

civil en su art. 58, de que se entenderá que lo ha reconocido como suyo si ha dejado transcurrir *dos meses* desde el nacimiento sin hacer la reclamación, así se deduce del art. 113, que otorga el plazo de *dos meses* como normal, y los de *tres* ó *seis* como excepcionales, para ejercitar la acción dirigida á impugnar la legitimidad del hijo.

La única *antinomía* que resulta en este punto no es producto del texto del Código, sino que se deduce de la relación de éste con el art. 52 de la ley del Registro civil, declarada *subsistente* por el Código, en su artículo 332. Consiste en que la ley del Registro civil dice «que, habiendo nacido el niño en constante matrimonio ó en tiempo en que legalmente deba reputarse *nacido* dentro de él, no puede expresarse en el Registro civil declaración alguna contraria á su legitimidad mientras no lo disponga el tribunal competente en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada»; y á tenor del art. 108 del Código, «sólo los nacidos, después de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio y antes de transcurrir los trescientos después de la disolución del mismo ó separación de los cónyuges, son los que se presumen *legítimos*», gozando también de esta presunción los que, nacidos fuera de estos tipos legales de tiempo, reuniesen alguna de las tres circunstancias del artículo 110. De manera que, para la ley del Registro civil basta, y para el Código no, *nacer de constante matrimonio*, aunque no se nazca dentro de aquellos tipos normales de tiempo.

¿Cuál de los dos criterios legales habrá de imperar? Entendemos que, aunque *subsistente* la ley de Registro civil, hecha tan sólo la salvedad en el art. 332, que la considera vigente, de «que continuará rigiendo en cuanto no esté modificada por los artículos precedentes», lo cual parece quiere referirse *tan sólo* á los del título 12, libro I del Código, ó sea del 325 al 331, no es posible prescindir de la doctrina fundamental en materia de *legitimidad* establecida por los arts. 108 y siguientes, y especialmente por dicho art. 108, en relación con sus complementarios 110 y 111, cuyo texto no autoriza para la inscripción, como *legítimo*,

modo; porque, dada la imposibilidad de que, aparte la madre, pueda nadie tener certeza absoluta de la paternidad real excluyente de hipótesis contraria, por inverosímil que sea, en certezas relativas y racionales tiene que fundarse el legislador para prestar á la familia así constituida el apoyo de su autoridad con las necesarias garantías de permanencia y estabilidad. No es, pues, extraño que el caso que motiva estas observaciones llamara la atención pública y la mantuviera en expectación hasta que este Tribunal la resolvió, declarando, de conformidad con las consideraciones que dejo expuestas, que no pueden los padres rectificar el reconocimiento de sus hijos que ha producido el consiguiente estado de legitimidad para éstos, por consecuencia del matrimonio de aquéllos, y que no se puede admitir prueba alguna contra la certeza de dicha paternidad, como no tendiera á demostrar la imposibilidad física del supuesto padre para procrearlo, única que la ley admite, por ser también la única que puede producir la certeza absoluta negativa. La tranquilidad del hogar, el respeto debido á la familia, la importancia y trascendencia de los intereses por ella creados, no consiente otra solución, ni en el terreno del derecho constituyente, ni en el del constituido, sin exponer aquélla á un quebrantamiento y á una disolución fatal de más funestas consecuencias que las que puede producir el divorcio de los cónyuges.

del niño nacido simplemente en estado de constante matrimonio y cualquiera que sea el tiempo, á contar desde su celebración ó desde su disolución ó separación legal de los cónyuges, en que el nacimiento se verificara; porque lo sustantivo y posterior es el Código, y lo orgánico, adjetivo y anterior es la ley de Registro civil, no obstante resultar declarada *subsistente* por el Código en los términos indicados.

La *posibilidad legal* de la *legitimidad* en los hijos se aumenta también por *excepción adicional* á la *regla general* del art. 108, expresivo de los hijos que se presumen *legítimos* por su nacimiento dentro de los tipos normales de tiempo de la ley, en virtud de lo que antes llamamos condiciones *negativas*.

