estrechando más los vínculos entre los padres é hijos naturales, y teniendo en cuenta algunos derechos para los hijos ilegítimos. Pero si al reconocimiento de un hijo natural se agrega el subsiguiente matrimonio de los padres, ¿cómo se ha de imaginar siquiera la posibilidad de que pueda ser contradicho é impugnado el estado de este hijo, como no sea por la misma causa que puede determinar la acción, para impugnar la legitimidad del hijo nacido constante matrimonio? Los efectos que produce el matrimonio que entre sí celebran los padres de un hijo natural, son los mismos, exactamente los mismos, respecto del hijo, que si éste hubiere nacido después, sin más diferencia que la anterioridad del nacimiento del hijo, se subsana con el acto del reconocimiento, produciendo la legitimación así hecha, todos sus efectos, á contar desde la fecha del matrimonio, y disfrutando los legitimados de los mismos derechos que los legítimos, según precepto terminante de los arts. 122 y 123 del Código civil. No sólo no existe en la ley precepto alguno que diferencie la situación de unos y otros hijos, legítimos y legitimados, ni razón para que exista, sino todo lo contrario, ó sea la expresión de su perfecta igualdad, que obliga á atribuirles y reconocerles las mismas condiciones y garantías que aseguren su estado y tranquilidad dentro de la familia, á la par que el respeto profundo á ésta debido, sin consentir que se abra portillo alguno por donde pudiera introducirse una piqueta demoleadora que mantuviese en alarma constante á las familias y á la sociedad, y así es como se explica la presunción de legitimidad de los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, es decir, en tiempo en que los contrayentes tuvieron que procrear al hijo antes de su unión legal, cuando el marido antes de casarse conoce el estado de embarazo de su mujer, cuando consiente que se ponga su apellido en la partida de nacimiento del hijo, y cuando lo reconoce como suyo, expresa ó tácitamente, según el art. 110 del expresado Código civil. Si alguna duda pudiera haber de la importancia y trascendencia que el legislador atribuye al reconocimiento que el padre hace de su paternidad, bastarían los términos y sentido de dicho artículo para desvanecerla, porque dicho reconocimiento es la única base de la presunción en él establecida, igual á la del art. 108. Ni podía ser de otro