

¿ESTÁ FACULTADO EL TUTOR PARA INSTAR LA ACCIÓN DE SEPARACIÓN LEGAL DE SU PUPILO? (COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1ª) DE 27 DE FEBRERO DE 1999)

Natalia Álvarez Lata

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Fiscal se presentó escrito ante esta Sala interponiendo recurso de casación en interés de la ley, en base a los artículos 1718 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y disposición adicional 5ª j) de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil, y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, contra la Sentencia de fecha 23 de febrero de 1998, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, confirmatoria de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Oviedo, en autos de juicio de separación; en base a un único motivo:

Único: «Al amparo del art. 1692, núm. 4 de la LECiv, por infracción de los artículos 3, 267, 271 del Código civil, 24 núm. 1, 32 núm. 2 y 49 de la Constitución Española». Exponiendo a continuación los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso y que son los del tenor literal siguiente:

Antecedentes. Primero.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Oviedo se dictó, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, Auto con fecha 31 de octubre de 1996, por el que se autorizaba a doña Encarnación P.C. para que, en nombre y representación de su tutelada doña Mª Encarnación B., interpusiera demanda de separación o divorcio, con sus respectivas medidas provisionales, contra su esposo don José Luis V. Recurrída tal resolución por don José Luis V., la Sección 4ª de la Audiencia Provincial, en el recurso 10/1997, dictó Auto de 4 de febrero de 1998, confirmando el criterio del Juzgado, en base a los razonamientos que en éste se explicitan. El fiscal intervino en el expediente de jurisdicción voluntaria así como en la apelación, apoyando la concesión de la autorización. *Segundo.*- Por doña Encarnación P.C., en su condición de tutora de doña Encarnación B.P., se planteó demanda de separación contra el esposo de ésta, don José Luis V.F., seguida en autos 580/1996 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 3, quien, en fecha 11 de julio de 1997, estimando la excepción procesal de falta de legitimación activa, dictó Sentencia absolutoria en la instancia sin entrar a conocer el fondo del asunto. Recurrída la Sentencia por la demandante, la Sección 6ª de la Audiencia de Oviedo, en el rollo 694/1997, confirmó la resolución impugnada, estimando, igualmente, que las facultades del tutor no alcanzan a poder ejercitar la acción de separación matrimonial al amparo del art. 267 del Código civil, dado el carácter personalísimo de aquélla. El fiscal no fue parte en el procedimiento matrimonial al hallar-

se representada la persona incapacitada por su tutor legal y no existir hijos menores del matrimonio.

Fundamentos jurídicos. «La razón que mueve al Fiscal a plantear la posibilidad de interponer recurso en interés de la ley, es la necesidad de obtener un procedimiento que, frente a la disparidad de criterios demostrada por dos secciones de la Audiencia Provincial, marque un criterio definido en una cuestión tan trascendente como el alcance de las funciones atribuidas al tutor por el art. 267 del Código civil. Sin entrar, por tanto, en éstas y, aunque pudiéramos estimar, por las circunstancias concurrentes en este concreto caso, la razonabilidad de la denegación al tutor de la facultad de ejercitar la acción de separación en nombre de su representada, entendemos que la resolución dictada sienta un precedente abstracto sobre la facultad del tutor en este punto que puede trascender a otros casos con consecuencias graves. Pensemos, por ejemplo, en que, sobrevenida y declarada legalmente la incapacidad de uno de los cónyuges, constante matrimonio, y siendo sometido a partir de aquel momento a sevicias, malos tratos, abandono o expolio por el otro, hubiera de negarse a aquél la tutela judicial efectiva, a través del acceso a la jurisdicción por entender que no pudiendo obtenerlo por sí mismo, dada su situación de incapacidad, tampoco pudiera hacerlo a través del tutor por tratarse de un acto personalísimo; lo que no deja de constituir una antinomia de primer orden. Y es realmente como dice el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 de febrero de 1998, se autorizó a la tutora en un expediente de jurisdicción voluntaria para que en nombre de la representación de la tutelada pudiera interponer demanda de separación o divorcio, al tiempo que denegó la autorización que también había solicitado para el ejercicio de otras acciones de distinta naturaleza. Dado el aquietamiento de la tutora con esta decisión, pues ni interpuso recurso ni se adhirió al formulado al contrario, ha de tenerse por firme el seguido de dichos pronunciamientos, por más que en la vista de esta alzada, con patente extemporaneidad, hubiera instado la revocación de este punto. La controversia queda así centrada en una cuestión estrictamente jurídica cual es la de si el tutor, como representante del incapaz, está facultado para instar una acción de separación o divorcio en nombre de su pupilo, previa la autorización judicial a la que se refiere el art. 271.6 del Código civil, es lo que discute el marido de la incapaz. Tanto la acción de separación como la de divorcio son clasificadas por regla general como personalísimas, y así lo ha entendido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1982 interpretando el alcance del art. 81 del Código civil, que limita a los cónyuges el ejercicio de la acción de separación. Sobre esta base un gran sector de la doctrina (en la que existen, sin embargo, posturas discrepantes como la preconizada por Mascarell Navarro) ha venido manteniendo que se trata de acciones de calidad eminentemente subjetiva, que están adheridas a la identidad de cada uno de los cónyuges y sólo a ellos corresponde su ejercicio, con exclusión de tercero alguno, aun cuando tenga la condición de representante de alguno de ellos. Sin embargo, esta última conclusión, al menos en los términos absolutos con los que generalmente aparece formulada debe matizarse ya que debe tener en cuenta, en primer lugar, que el art. 267 del Código civil concibe en términos muy amplios la representación que corresponde al tutor, estableciendo que “el tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que puedan realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación”. Del tenor de este precepto se desprende la mayor o menor extensión de esas facultades representativas está directamente relacionada con el mayor o menor grado de capacidad y discernimiento que conserve la persona que es objeto de tutela. De ahí que en aquellos casos en los que, como sucede en el presente, se esté ante una incapacidad total o absoluta para regir la persona y los bienes, concurriendo un grave déficit de las funciones psíquicas superiores, la representación que corresponde al tutor alcance su máxima amplitud y deba extenderse como dice el art. 267, a todos aquellos actos que el incapaz no puede realizar por sí mismo, tanto en la esfera patrimonial como en la personal (art. 215 del mismo cuerpo legal), entre los que debe incluirse el ejerci-

