

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias comentadas

INCAPACIDAD DE OBRAR Y ACCIONES PERSONALÍSIMAS DE ESTADO (A propósito de la STC núm. 311/2000, de 18 de diciembre)

ENRIQUE RAMOS CHAPARRO
Profesor Titular de Derecho civil

SUMARIO: 1. Síntesis de los hechos. 2. Razonamiento de la Sentencia. 3. Razonamientos del Voto particular del mismo Ponente. 4. Comentarios con otros argumentos: 4.1 El carácter personalísimo no es una pura construcción doctrinal. 4.2 *Carácter personalísimo y representación legal no son absolutamente incompatibles en los actos inter vivos.* 4.3 En las acciones de estado personalísimas sólo se excluye la actuación en interés de persona distinta al sujeto del vínculo, pero no la actuación representativa en interés del mismo cuando es incapaz de obrar. 4.4 Supuestos el matrimonio y la capacidad para consentir, hay que entender subsistente la acción separatoria incluso en el caso de incapacidad de obrar sobrevenida de alguno de los cónyuges.

1. Síntesis de los hechos

Una mujer casada y separada de hecho fue incapacitada por Sentencia, como consecuencia de un accidente, nombrándosele como tutora a su madre, contra la expresa oposición del marido.

La madre, tras obtener autorización judicial para litigar en nombre de su hija (art. 271.6 Cc.), interpuso demanda de separación y solicitud de medidas provisionales.

El Juzgado declaró no haber lugar a lo pedido, por apreciar falta de legitimación para dicha pretensión, ya que se trata de un acto personalísimo, derivado de un derecho del mismo carácter, en el que únicamente ostentan legitimación procesal para ser parte los cónyuges.

Los recursos de apelación fueron desestimados, pues la Audiencia siguió la misma tesis, fundándola expresamente en el art. 81 Cc. comparado con el art. 74, y en la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 26 de mayo de 1982).

Además, la Audiencia declaró, contra el argumento de igualdad utilizado por la recurrente, que «no puede haber igualdad entre sujetos naturalmente desiguales, como lo son la persona capaz y otra incapaz...».

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación en interés de la Ley, y la tutora formalizó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando lesión de los principios de igualdad y tutela judicial efectiva (14 y 24.1 CE). El Ministerio Fiscal interesó también la admisión de este recurso en su escrito de alegaciones.

2. Razonamiento de la Sentencia del TC

Tras considerar que está agotada la vía judicial, pese a la interposición del recurso de casación en interés de la Ley (porque éste en ningún caso puede alterar la situación de la demandante ni ser remedio posible de su eventual lesión de derechos constitucionales), la Fundamentación jurídica comienza por exponer sumariamente la doctrina del derecho a la tutela judicial efectiva en su concreta relación con el tema de la apreciación jurisdiccional de falta de legitimación activa.

Se parte de la base de reconocer que el acceso a la jurisdicción, en cuanto incluye el derecho a obtener una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, no es absoluto o incondicionado, sino que «está conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido y establecen los presupuestos y requisitos para su ejercicio», entre los cuales puede haber «límites al pleno acceso a la jurisdicción siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos»¹.

De aquí se deduce que el mencionado derecho fundamental puede verse conculcado tanto por vía *legal* (mediante normas que impongan obstáculos innecesarios, excesivos, no razonables o no proporcionados respecto a los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco constitucional), como por vía *aplicativa* o *exegética* (mediante interpretaciones judiciales manifiestamente erróneas, o basadas en criterios que por su rigorismo o formalismo excesivo revelan una clara desproporción entre los fines que la norma preserva y los intereses que se sacrifican)².

En función de todo esto, es doctrina reiterada del TC que los Jueces y Tribunales han de «interpretar con amplitud las fórmulas utilizadas por las Leyes procesales para atribuir legitimación activa», pudiéndoseles censurar, en consecuencia, las apreciaciones excesivamente restrictivas de las normas aplicables, como interpretaciones contrarias a la efectividad del derecho fundamental reconocido en el art. 24. 1 CE³.