Dedúcense éstas del art. 111, y consisten en que, á pesar de nacer el hijo después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio ó de la separación legal efectiva de los cónyuges, no hayan hecho uso el marido y sus herederos del *derecho* que tienen á *desconocer* su legitimidad. En efecto: dicho art. 111 dice que el marido y sus herederos *podrán desconocer* la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio ó de la separación legal efectiva de los cónyuges; luego, cabe el supuesto de no usar de este medio negativo de dicha legitimidad, esto es, que pueden desconocerla ó no. Tal desconocimiento no necesita ser una impugnación, ni compromete al marido ni á sus herederos á la prueba del mismo; basta con *desconocer* la legitimidad del hijo nacido en esas condiciones de tiempo. Sólo en el caso de que, enfrente de este supuesto de que utilicen la facultad de desconocer la legitimidad del hijo, sobrevenga la contradicción de éste ó de su madre, usando el derecho que el mismo artículo les otorga á la justificación de la paternidad del marido, es cuando éste ó sus herederos, ante el ejercicio del derecho como demandados de la madre ó del hijo á demostrar la paternidad, estarán interesados en destruir las pruebas que en favor de esa justificación se aduzcan. La omisión del *desconocimiento*, el simple silencio ó falta de contradicción por parte del marido ó de sus herederos, de la *legitimidad* del hijo nacido en tales circunstancias, es un motivo más para que el Código en este art. 111 dé por *subsistente* la *presunción* ó, mejor, la *consideración* de *legitimidad*, á pesar de la *regla general* del 108.

Una exégesis cumplida, pero no alambicada, de dicho art. 111, demanda algunas explicaciones de carácter complementario. Por de pronto, es de notar la *incongruencia* que se observa entre los textos del 108 y del 111, diciendo el primero, simplemente, *separación*, y el segundo *separación legal efectiva*, para referirse al mismo supuesto de nacimiento *después* de transcurridos *trescientos días* de tal separación.

Ya se ha observado anteriormente que una y otra dicción en ambos artículos han de entenderse referidas, lo mismo á la separación *provisional* de que habla el núm. 1.º del art. 68, que á la *definitiva* á que se refiere el núm. 1.º del 73, como *diligencia preliminar* de las demandas de divorcio y de nulidad, el primero, y como *efecto civil* el segundo de

la sentencia que lo declare; con la cual interpretación, para concordar ambos textos, resultan incorporados tácitamente al del 108 las palabras *legal* y *efectiva* con que el 111 califica la separación, pues que ambas son *legales* y ambas deben hacerse *efectivas* por virtud de la providencia judicial ó de la sentencia definitiva.

Este parece el sentido del Código, aunque hubiera sido preferible que el texto de ambos artículos fuera en este punto idéntico; pues apreciados en su tenor literal cada uno de ellos, resulta que, según el 108, la simple separación y el nacimiento *después* de los trescientos días siguientes á ella, sin que se califique aquélla de *legal* ni de *efectiva*, deberá privar al hijo de la *presunción de legitimidad* cuando naciera después de los trescientos días siguientes á la misma, aunque tal separación no hubiera sido *legal*, sino tan sólo *real* ó *material*, si bien siempre *efectiva*, para que fuera tal *separación*.

La dificultad consiste en el calificativo de *legal* que figura en el artículo 111 y no aparece en el 108, toda vez que, según éste, parece que basta la prueba del hecho de la separación, por ejemplo, en virtud de la ausencia á Ultramar del marido y la del nacimiento durante ese período y después de los trescientos días de su marcha, de un hijo que su mujer que continúa residiendo en la Península, hubiera dado á luz, para que tal hijo se considere fuera de la presunción de legitimidad que dicho artículo 108 establece; y, por el contrario, atendido el texto del 111, en igual caso, por no deber reputarse *separación legal* aunque sí *efectiva*, este diferente domicilio, á tan larga distancia y por todo ese tiempo de los dos cónyuges, hace entender que el marido en tal caso de alumbramiento de un hijo por su mujer, en las condiciones indicadas, habrá de carecer del derecho, igual que sus herederos, de *desconocer* la legitimidad del mismo, conforme al art. 111.