cio de esas acciones matrimoniales ya que la tutelada carece actualmente del raciocinio necesario para tomar una decisión al respecto. Aun cuando se trate de una situación notablemente singular y excepcional, la solución apuntada cuenta en su apoyo con los antecedentes históricos, pues la única vez que el legislador abordó este problema, en el art. 40 de la Ley de Divorcio de 2 de mayo de 1932, permitía expresamente al tutor del incapaz pedir la separación con autorización del Consejo de familia. Y sobre todo, resulta avalada o, más bien, viene impuesta por la aplicación de los principios constitucionales de igualdad y protección de los disminuidos. No se comprende, en este sentido, que el cónyuge capaz conserve el derecho de solicitar la separación o el divorcio del cónyuge incapaz (ver art. 82 del Código civil) y se niegue a este último ese mismo derecho, máxime cuando pueden concurrir causas objetivas que aconsejen y obliguen a acudir al ejercicio de estas acciones como único remedio para poner fin a determinadas situaciones. Si, además, el art. 49 de la Constitución obliga a prestar un amparo especial a los disminuidos psíquicos para que puedan disfrutar de los derechos otorgados en su Título I a todos los ciudadanos, entre los que se encuentra la posibilidad de instar la separación y disolución del matrimonio (art. 32.2 de la Carta Magna), no cabe negar a quien ostenta su representación el ejercicio de tales acciones cuando por las circunstancias concurrentes hayan de redundar en su provecho o beneficio so pena de quebrar ese claro mandato constitucional (piénsese, por ejemplo, en supuestos de malos tratos, abandono, alcoholismo, toxocomanía, que aconsejen la suspensión de la vida en común). Y es que no existe otra solución que aceptar la tesis de que el tutor de un incapaz puede demandar de separación o divorcio, al cónyuge del incapaz, previa autorización judicial, cuando las circunstancias lo aconsejen. Hoy en día no se le puede decir a ninguna persona que su problema no tiene solución, que es a lo que se llegaría con la tesis de la Sentencia recurrida, pues ello vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, teniendo en cuenta además que como dice acertadamente el art. 3 del Código civil, "...las normas han de interpretarse conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas". Por todo lo expuesto el Fiscal interesaba "que se admita el presente recurso de casación en interés de la ley, y tras los trámites oportunos, se dicte sentencia en que se declare en interés de la ley que los tutores pueden entablar acciones de separación o divorcio en nombre de los incapaces a quienes representan, previa autorización judicial"».

SEGUNDO.- Comparecidas las partes, se señaló para votación y fallo el día 11 de febrero del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal interpone al amparo del artículo 1718 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la disposición adicional 5ª 1) de la Ley 30/81, de 7 de julio, recurso de casación en interés de ley contra la Sentencia número 105 de 23 de febrero de 1998 dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictada en apelación y confirmatoria de la emitida por el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Oviedo en los autos de juicio de separación matrimonial 580/1996.