Expuesta esta doctrina, el Fdto. 4.º la aplica al caso, comenzando por considerar que la separación conyugal satisface un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial cuando ésta les resulta perjudicial en los supuestos legalmente previstos como causas de separación.

Tal interés y tales perjuicios pueden darse también en los incapacitados casados, e incluso «de modo más dramáticamente perceptible», si quedasen, por su desvalimiento, bajo una sumisión absoluta al cónyuge capaz. Esta posible situación se califica como «vitanda», y se declara que su único remedio posible es, precisamente, el ejercicio de la acción separatoria.

Por dichas circunstancias, la negativa de legitimación a la tutora «*determina inexorablemente el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de la incapacitada a la tutela judicial, si se advier-*

¹ Fdto. 3.º, con cita de SSTC 140/1993, de 19 de abril, Fdto. 6º; 12/1998, de 15 de enero, Fdto. 4.º.

² *Ibidem*. Se citan la STC 35/1999, de 22 de marzo, Fdto. 4.º, y las SS citadas en él.

³ Se citan las SSTC 24/1987, de 25 de febrero, Fdto. 2.º; 93/1990, de 23 de mayo, Fdto. 2.º; 195/1992, de 16 de noviembre, Fdto. 2.º; 285/1993, de 4 de octubre, Fdto. 2.º; 34/1994, de 31 de enero, Fdto. 3.º.

te que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el art. 2 LECiv., el ejercicio de la separación sólo puede verificarse por medio de su tutor; con lo que, si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia. Y puesto que ésta se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho de tutela judicial efectiva, contra la que se demanda el amparo de este Tribunal, que debe ser otorgado.»

Finalmente, el Fdto. 5.º corrobora esta conclusión desde la perspectiva de la igualdad en relación con el cónyuge capaz, puesto que la decisión recurrida *«desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que derivan del art. 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio; por lo que resulta vulneradora del art. 14 CE.»*

3. Razonamientos del voto particular del mismo Ponente

El voto particular del Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas, aunque comparte el sentido del fallo, procura fundamentarlo en argumentos de índole más civil o sustantiva, tratando de impugnar directamente la *ratio decidendi* de las sentencias anuladas mediante una reflexión crítica sobre la misma.

Con criterio exegético muy abierto e independiente, pero, sin duda, científico y bien fundado, niega, en primer lugar, que del art. 81 Cc., por sí sólo, se pueda deducir la exclusividad de la legitimación de los cónyuges, y afirma que ésta sólo resulta de una interpretación sistemática que lo pone en relación con el art. 74 y otros del mismo Código. Si en estos últimos preceptos se prevé expresamente la legitimación de personas distintas a los cónyuges, se deduce que en el caso del art. 81 ello no es posible, por no estar prevista esa posibilidad.

Pero, según el Magistrado, esta comparación normativa y la conclusión que de ella se quiere deducir no son aceptables, porque equiparan como supuestos homogéneos dos hipótesis de muy distinto significado: por un lado, la del tutor del incapaz, que actúa en interés del mismo, y por otro, la de los terceros ajenos al vínculo que actúan por su propio interés (en el caso de la nulidad): *«pues el hecho de que terceros ajenos a los cónyuges puedan quedar excluidos del ejercicio de las acciones, expresamente atribuidas a éstos, sin mención de otros legitimados, nada tiene que ver con el hecho de que los representantes de los cónyuges incapacitados puedan ejercitar, o no, en nombre e interés de éstos, las acciones que la ley les concede, cuando por su incapacidad, éstos no pueden ejercitarlas por sí mismos directamente. Se mezclan en la argumentación de la Sentencia supuestos de diferente índole, para extraer de la previsión legal de unos la solución aplicable al otro, criterio hermenéutico que no me parece en sí mismo consistente, y que, en la medida en que conduce a la restricción de un derecho fundamental como el de la tutela judicial efectiva, considero constitucionalmente inaceptable.»*

Esta primera y concreta tesis del voto particular puede ser suscrita, a nuestro juicio, por todo civilista que, en tema de capacidad, anteponga el rea-

lismo, el sentido común y la protección de la persona incapaz a cualquier otra consideración basada sólo en categorías formales o en conceptos y clasificaciones rigurosas de la técnica jurídica.