Planteada la cuestión de la inteligencia de ambos artículos 108 y 111, con independencia el uno del otro, resulta:

1.º Que, según el art. 108, los hijos nacidos después de los trescientos días siguientes á la separación de los cónyuges, sea ésta de *hecho* ó sea *legal*, aunque ambas *efectivas*, puesto que dicho artículo dice tan sólo *separación*, sin calificarla de *legal* como el 111, quedan fuera de la *presunción de legitimidad*.

2.º Que sólo en el caso de que sea la separación de los cónyuges *legal* y *efectiva* (1), y sobrevenga alumbramiento de un hijo por la mujer *después* de los trescientos días de esa *separación legal*, podrán el marido y los

(1) Lo de separación *legal* y *efectiva* de que habla el art. 111, no puede tener otra explicación que la relativa á que puede haber otra separación *legal* debida á la ley, aunque decretada por el fallo judicial, que no se haya hecho aún *efectiva* por falta de ejecución de aquel fallo, y hasta la falta misma del decreto judicial, aunque para la ley fuera procedente; esto es, que es preciso, según dicho decreto, que la separación sea *real* ó *legal*, ó, lo que es lo mismo, procedente con arreglo á la ley, y que además se haya hecho *efectiva* mediante el oportuno fallo judicial que la *decrete* y la *ejecución* del mismo.

herederos *desconocer* la legitimidad de tal hijo, pero no, por consiguiente, cuando la separación sea simplemente *de hecho*, ó no *legal*. Y aun en el caso de que á esta palabra *legal* se le diera la inteligencia extensiva de suponer que se refiere á todos los casos en que la separación se produzca con arreglo á la ley, por ejemplo, por ausencia del marido á Ultramar ó al extranjero, supuesto en el que la mujer puede tener el derecho de no seguirle al nuevo domicilio, según el art. 58 del Código, siempre resultará que quedaban fuera de la prescripción del art. 111 todos los casos de separación *real* y *efectiva*, pero no *legal*, cuando el fundamento del derecho del marido y sus herederos á *desconocer* la legitimidad del hijo nacido dentro de esas condiciones de tiempo, es el mismo por lo que á la moral, á la razón y á la verdad de la filiación toca. Así es como se da lugar á que el Código, en artículos muy inmediatos, se ofrezca inspirado por criterios tan opuestos.

La única manera de concordarle en este punto, sin acudir á argumentos *extraños* á su texto, por muy racionales y decisivos que sean, parece que debe ser la de considerar que, una vez que el Código, en el artículo 108, admite contra la presunción de legitimidad del hijo nacido dentro de los tipos normales de tiempo, en los ciento ochenta á los trescientos días, la única prueba *específica* 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», igual prueba podrán aducir el marido y sus herederos para *desconocer* la legitimidad del hijo nacido *después* de transcurridos trescientos días desde la separación de los cónyuges, aunque ésta no sea *legal* y sí sólo *material*. Sería extraño que tal prueba sirviese contra la normal presunción de legitimidad, y careciera de eficacia cuando el nacido estaba ya fuera de esa presunción legal de tiempo, y su legitimidad sólo podía arrancar de *no desconocerse* por el marido ó sus herederos. Así se da á las palabras del art. 111, *separación legal* y *efectiva*, el valor literal que les corresponde; y se provee al supuesto de que la separación no sea *legal*, aunque sí *real*, con el párrafo 2.º del 108.