Como antecedentes de este recurso han de hacerse constar los siguientes: 1) Por Auto de fecha 31 de octubre de 1996, recaído en expediente de jurisdicción voluntaria, el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Oviedo concedió autorización a doña Encarnación P.C. para que, como tutora de doña Encarnación B.P., interpusiera, en nombre y representación de su tutelada, demanda de separación o divorcio; recurrido en apelación este auto por don José Luis V.F., esposo de doña Encarnación B.P., la Sección

Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, en Auto de 4 de febrero de 1998, desestimó el recurso interpuesto y confirmó el referido auto; 2) A instancia de doña Encarnación P.C., como tutora y en nombre y representación de doña Encarnación B.P., se siguieron ante el Juzgado de Primera instancia número Tres de Oviedo autos de separación matrimonial, con el número 580/1996 que concluyeron por Sentencia de 11 de julio de 1997, en la que se estimó la falta de legitimación de la actora para ejercitar la acción de separación en nombre de la esposa incapaz; apelada dicha sentencia, fue confirmada por la dictada por la Sección Sexta de aquella Audiencia Provincial, de fecha 23 de febrero de 1998. El único motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, al amparo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción de los artículos 3, 267, y 271 del Código civil, 24 núm. 1, 32 núm 2 y 49 de la Constitución Española.

SEGUNDO.- El artículo 267 del Código civil confiere al tutor, con carácter general, la representación del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación; no obstante la generalidad de esa atribución, existen determinados actos que no pueden realizarse por el tutor al estar expresamente prohibidos, bien porque en ellos no se admita la representación, caso del matrimonio, o por estar prohibidos al incapaz por razón de su incapacidad, caso de la testamentifacción (art. 663.2º del Código civil); de otra parte, esa declaración general del Código civil ha de matizarse teniendo en cuenta la naturaleza de la representación, que exige que la declaración de voluntad, a partir de la cual se forma el negocio jurídico concreto de que se trate, sea una declaración de voluntad propia del representante aunque sus efectos hayan de recaer sobre el representado, por lo que, la generalidad de la doctrina excluye del ámbito de la representación los negocios jurídicos de Derecho de familia, dado su carácter personalísimo que requiere que esa declaración de voluntad emane de la persona a quien el acto va a afectar; especialmente, se considera inadmisibles la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que sólo puedan ser decididos por aquellos cuyo estado civil va a resultar modificado. Tal es el caso de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio, en que, por su estimación, surge un estado civil nuevo de los cónyuges o ex-cónyuges sometidos a un régimen jurídico distinto que aquel por el que se venían rigiendo; por ello, el ejercicio de tales acciones sólo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge a quien la ley reconoce legitimación para ello.

No puede entenderse entonces que la no autorización al tutor para el ejercicio de estas acciones suponga una desigualdad entre los cónyuges, prohibida por el artículo 32.1 en relación con el artículo 14, ambos de la Constitución Española. Tiene declarado con reiteración el Tribunal Constitucional que no toda desigualdad de trato legal respecto de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución Española, sino tan sólo aquellas desigualdades que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, y, por tanto, veda la utilización de elementos de diferenciación que pueda calificar de arbitrarios o carentes de una fundamentación razonable (Sentencia del Tribunal Constitucional 90/1995, de 9 de junio). En el presente caso, las consecuencias jurídicas diferenciadas tienen un fundamento objetivo como es la incapacidad declarada de uno de los cónyuges que no puede calificarse de arbitraria dada la trascendencia que para el estado civil de la persona tienen las acciones de separación y divorcio. No resulta infringido el artículo 32.2 de la Constitución ya que dicho precepto lo que hace es establecer un mandato dirigido al legislador no constitucional que le obliga a regular las materias en él comprendidas, estableciendo una reserva de ley, no

orgánica al no estar así establecido expresamente y no afectar esta regulación a derechos fundamentales de la persona; tampoco puede afirmarse que se infrinja el artículo 49 del Texto Constitucional en cuanto el mismo enumera uno de los principios rectores de la política social que ha de presidir la actuación de los poderes públicos y traducirse en las pertinentes disposiciones legales, a las cuales ha de adaptarse el amparo para el disfrute de los derechos que el Título Primero otorga a todos los ciudadanos.

Por todo ello, no puede entenderse que la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Sexta, infrinja los preceptos legales que se invocan en el recurso.