Por eso vamos a utilizarla después, como punto de partida de nuestro propio razonamiento, desarrollando sus presupuestos implícitos y sus consecuencias más concretas. En esta crítica a la escueta argumentación «legalista» de la Sentencia de apelación, subyace una idea de la incapacidad como límite relativo y dúctil de la subjetividad activa, que sólo tiene sentido en cuanto protector de los intereses del sujeto, pero que no puede erigirse en obstáculo insalvable para su propio beneficio.

Pero el voto no se detiene aquí. Animada por el ímpetu crítico, su argumentación se eleva y se generaliza, llegando a declarar que «*el concepto de acción personalísima, en que las resoluciones recurridas fijan la clave de su decisión, no es una categoría legal discernible, sino una mera categoría doctrinal, que, para ser admitida en la función que las resoluciones recurridas le reconocen, debiera tener una base legal indubitada.*»

Creemos que en esta opinión se mezcla una exageración inaceptable (la índole meramente doctrinal del carácter personalismo) con un buen criterio interpretativo, que debemos salvar: que de un concepto técnico e instrumental no se pueden deducir consecuencias manifiestamente injustas, y menos si se llega a la inconstitucionalidad.

Las pruebas de Derecho positivo que el voto utiliza para demostrar su criterio son una profundización o desarrollo de las ya esgrimidas por la recurrente y el Ministerio Fiscal, y se pueden reducir a tres:

a) El art. 267 Cc. no distingue entre actos personalísimos o no personalísimos para definir el ámbito de las facultades representativas del tutor, sino que únicamente excluye del mismo los actos que el incapacitado pueda realizar por sí solo en virtud de expresa disposición legal o judicial. Luego, *prima facie*, se puede deducir de este precepto la legitimación procesal del tutor para la acción separatoria.

b) El art. 49 CE impone una interpretación del sistema tutelar que no conduzca al resultado de impedir al incapacitado el disfrute de los derechos fundamentales. Por tanto, el reconocimiento de legitimación al tutor para ejercitar representativamente la acción separatoria viene exigido por la necesidad de situar en una posición de igualdad al cónyuge incapacitado y al capaz, superando así su «desigualdad natural» mediante el mecanismo legal previsto para ello, que es la tutela.

c) En el sistema legal actual se encuentran muchos casos en que, a pesar del carácter personalismo del acto, está prevista expresamente la sustitución del incapaz por su tutor o representante legal. Por ejemplo: para internar al tutelado (271.1 Cc.), para decidir su esterilización (156.2 Cp.), para las opciones sobre el estado de nacionalidad (20.2.a Cc.), para el ejercicio de las acciones filiatorias (129 Cc. [actualmente: 765.1 LECiv]), y para el consentimiento sobre intimidad o imagen (3.2 LO 1/1982), entre otros.

Además de estos tres argumentos, el Magistrado introduce otro nuevo, más específico y concluyente: que la Ley da por supuesta la existencia de procesos matrimoniales de separación o de divorcio en los que el ejercicio de la acción correspondiente sólo puede haberse realizado por el tutor. Esta presuposición se ve en la Disp. Adic. 8.^a de la Ley 30/1981 [hoy en el art. 749.2 LECiv], cuando impone la intervención del Ministerio Fiscal «siempre que

alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes». Como no distingue la posición activa o pasiva de los cónyuges en la causa, se deduce que los cónyuges incapacitados –mediante sus tutores– pueden ser demandantes de separación, de nulidad o de divorcio, en cuyo caso sería necesaria la presencia del Ministerio Fiscal, lo mismo que cuando sean demandados en aquellas circunstancias.