El criterio en que el Código se inspira descansa en estos dos fundamentos: 1.º, ampliar cuanto sea posible la *presunción de legitimidad* de los hijos; y 2.º, considerar este asunto del estado civil de *legitimidad*, más como una cuestión de interés privado del hijo, que como un asunto de interés público, en cuanto que, aun fuera de las presunciones del tiempo normal en el nacimiento, se la admite como nacida de hechos que la probaran respecto del padre y de la falta de contradicción en el marido ó en sus herederos ó, en todo caso, del resultado de la prueba que de dicha legitimidad podrán hacer la madre y el hijo para acreditar la paternidad negada del marido. Á pesar de decir el art. 112 que el derecho á esta justificación lo tiene el hijo y la madre «en este caso», es derecho éste para el hijo *en todo caso*, una vez que el art. 118 declara *imprescriptible* durante su vida la acción para reclamar su legitimidad y transmisible á sus herederos, si falleciere en la menor edad ó en estado

de demencia; y, además, que cualquiera que sean las dificultades de esta justificación, que deben apreciarse con la más exquisita prudencia los Tribunales, no ha de considerarse excluido ninguno de los medios de prueba que se estimen pertinentes, incluso el delicado de la pericial.

El derecho de la madre y del hijo á justificar la paternidad del marido, si éste ó sus herederos *desconocen* la legitimidad del nacido *después* de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio ó de la separación legal efectiva de los cónyuges, por no durar la acción de tal impugnación (art. 113) más de *dos, tres ó seis meses* siguientes á la inscripción del nacimiento en el Registro, siendo un derecho de *contradicción*, no dura sino por *igual tiempo*; y como en lo general, fuera del caso de ocultación del nacimiento, en el cual caso aquel término no empieza á contarse sino desde que se descubriera el fraude, el hijo será de corta edad, lo probable es que la madre sea quien ejercite ese derecho por sí y en representación del hijo. Á nombre de éste, podrá hacerlo el tutor si aquélla hubiera muerto.

Aunque el Código no lo diga, es de equidad reconocer la posibilidad legal de que se provea al hijo de *representante ó defensor* que ejercite su derecho á justificar la paternidad del marido, si bien, conforme al artículo 118, puede ese hijo, en todo tiempo, ejercitar la acción en defensa de su legitimidad, y aun transmitirla á sus herederos por el plazo de *cinco años* siguientes á su fallecimiento.

Todavía, en *explicación* de este art. 111, se hace preciso declarar:

1.º Que el derecho del marido á *desconocer* la legitimidad del hijo nacido en esas condiciones de tiempo lo podrá ejercitar por sí ó por la representación del tutor en casos de locura é interdicción.

2.º Que si la tutela del marido incapaz estuviera motivada por *prodigalidad*, será el marido y no el tutor el que deba ejercitar por sí ese derecho; puesto que en esta clase de tutela, según el art. 221, la sentencia determina los actos que quedan prohibidos al incapacitado, entre los cuales, atendido el origen de la misma, no parece debe comprenderse el supuesto del ejercicio del derecho á que se refiere el art. 111.

3.º Que en el caso de interdicción del marido, si bien ese estado le priva de aptitud para comparecer en juicio ejercitando sus derechos, tendrá los de acudir al protutor y al consejo de familia, y aun alzarse del acuerdo de éste cuando el tutor no se prestara á ejercitar aquéllos en su nombre, usando los medios y previniendo las responsabilidades á que se refieren los artículos 296, 308, 310 y 312 del Código (1).

4.º Que, otorgándose por el art. 111 este derecho de *desconocer* la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio ó á la separación legal efectiva de los cónyuges igualmente al marido que á sus herederos, el de éstos es *subsidiario* y no puede utilizarse sino cuando por la parte de aquél tengan ó puedan tener la condición de tales, lo mismo testamentarios

(1) Explicados en el cap. 32 de este tomo.