COMENTARIO

Con un razonamiento formalmente coherente, como ha señalado el profesor Bercovitz¹, el Tribunal Supremo ha zanjado de manera bastante escueta una cuestión nada fácil, como es el ejercicio de derechos y acciones personalísimas por parte del tutor, en particular, de la acción de separación legal, llegando, sin embargo, a una solución, la imposibilidad de tal ejercicio, a nuestro entender poco respetuosa con los principios que han de inspirar el tratamiento jurídico de las personas incapaces. Y, además, esta solución, que encierra una toma de posición por el Tribunal Supremo eventualmente trasladable a otros actos similares, se ha expuesto en un recurso, en interés de ley, que parece asumir una mayor carga de generalidad, al no estar condicionado por los hechos concretos del caso². No obstante, la rotundidad del planteamiento podrá relativizarse si prospera ante el Tribunal Constitucional el recurso de amparo planteado contra la sentencia de la sección sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo (recurso núm. 1158/98-B).

¹ En la "Portada" de *Aranzadi Civil*, núm. 4, mayo, 1999, p. 9.

² El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal en interés de la ley trae causa del pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Oviedo en sentencia de 23 de febrero de 1998 (Ar. Civ., 248) en la que se desestimó el recurso planteado por la titora del cónyuge incapacitado, por estimar falta de legitimación activa del tutor para instar la demanda de separación. El motivo que se alega por la titora de la esposa, incapacitada a raíz de un accidente de automóvil en 1993, fecha en la que ya estaba separada de hecho de su cónyuge -en 1980 el matrimonio había realizado escritura de división y liquidación de la sociedad de gananciales facultándose recíprocamente para hacer vida independiente-, era el de "poner término a las molestias o trastornos de toda índole que el cónyuge ocasiona con su estancia o presencia en el domicilio de la incapaz (párrafo 4º del Hecho Octavo), además de pretender por la titora, madre de la incapaz, desposeer al citado de sus derechos legítimos que, en su día, como cónyuge viudo pudieran corresponderle conforme a los arts. 834 y 837 CC" (FJ 4º). Sintéticamente, la Audiencia Provincial desestimó el recurso sobre la base de los siguientes argumentos: a) argumento histórico: "porque si el legislador de 1981 [...] tuvo forzosamente que tener presente la anterior Ley de 1932, en la que se admitía de forma expresa que el tutor del incapaz pudiera ejercitar la acción de separación (art. 40 de la Ley de 1932) y, no obstante ello, a la hora de redactar la nueva Ley para nada tuvo en cuenta el referido antecedente, por cierto, sí apreciado en sede de nulidad [...] es claro que la voluntad del legislador, cuando menos presunta, fue claramente contraria a dicha posibilidad" (FJ 2º); b) respecto a la vulneración de los artículos 49 y 14 CE: "su art. 49, dada la generalidad en que está redactado, no impide el que los derechos reconocidos en su Título I (entre los que ciertamente se encuentra el derecho a separarse y a obtener la disolución del matrimonio, según el art. 32.2) hayan de ejercitarse en todo caso con las condiciones y en la forma y requisitos legalmente establecidos al efecto [...] Finalmente acudir al principio constitucional de la igualdad, para otorgar legitimación activa al incapaz, ya que igualmente la tendría en el lado pasivo de la relación procesal, caso de tener que soportar el ejercicio de la misma acción ejercitada por el otro cónyuge capaz, es objeción difícil de compartir si se parte de una premisa incuestionable, cual es la de que no puede haber igualdad entre sujetos naturalmente desiguales, como lo son la persona capaz y otra incapaz, dado que dichos estados jurídicos configuran un conjunto radicalmente diferente de derechos y deberes, sobre todo en cuanto a las posibilidades de ejercicio [...]" (FJ 2º).

Efectivamente, la posibilidad de ejercicio de ciertas acciones o derechos de carácter personalísimo por parte del representante legal de la persona incapacitada no es en modo alguno cuestión que tenga respuesta sencilla en nuestro ordenamiento jurídico. En principio, como expuso el Fiscal en su recurso y reiteró después el Tribunal Supremo, el Código civil confiere al tutor la representación del menor o incapacitado “salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación” (art. 267 CC), sin matizar con claridad qué actos son los que se excluyen de la representación legal aunque el menor o incapacitado no los puedan realizar por sí mismos.

Se ha entendido, en este punto, que, por mor de la naturaleza de la representación -de sustitución-, no se consideran comprendidos en la regla del art. 267 CC aquellos actos denominados “personalísimos”. Así, para esta categoría de actuaciones se atendería a la capacidad “real” del sujeto; de forma que si el incapacitado tiene capacidad suficiente para ejercitar el derecho, lo hará por sí mismo de acuerdo con su voluntad, y si carece de ella, nadie, ni siquiera su representante, podrá sustituirlo, y el acto no podrá realizarse. Sin embargo, tampoco se puede decir que esto sea siempre así.