4. Comentarios con otros argumentos

4.1 *El carácter personalísimo no es una pura construcción doctrinal*

Este caso produce una especie de molesto desasosiego en el civilista «académico» porque, efectivamente, el mantenimiento a ultranza de la categoría clásica de acción personalísima (con todas sus consecuencias, incluida la imposibilidad de actuación representativa) conduce en él a un resultado absurdo y manifiestamente injusto, en el cual, sin embargo, no temieron incurrir los Jueces y Tribunales que conocieron de los hechos.

El teórico, preocupado a la vez por la recta doctrina y por la justicia material, experimentará, pues, una fuerte vacilación o duda sobre ese concepto de acción personalísima, y tal vez caiga en la misma fácil tentación que el voto particular: decidir, por sí y ante sí, que se trata de un dogma o prejuicio introducido por la doctrina, sin base jurídico-positiva suficiente. Según tal dictamen, se podría arrumbar sin escrúpulo entre los trastos «pedagógicos», didácticos o escolares, que sólo sirven para explicar mejor el Derecho pero no para su concreta aplicación jurisdiccional.

Pero hay otra manera más ortodoxa o menos radical de evitar el resultado absurdo sin tener que negar la naturaleza básica y verdaderamente *legal* del límite a la subjetividad activa que supone el llamado carácter personalísimo, y es la que intentaremos exponer aquí, aprovechando los argumentos del voto particular en lo mucho que tienen de verdaderos y válidos.

Partimos, por tanto, de la base de que dicho carácter no es un puro invento de los autores, sino que éstos simplemente lo han descubierto y expuesto a partir de datos expresos en normas concretas y deducibles de los principios generales.

La misma palabra «personalísimo» fue utilizada más de una vez por la redacción originaria del Código civil en preceptos que continúan vigentes: vgr.: art. 469 (referida a derechos y asociada explícitamente a la intransmisibilidad de los mismos), y 670.1 (referida al acto de testar, y asociada a la imposibilidad de representación o delegación).

La doctrina no ha hecho más que categorizar o generalizar ese concepto legal para encuadrar aquellas situaciones jurídicas (sean derechos, obligaciones o actos relacionados con ellas) que pueden presentar como notas características alguna de estas tres, o todas ellas:

1.ª ser intransmisibles *inter vivos*; 2.ª necesitar el ejercicio personal o sin representación, y 3.ª extinguirse por la muerte del sujeto.

En dicha categoría se incluyen principalmente los derechos de la personalidad y las facultades integradas en el estado civil, aunque también puede haber, y de hecho hay, derechos patrimoniales personalísimos, tanto reales (vgr.: 525 Cc.) como de crédito (arts. 1161 y 1275 Cc.).

En abstracto se puede decir que el *intuitus personae* o situación personalísima supone la existencia de un requisito añadido por la Ley o por la autonomía privada a los presupuestos ordinarios de la subjetividad, distinto a la capacidad jurídica y a la capacidad de obrar, que consiste en la pre-determinación del sujeto con carácter exclusivo, o sea, en la identificación precisa del único sujeto posible, dando así lugar a un límite jurídico *sui generis*, que no es propiamente una prohibición, porque no tiene que existir necesariamente como tal, y porque, en realidad, se basa en la misma *ratio*, esencia o naturaleza de la situación así calificada, y no se dirige a proteger intereses generales o ajenos al sujeto, sino precisamente todo lo contrario.

Efectivamente, es esa inherencia del derecho, acto o situación a la mismísima personalidad, —en lo que ésta tiene de «individualidad» o singularidad única—, lo que fundamenta lógicamente y racionalmente la categoría legal del carácter personalísimo.

Esta razón general se ejemplifica muy bien en la acción del caso presente: la de separación conyugal que, junto a la de divorcio, hay que considerar ciertamente como personalísima (a diferencia de la de nulidad), porque, presupuesta la validez del matrimonio, instrumenta unos intereses y derechos que, por su propia naturaleza, sólo los esposos pueden valorar y ejercitar, y en los que toda actuación ajena, o movida por otros intereses, resulta claramente una intromisión intolerable en el ámbito de decisiones sumamente personales e íntimas.