que abintestato, forzosos que voluntarios; y parece indudable, aunque el Código no lo diga, que los plazos de *dos, tres y seis meses*, á que se refiere el art. 113, para *impugnar* la legitimidad del hijo, no correrán contra los herederos del marido mientras no obtengan tal declaración en la sucesión legítima ó acrediten este carácter con la última voluntad de aquél en la sucesión testada, siempre que no les fuera imputable por cualquiera circunstancia el tiempo que haya transcurrido hasta obtener los medios de acreditar dicha cualidad de herederos. Asimismo, puede suceder que la cualidad de herederos abintestato en los impugnadores de la legitimidad del hijo de su causante dependa de que prospere ó no el *desconocimiento* de dicha legitimidad; y, aunque en este caso, esa cualidad de herederos está subordinada al resultado de la cuestión de legitimidad, y no podrá hacerse hasta que no se declare *ilegítimo* al hijo, nunca más justificado el interés en la impugnación de la *legitimidad* del hijo que en tal supuesto: por lo cual parece procedente reconocer en dichos parientes, aunque no estén declarados *herederos*, el derecho de promover como tales, por si llegaran á serlo, la impugnación ó desconocimiento de la legitimidad del hijo.

5.º Y, por último, que si bien el Código dice en el art. 111 de manera general «hijo nacido después de transcurridos trescientos días, etc.», no es para dejar *indefinidamente* abierto un plazo que puede llegar hasta hacer inverosímil la pretendida *legitimidad*, sino sólo al efecto de que sea nacido *antes* de los trescientos días, caso en el que la legitimidad está favorecida por la presunción de ella, que establece el art. 108 y contra la cual se admite *sólo* aquella prueba de *imposibilidad física* del marido para tener acceso con su mujer en los primeros *ciento veinte días* de los *trescientos* que hubieran precedido al nacimiento del hijo.

12. Como á pesar de la prohibición y sanciones de los Códigos civil y penal (1), el segundo matrimonio celebrado por la viuda, ó por la mujer en el que fué declarado *nulo*, antes de los trescientos un días, es válido y subsistente (2) aunque no mediara dispensa, y mucho más si se otorgó la de aquella prohibición, no es imposible la hipótesis de sobrevenir prole más ó menos inmediatamente después de celebrado el segundo matrimonio, y dentro ó fuera de los términos mínimo y máximo para la presunción legal de *legitimidad* (3). El Código carece de precepto especial incorporado al art. 45 (4) que provea á las diversas cir-

(1) «La viuda que se casare antes de los trescientos un días desde la muerte de su marido ó antes de su alumbramiento si hubiere quedado encinta, incurrirá en las penas de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas.

»En la misma pena incurrirá la mujer, cuyo matrimonio se hubiere declarado nulo, si se casare antes de su alumbramiento ó de haberse cumplido trescientos un días después de su separación legal.»

(2) Conforme á la declaración del art. 50 del Código civil, explicado en el núm. 41, cap. 14 de este tomo.

(3) Art. 108, explicado en el núm. 10 de este capítulo.

(4) Explicado en el núm. 41, cap. 14, de este tomo.

cunstancias antes indicadas, con las que se resuelva esa hipótesis, y hay que buscar la solución en otros preceptos generales del mismo.

Ninguna duda *legal* ofrecería el caso de nacimiento de prole en el segundo matrimonio de la viuda ó de la mujer del que fué antes declarado nulo, cuando aquel hecho tenga lugar *después* de los *ciento ochenta días* siguientes al de la celebración de dicho segundo matrimonio; pues aunque *naturalmente* no sería imposible que una gestación tan abreviada, á contar desde la fecha de esta última unión, pudiera ser más bien resultado de la concepción de la mujer en el primer matrimonio, el artículo 108 del Código establece la *presunción* de la *legitimidad* en tal caso y, por tanto, el nacido se presumirá hijo del segundo marido, sin otra prueba *legalmente posible* contra esta presunción que la específica de la *imposibilidad física* del mismo para tener acceso con su mujer, y á fin de que el transcurso de ese término de ciento ochenta días de gestación, á partir de la posible cohabitación, no haga *legalmente imposible* la imputación de la paternidad del hijo concebido y dado á luz por la mujer en tales circunstancias de tiempo: criterio similar al del segundo párrafo del art. 108, cuando dice «ciento veinte días, de trescientos», á fin de obtener el necesario término mínimo de gestación de los ciento ochenta días sobre el que funda la *presunción de legitimidad* del hijo nacido en esas condiciones de *tiempo*.