Mientras que para el matrimonio³ y para otorgar testamento jugaría la regla precedente (cfr. arts. 45 y 56.2 y 693.2º CC), no acontece lo mismo para el ejercicio de otros derechos también catalogados como personalísimos:

a) Por lo que se refiere al ejercicio de los *derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, o más estrictamente, a la posibilidad de que se excluya, por el consentimiento del titular, el carácter ilegítimo de la intromisión de un tercero en el ámbito de estos derechos, el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, señala: “1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. 2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”⁴. De esta forma, para excluir la antijuridicidad de las conductas en otro caso calificadas como intromisiones ilegítimas en estos derechos fundamentales, el legislador considera necesario que el incapaz otorgue

³ Por lo que respecta al matrimonio y a la capacidad para contraerlo, doctrina y jurisprudencia han evolucionado, precisamente en aras de la mayor realización personal de las personas incapaces -o no plenamente capaces-, de una interpretación rigurosa del art. 45 CC (“No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”) a otra más laxa, con la finalidad de que no se rechace de plano el matrimonio entre disminuidos psíquicos. Ejemplo de esta tendencia es la resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 1 de diciembre de 1987 (Ar. 9176), que ha reconocido “la posibilidad de que ciertas deficiencias o anomalías psíquicas no graves no impidan el matrimonio”, lo cual estaría en consonancia “con la presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil y con la esencia del mismo *ius nubendi*, derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución (artículo 32) que no puede ser desconocido ni menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad”. Sobre este extremo, vid. ÁLVAREZ LATA, N., “La actuación de la persona con retraso mental (incapacitada o no incapacitada) en la esfera jurídico-privada”, en SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. (coord.), *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, A Coruña, Fundación Paideia, 1999, p. 248 y ss.

⁴ Con respecto al consentimiento para el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, regulado con carácter general en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, el RD 1332/94, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la LO 5/92, señala en su artículo 11: “Los derechos de acceso a los ficheros automatizados, así como los de rectificación y cancelación de datos son personalísimos y serán ejercidos por el afectado frente al responsable del fichero sin otras limitaciones que las que prevén la Ley Orgánica 5/1992 y el presente Real Decreto. Podrá, no obstante, actuar el representante legal del afectado cuando éste se encuentre en situación de incapacidad o minoría de edad que le imposibilite el ejercicio personal de los mismos”.

consentimiento por sí mismo si sus condiciones de madurez lo permiten: siendo así no interviene su representante legal. Si su madurez no fuera suficiente, podría el representante legal consentir a tales efectos, por escrito y con previo conocimiento del Ministerio Fiscal. Esta intervención del representante hace pensar que no estamos en realidad ante un consentimiento personalísimo⁵ ya que, en última instancia, opera el mecanismo de la representación, si bien no con autonomía ya que precisa de la actuación del Ministerio Público.

b) Si bien el régimen jurídico de ciertos *actos de autorización relacionados con la integridad física* de la persona resulta más acorde con aquella pauta general enunciada según la cual el consentimiento ha de prestarlo el titular del derecho sin que sea, por lo general, operativo el mecanismo de la representación cuando la persona no tiene capacidad para ello (art. 4.b de la Ley 30/79, de 27 de octubre, sobre extracción y transplante de órganos; art. 5.6 de la Ley 35/88, de 22 de noviembre, por la que se regulan las técnicas de reproducción asistida humana; art. 7 del RD 411/96, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos), se permite, guiada por el mayor beneficio del incapaz, la sustitución del consentimiento del “paciente con déficit mental” por el de su representante legal en los casos de recepción de órganos (cfr. art. 6.c de la Ley 30/79), en los de donación y utilización de embriones y fetos humanos (cfr. arts. 2 y 4 de la Ley 42/88, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos y de sus células, tejidos u órganos), o en la realización de ensayos clínicos (cfr. art. 12.5 del RD 561/93, de 19 de abril, por el que se regulan los requisitos para la realización de ensayos clínicos). Igualmente la esterilización de la persona incapacitada sería posible también a tenor del art. 156 del Código penal⁶.

c) El artículo 20 del Código civil, que regula el derecho de optar por la nacionalidad española de las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español, de las adoptadas después de la mayoría de edad o de aquéllas cuya determinación de filiación o nacimiento se produzca tras su mayoría, configura la capacidad para efectuar la declaración de opción sobre la base de la capacidad de obrar, pero en las hipótesis de capacidad de obrar limitada (minoría de edad o incapacitación) es el representante legal quien formula dicha declaración, requiriendo, como garantía añadida, la autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal (autorización que, en palabras del propio precepto, se concederá en interés del menor o incapaz). Estaríamos en esta hipótesis ante un caso de sustitución de la voluntad del incapacitado por parte de su representante legal, siempre regida por el criterio de su mayor interés, que será valorada por el Ministerio Fiscal.

Los ejemplos expuestos, entre otros, sirven para demostrar, a nuestro juicio, que en el Derecho español la regla de la representación legal no contempla la excepción de los actos personalísimos con la vocación de generalidad que el Tribunal Supremo, en esta sentencia, pretende, sino que son las circunstancias del acto, la relevancia del derecho que se ejercita -o que no se puede ejercitar-, y, sobre todo, el criterio del mayor interés del incapaz, las pautas que determinan finalmente la posibilidad del ejercicio de ese derecho por el representante legal, por lo general, con la previa autorización del Juez o del Ministerio Fiscal para dotar de mayor garantía a la actuación del tutor.

Y ello porque negar a todas luces la posibilidad de representación en ciertos casos de actos personalísimos determinaría una merma importante en los derechos del incapaz y chocaría, como creemos que lo hace esta resolución, con los principios que

⁵ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, 8ª ed., Madrid, Tecnos, 1995, vol. 1º, p. 357.

⁶ Nos remitimos en esta materia a SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., *La esterilización: Derecho español y Derecho comparado*, Madrid, Dykinson. Universidad de Coruña, 1998, en particular pp. 170-175 y 285 y ss.

deben inspirar el tratamiento jurídico de las personas incapaces por causa psíquica⁷, y fundamentalmente con los siguientes:

a) Con el principio de igualdad, que exige, de una parte, tratar del mismo modo lo igual; esto es, en atención a la igual dignidad del incapaz, reconocerle los derechos que le corresponden de acuerdo con su condición de persona; y, de otra, tratar de modo distinto lo desigual, es decir, reconocer y respetar la diferencia. Más allá, buscar remedios para compensar las desigualdades, evitando así discriminaciones injustificadas y restaurando el equilibrio propio de la justicia. Ambas actitudes encuentran refrendo en nuestro texto constitucional, en particular en los artículos 14 y 9º.2, en relación con el artículo 49 CE. Se pretende, de este modo, hacer posible el desarrollo de la persona incapaz, proporcionando las oportunidades que permitan la satisfacción de sus necesidades y el pleno desenvolvimiento de su proyecto de vida.

b) Con el principio de protección, a través del cual el Derecho pretende “hacer efectivos, con carácter subsidiario, los derechos o facultades de aquellas personas que por alguna razón no pueden ejercitarlos (art. 49 CE)”⁸. El Derecho, al completar la insuficiente autonomía o capacidad de la persona incapaz, la integra en el contexto social y hace posible el ejercicio de sus derechos y su incorporación al tráfico o realidad jurídicos. No obstante, la naturaleza subsidiaria de este principio exige cautela a la hora de llevarlo a la práctica, generalmente mediante la actuación del representante legal o guardador del incapaz. Se ha señalado que, lejos de identificar la protección con el paternalismo, el criterio rector en esta materia ha de ser el mayor interés de la persona incapaz; criterio, ya estudiado en nuestro país en el ámbito de la protección de menores, que “no ha de ser determinado de acuerdo con el haz de valores de las personas encargadas de la protección, sino a la luz del sistema axiológico y de las necesidades de la persona [incapaz]”⁹.

Lo señalado hasta ahora, aplicable, en general, al ejercicio de derechos personales de las personas incapacitadas, ha de trasladarse al ámbito del ejercicio de las acciones de separación y divorcio. El carácter personalísimo de estas acciones ha sido puesto de relieve por la doctrina, pese a que no existe precepto que expresamente lo diga -a nuestro juicio, el enunciado de los arts. 81 y 88 CC no resulta terminante en este sentido-, y se ha negado mayoritariamente la posibilidad del ejercicio por representación y de su transmisibilidad *mortis causa*¹⁰, aspecto éste último en el que se ha hecho verdadero hincapié. Evidentemente, no faltan razones para abogar por la naturaleza perso-

⁷ Acerca de estos principios, vid. SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., “La persona, el retraso mental y el Derecho”, en SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. (coord.), *Derecho y retraso mental...*, cit., pp. 64 y ss.

⁸ *Ibid.*, p. 73.

⁹ *Ibid.*, p. 79.