En cambio, el nacido *antes* de los *ciento ochenta días* siguientes á la *celebración* del segundo matrimonio, y *antes* de los *trescientos* siguientes á la *disolución* del primero, se reputará hijo legítimo del primer marido aunque haya nacido dentro ya del segundo matrimonio.

Ahora bien: ¿será posible la aplicación del criterio excepcional del artículo 110 (1) en caso semejante, y podrá presumirse hijo legítimo del segundo marido el nacido *dentro* de los *ciento ochenta días* siguientes á la *celebración* del matrimonio, cuando concurriera cualquiera de las circunstancias que el mismo señala de haber sabido el marido—aquí el segundo—antes de casarse el embarazo de su mujer, ó haber consentido; estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado á luz, ó haberle reconocido como suyo expresa ó tácitamente? Debe entenderse que no: porque tal artículo fué escrito para la hipótesis del matrimonio de mujer soltera ó de viuda, ó de mujer cuyo matrimonio anterior hubiese sido declarado nulo, cuando en estos dos últimos casos hubieran pasado ya los trescientos un días de la prohibición legal de contraer segundo matrimonio, establecida por el artículo 45, núm. 2.º; y porque tal interpretación extensiva del art. 110 á este caso de segundo matrimonio de la mujer contra la prohibición legal ó mediante su dispensa, y prole sobrevinida dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración de dicho segundo matrimonio, ofrecería un doble resultado igualmente inaceptable de consagrar la ley la legitimidad de prole *adulterina* ó imponer á dicha prole una condición de

(1) Explicado en el núm. 10 de este capítulo.

filiación y paternidad que, de no ser *adulterina*, no sería *cierta*, y si sólo debida á la mera voluntad, más ó menos hidalga ó maliciosa, de parte del segundo marido, contra el derecho que aquella prole tiene á su *propio estado civil*, amparada en el tiempo de su concepción ó nacimiento y en la presunción de la ley (1).

13. Entre el art. 111, que dice que el marido y sus herederos «podrán *desconocer* la legitimidad del hijo nacido, etc.», y los arts. 112 y 113, que hablan de la «acción para *impugnar* la legitimidad del hijo», hay la diferencia que resulta de los distintos verbos *desconocer* é *impugnar*, que en esos textos se emplean; siendo de advertir que para los efectos del estado civil de *legitimidad* del hijo la diferencia no es de esencia, sino de expresión. El que *desconoce*, sustancialmente *impugna*; lo que hay es que para la hipótesis concreta del 111 basta el verbo *desconocer*, puesto que, si no se *desconoce* la legitimidad, esta *falta de desconocimiento*, ó sea esa *omisión*, da la cualidad de *legítimo* al que sin esa especie de *asentimiento tácito* del marido ó de sus herederos sería *ilegítimo*, á juzgar por el tiempo en que nació, conforme á la regla general de *presunción de legitimidad* del art. 108. Deben reputarse casos de *impugnación de la legitimidad*, lo mismo el supuesto concreto del art. 111, relativo al hijo nacido después de los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio ó de la separación legal efectiva de los cónyuges, que los demás en que el marido ó sus herederos contradigan la pretendida por el nacido dentro ó fuera de esos términos según los tipos normales de tiempo del art. 108.

(1) Goyena, con ocasión del comentario al art. 56 del proyecto de 1851, dice: «El artículo se funda en poderosas consideraciones de utilidad pública, de moral y delicadeza. La principal es el temor ó peligro de la turbación ó confusión de la sangre, de que se ingiera en una familia el que realmente no pertenece á ella, y que uno pueda pasar por hijo de dos padres, según más convenga á él, ó á una madre codiciosa. Yo he fallado en el Supremo un pleito curiosísimo en que se tocaban estos inconvenientes.