¹⁰ Al respecto, LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho civil*, T. IV, vol. 2º, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1990) señala para la acción de separación: “Tiene carácter personalísimo (art. 81 CC), por lo que los herederos no están legitimados para continuar el procedimiento” (p. 190) y para la de divorcio: “La acción de divorcio es personalísima y no se transmite a los herederos del legitimado para ejercitarla (crf. art. 88-1 CC)” (p. 219). En el mismo sentido, MONTÉS PENADES, V., “Comentario al art. 88”, en *Comentario del Código civil*, cit., T. I, p. 376. Más explícito, en lo que respecta a la no representación, es ALBALADEJO (*Derecho civil*, T. IV, 5ª ed., Barcelona, Bosch, 1991) para la acción de divorcio: “La acción de divorcio es de exclusivo ejercicio ante la jurisdicción civil, y es personalísima, luego no puede interponerla por el esposo su representante legal”. Asimismo ALONSO PÉREZ (“Comentario al art. 88”, en LACRUZ BERDEJO, J.L. (coord.), *Matrimonio y divorcio (Comentarios al Título IV del Libro I del Código civil)*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1994, p. 927) incide en la imposibilidad de ejercicio por representación de la acción de divorcio. Frente a esta posición mayoritaria en la doctrina, GARCÍA CANTERO (“Comentario al art. 88”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones...*, cit., T. II, 1982, p. 348) considera perfectamente admisible la representación legal: “En cuanto a los cónyuges legalmente incapacitados parece que la acción de divorcio ha de ejercitarse por su tutor quien “representa [...]” (art. 262), salvedad esta última que no concurre en este caso, precisando asimismo la autorización del Consejo de familia (art. 269.3º)”.

nalísima de estas acciones: a) su configuración como acciones de estado, es decir, como acciones “intransferibles, irrenunciables, imprescriptibles e insusceptibles de transacción”¹¹; b) el hecho de que tanto la separación como el divorcio se apoyan en circunstancias muy personales e íntimas de los cónyuges¹²; en fin, la inviolabilidad del derecho a la intimidad familiar¹³.

Sin embargo, al lado de estos argumentos, expuestos más o menos explícitamente por el Tribunal Supremo, se alzan otros que pueden recomendar otra solución en el caso que nos ocupa:

a) Ciertamente es que las acciones de estado son intransmisibles por regla general, ya que como señala el Tribunal Supremo en esta sentencia: “[...] especialmente se considera inadmisibles la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que sólo pueden ser decididos por aquéllos cuyo estado civil va a resultar modificado”. Sin embargo, no se puede olvidar que, en ocasiones, la propia norma otorga legitimación activa a otras personas (representante legal, parientes) e incluso al Ministerio público, en consonancia con el aspecto de orden público del que asimismo participa el estado civil (vgr. incapacidad -arts. 202 y 203 CC-, nacionalidad -art. 20 CC-, nulidad matrimonial -arts. 74 y 75 CC-).

Por ello, no es tan inadmisibles que, en atención a otros intereses, se posibilite la representación en estas acciones. La necesidad de tutela de un interés superior, como sería el interés del incapaz, pudiera ampliar la legitimación activa de estas acciones. Se ha distinguido, a estos efectos, entre la situación de estado y su contenido facultativo, de carácter personalísimo, y la tutela jurisdiccional de ese estado, en la que, a lo mejor, aquel carácter puede no estar presente¹⁴, precisamente en aras de proteger, como en este caso, un interés superior o prevalente.

b) Las circunstancias personales e íntimas de los cónyuges en las que se fundamenta el ejercicio -personalísimo- de la separación o del divorcio pudieran asimismo cambiar de signo y adquirir tintes menos íntimos o personales. Tal y como expone el Fiscal: “Pensemos, por ejemplo, en que, sobrevenida y declarada legalmente la incapacidad de uno de los cónyuges, constante matrimonio, y siendo sometido a partir de aquél momento a sevicias, malos tratos, abandono o expolio por el otro [...]”. Sin llegar a extremos tan dramáticos, pensemos simplemente en la aplicación del artículo 1365 CC y en el perjuicio patrimonial que se le podría ocasionar al cónyuge incapaz.

Ante estas situaciones de menesterosidad, el tutor tiene la obligación legal de velar por su tutelado (art. 269 CC) y creemos que éste habrá de actuar, aun en esta esfera personal¹⁵, “si el beneficio del pupilo y el deber legal de aquél (del tutor) desaconsejan la pasividad”¹⁶. En otro caso, se quebrantaría el principio de protección. Y el de

¹¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., en LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho civil*, nueva ed., Madrid, Dykinson, 1998, T. I-2º, p. 28.

¹² Cfr. ALONSO PÉREZ, M., “Comentario al art. 88”, cit., p. 928.

¹³ Sobre este concepto, vid., ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social. (De la «casa» a la persona)*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 63 y ss.

¹⁴ Cfr. RAMOS CHAPARRO, E., *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, Barcelona, Cedecs, 1999, p. 282.

¹⁵ Acertadamente apunta BERCOVITZ (“Portada”, cit., p. 10): “Resulta pues llamativo que, disponiendo de facultades para restringir la libertad del incapacitado, así como para afectar a su integridad física, no puede en cambio el tutor, también con la garantía de la autorización judicial, ejercer la acción de separación judicial. Las consecuencias de la separación legal se reflejan fundamentalmente en el cese de la convivencia y en la disolución del régimen económico matrimonial. No parece que semejantes consecuencias puedan considerarse de mayor alcance que las que acabo de mencionar”.

¹⁶ GIL RODRÍGUEZ, J., “Comentario al art. 267”, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, T. I, p. 786.

igualdad con los demás cónyuges, que disfrutan de su “derecho” a la separación y al divorcio; desigualdad que se acentúa desde el momento en que el cónyuge incapacitado puede, obviamente, ser legitimado pasivo de un procedimiento de separación o divorcio (en cuyo caso el Ministerio Fiscal será parte en el proceso, según la D.a. 8ª de la Ley 30/81).

Resulta necesaria, pues, la garantía del derecho de la persona, de cualquier persona, a la separación legal, a disfrutar de una vida personal y familiar plena y a hacer efectivo el artículo 32.2 de la Constitución. Pero para el ejercicio de ese derecho, la persona incapacitada necesita de su tutor. Ya no basta, a nuestro entender, la epidérmica interpretación que a estos efectos realiza el Tribunal Supremo cuando dice: “No puede entenderse entonces que la no autorización al tutor para el ejercicio de estas acciones suponga una desigualdad entre los cónyuges, prohibida por el artículo 32.1 en relación con el artículo 14, ambos de la Constitución Española. Tiene declarado con reiteración el Tribunal Constitucional que no toda desigualdad de trato legal respecto de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución Española, sino tan sólo aquellas desigualdades que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, y, por tanto, veda la utilización de elementos de diferenciación que pueda calificar de arbitrarios o carentes de una fundamentación razonable (sentencia del Tribunal Constitucional 90/1995, de 9 de junio). En el presente caso, las consecuencias jurídicas diferenciadas tienen un fundamento objetivo como es la incapacidad declarada de uno de los cónyuges que no puede calificarse de arbitraria dada la trascendencia que para el estado civil de la persona tienen las acciones de separación y divorcio”.

Una interpretación semejante implica, a la postre, negar la tutela judicial efectiva, tal como ha puesto de relieve el Ministerio Fiscal en su recurso: “Y es que no existe otra solución que aceptar la tesis de que el tutor de un incapaz puede demandar de separación o divorcio, al cónyuge del incapaz, previa autorización judicial, cuando las circunstancias lo aconsejen. Hoy en día no se le puede decir a ninguna persona que su problema no tiene solución, que es a lo que se llegaría con la tesis de la Sentencia recurrida, pues ello vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución”.

En fin, se hace precisa una relectura de la incapacitación a la luz de la Constitución; una lectura que compagine la necesidad de protección del sujeto incapaz con la posibilidad de ejercicio de sus derechos, en definitiva, con su plena realización como persona¹⁷, que en punto al ejercicio de la acción de separación legal del incapacitado puede aconsejar la legitimación activa del tutor. Aun así, no ignoramos el riesgo que conlleva este planteamiento, en tanto perturbador de la naturaleza de estas acciones. Por ello hay que insistir en que el criterio que permite y fundamenta la sustitución (la representación legal) ha de ser el *mayor interés del incapaz*, entendido como la búsqueda de la solución más ajustada a las circunstancias vitales del incapaz -y no a las de su(s) representante(s) o a las de su entorno familiar y social-, y que le permita desarrollar, al igual que al resto de los ciudadanos, su personal proyecto de vida. Este interés habrá de ser apreciado asimismo por el Juez, quien otorgará la correspondiente autorización para que el tutor pueda ejercer la acción por su pupilo, cumplimentando, de esta forma, el mandato del art. 271.6º CC.

¹⁷ Cfr. PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1991, p. 105. Cfr. asimismo ALVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., “Capacidad e incapacidad en el Derecho. Un reconocimiento jurídico del retraso mental: la incapacitación”, en SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. (coord.), *Derecho y retraso mental...*, cit., pp. 104 y ss., en particular pp. 138-142.

Y es que las normas jurídicas no desempeñan sólo una función de estabilización y refrendo de las situaciones sociales; son asimismo un instrumento de cambio y mejora o perfeccionamiento. La persona incapaz dispone de idénticos derechos que el resto de los miembros de la sociedad, y la imposibilidad de ejercitarlos por sí sola no debe conducir a que aquellos derechos queden meramente latentes o confinados a causa de su deficiencia. Es precisamente aquí, en orden a culminar la tarea de normalización y plena integración social de estas personas, donde resulta indispensable la intervención del Derecho.