»La Baronesa de..., viuda, repitió matrimonio y dió á luz un hijo antes de haberse cumplido diez meses desde la muerte de su primer marido, y seis desde la repetición del matrimonio; podía, pues, el hijo, según las leyes, pasar por legítimo del primer marido, y de ninguna manera del segundo; sin embargo, fué bautizado como hijo de éste, y habido siempre como tal por el padre y por la madre, que fallecieron antes del pleito, siendo ya el hijo mayor de edad. Pero entre la muerte del primer marido y el reconocimiento del hijo habían corrido más de seis meses; de modo que podía ser hijo natural del segundo al tiempo de la concepción, y legitimado, aun antes de nacer, por el subsiguiente matrimonio. Este último concepto prevaleció, y según él se dió la sentencia por ser más conforme á la constante voluntad de los difuntos padres y del hijo, sostenida por una larga posesión de estado, y porque los términos legales de seis y diez meses, ó del art. 101, como apoyados en la marcha constante de la naturaleza, se entienden como todos los hijos cualquiera que sea su denominación...

»Todos los autores aconsejan que en cuestiones de esta especie se guíen los Tribunales por el interés del hijo y principalmente por las circunstancias, que casi siempre harán atribuir el hijo al segundo marido. Algunos opinan, y yo con ellos, que se conseguiría el principal objeto de la ley, *ne sanguis commisceatur*, reduciendo á seis el término de diez meses.» *Concordancias, motivos, etc.*, t. I, págs. 70 y 71.

La diferencia consiste en la esfera de aplicación del art. 111, comparada con la de los 112 y 113: el 111 se refiere á la hipótesis que el mismo consigna, nacimiento de un hijo después de transcurridos los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio ó de la separación legal efectiva de los cónyuges; y el 112 y 113 sientan toda la doctrina de la acción para impugnar la legitimidad del hijo, ya por parte del marido, ya por la de sus herederos, al efecto de determinar el 113—que tal vez debía figurar en el Código antes del 112,—la duración de la acción y la manera de contarse el plazo de su posible ejercicio dentro de las distintas hipótesis de residencia en los que habían de ejercitarla, y según que hubiera mediado ó no ocultación del nacimiento del hijo, y el 112 los *supuestos tasados* en que los herederos del marido podrán *impugnar* la legitimidad del hijo.

Por lo que se refiere á la *explicación* del 113, el Código, inspirado siempre en la tendencia de no dejar en condición incierta por mucho tiempo la *legitimidad* de la prole, establece los brevísimos plazos de *prescripción* de la acción para impugnarla de *dos, tres y seis meses*, según que la residencia sea en el lugar donde la inscripción del nacimiento ha debido verificarse ó en otro punto, en España ó fuera de España. Á la vez distingue, según que haya mediado ó no ocultación del nacimiento del hijo, determinando que en el primer caso el plazo empezará á contarse desde que se descubriera el fraude. ¿Y cuál debe ser el valor legal de la palabra *ocultación*? Si se atiende á su sentido gramatical que no supone simple *desconocimiento* de un hecho por parte de una persona, sino *intención de que le sea desconocido, por parte de otras*, que son las que se le ocultan, y si á eso se añade la confirmación de este sentido que parece darle la palabra *fraude*, no bastaría el simple desconocimiento, sino mediando aquella *intención, fraude ó malicia* para que fuera desconocido el nacimiento del hijo. Como esta es una hipótesis contrapuesta á la de la inscripción del nacimiento en el Registro civil, y, después de todo, esa es la fórmula legal de publicidad de un nacimiento, parece que todo lo de la *ocultación* debe resolverse por *falta de inscripción del nacimiento en dicho Registro*, á no ser que, á pesar de la inscripción, se probara que mediaron además circunstancias dirigidas á favorecer el propósito de la ocultación.

Es de afirmar, en definitiva, que nunca la palabra *ocultación* puede tomarse por simple ignorancia de la noticia del nacimiento del hijo por parte del marido ó de sus herederos, debido á cualquiera circunstancia casual que impidiese el conocimiento de aquél, pues en tal supuesto podían sobrevenir complicados problemas de *prueba* que quitaran á la doctrina toda la precisión que el Código ha debido y querido dar á sus reglas en punto tan delicado y tratándose de plazo tan perentorio.

Aunque el segundo párrafo del art. 113 empieza con la frase «*estando ausente*», para ampliar el plazo de prescripción de la acción dirigida á *impugnar* la legitimidad del hijo, claramente se percibe que no se refiere á la *ausencia* como *estado civil*, en sus dos situaciones legales de *pre-*

*sunta y declarada*, sino tan sólo á la *no presencia* en el lugar de la inscripción del nacimiento: ya porque lo reducido de los plazos de *dos, tres y seis meses* no guarda relación con los de *dos y cinco años* de aquellos períodos de la *ausencia* como *estado civil*; ya porque explícitamente se refiere á este asunto fuera de aquel lugar de la inscripción, pero en España, ó fuera de España mismo; ya, por último, atendiendo á que el propio estado de *ausencia* en aquel sentido *especial y civil* indicado, es contrario á la *presunción de legitimidad*, en virtud de la *imposibilidad física* del marido para tener acceso con su mujer por un período de tiempo que supere los dos tipos, *mínimo y máximo*, de la presunción legal *normal* del art. 108 y aun de la *excepcional*, que ratifica el silencio del marido ó de sus herederos, según el 111.

Lo menos que cabe, en una prudente interpretación, es considerar que la *ausencia presunta ó declarada* suspende el transcurso de los plazos del art. 113 para la *prescripción* de la acción *impugnando* la *legitimidad*, porque ha de entenderse equivalente al motivo de ignorancia ú ocultación al marido ó sus herederos del nacimiento del hijo: al marido por su ausencia, y á los herederos porque no ha llegado el momento de que obren como tales, mientras no sobrevenga la *presunción ó la prueba* de la *muerte* del ausente, á partir de tales hechos, y conocido por ellos el nacimiento del hijo habido por la mujer del ausente durante su ausencia, es cuando pueden empezarse á contar los indicados plazos.

Estos términos *especiales* de prescripción de la acción para impugnar la legitimidad de los hijos que el art. 113 reconoce al marido ó á cualquiera de sus herederos, son los de *dos, tres y seis meses*, en las distintas hipótesis de residencia de los mismos, con la única diferencia entre los dos casos de que haya habido ocultación de nacimiento, empezando entonces á contarse desde la fecha de la inscripción ó desde que la ocultación se descubre; es decir, desde que ha sido conocido ó posible conocer el nacimiento, mediante la inscripción en el Registro.

Sin duda alguna que el art. 112 atribuye á *toda clase* de herederos del marido, cualquiera que sea su condición de testamentarios ó abintestato, voluntarios ó forzosos, la acción para impugnar la legitimidad del hijo dentro de los supuestos del mismo 112 y en los plazos del 113, pues que el primero usa la palabra *herederos* de modo general con relación al marido. Ni siquiera importa, para que en virtud de tal cualidad pueda impugnar la legitimidad del hijo, el que hubiera de dejar de ser heredero, si la cuestión de *legitimidad* se resuelve en sentido favorable al hijo, pues mientras esto no suceda, su condición hipotética de *herederos*, supuesta la *ilegitimidad* de aquél, les autoriza para sostener ésta é impugnar aquélla.

Que esta acción para *impugnar* la *legitimidad* del hijo es *subsidiaria* en los herederos del marido y supuesto padre, lo indica su mismo título de *herederos* de aquél, á nombre del cual el Código les reconoce la facultad de impugnar la legitimidad, y cuyo fundamento es, ó la falta de ejercicio de la acción correspondiente por el marido su causante, por