Al constituir dichas acciones los cauces legales para la resolución de las crisis matrimoniales, y al pertenecer éstas al ámbito estrictamente «reservado» de las decisiones individuales, resulta que únicamente los propios cónyuges pueden gozar de legitimación para ejercerlas⁴.

Hay aquí como un paralelismo antitético con respecto al propio *ius conubi*, también personalísimo sin ninguna duda. Pues bien, así como sólo el propio sujeto interesado puede tomar la decisión de casarse, así también sólo el mismo casado está facultado para intentar el divorcio o la separación, que significan la ruptura *ex post facto* del matrimonio. Sin ese «monopolio» de ambas acciones por parte de los cónyuges se podría ver conculcado el mismo derecho fundamental a casarse (o no) y a permanecer (o no) unido por un matrimonio válido, puesto que éste último podrían impedirlo personas ajenas al vínculo.

Si recordamos ahora, incidentalmente, que no repugna al carácter personalísimo del *ius conubi* la posibilidad excepcional del matrimonio por apoderado (art. 55 Cc., porque ese «poder» no significa una representación propiamente dicha), podemos ya anticipar, siguiendo el paralelismo, que tampoco la interposición o asistencia del tutor para suplir la incapacidad procesal del cónyuge incapacitado tiene por qué contradecir esencialmente la naturaleza personalísima de la acción separatoria, ya que (igual que el matrimonio por

⁴ Distinto es el caso de la acción de nulidad, pues en ella se discute e impugna la misma existencia del vínculo, como estado civil válido y eficaz, para cuya pretensión deben también ser legitimados los «terceros», además de los cónyuges, porque, en virtud de la eficacia *erga omnes* del *status* puede que existan personas realmente perjudicadas por una apariencia de matrimonio, a los que no se puede dejar en indefensión, y porque el Ministerio Fiscal debe velar por la legalidad de los vínculos, en interés general. No obstante, hay que advertir que incluso algunos supuestos de nulidad se configuran legalmente como subordinados a una acción, si no personalísima, sí restringida a un núcleo estricto de personas legitimadas.

poder) tampoco atenta contra la verdadera finalidad y el interés salvaguardados por el *intuitus personae*, sino que los salva e incluso los preserva de una posible inoperancia o inexistencia práctica.

Pero antes de entrar en este nuevo tipo de argumentos, terminemos la reflexión del presente apartado.

Habiendo aceptado que el carácter personalísimo es un auténtico límite legal de la subjetividad activa, con un fundamento racional indiscutible, y no una simple especulación teórica de la que pueda prescindirse en la aplicación del Derecho, tenemos ahora que dedicarnos a aquilatar o precisar su significado, porque, ciertamente el legislador no ha perfilado todos sus detalles ni ha previsto todas sus posibles consecuencias en cada uno de los actos.

Aquí es donde, tal vez, la doctrina haya podido pecar de excesiva generalización o de esquematismos simplificadores y realmente inexactos. Puede que se haya instalado la creencia, algo ingenua, de que las tres notas caracterizadoras que indicamos antes han de existir siempre efectiva y acumuladamente en todos los casos y con igual intensidad. Pero tales posibles errores de enfoque, que se desvanecerían con la sola consulta del Código civil, no suprimen ni alteran el dato legal básico: es decir la existencia real del carácter personalísimo como «categoría discernible» de nuestro ordenamiento jurídico. La cuestión es, pues, cómo discernirla con exactitud.

La praxis jurisprudencial estimula así a la investigación para repensar y rectificar aquellas eventuales concepciones exageradas o desviadas, en las que parece haber incurrido, por ejemplo, la sentencia de apelación anulada en este caso por el TC. Ello habrá de hacerse mediante un análisis más detenido de todas las hipótesis, que ayude a sacar a la luz el sentido auténtico de la actuación personalísima como exigencia o presupuesto legal. En este comentario, sin embargo, nos limitaremos concretamente a las acciones de estado, y, sobre todo, a las personalísimas del estado matrimonial.

4.2 *Carácter personalísimo y representación legal no son absolutamente incompatibles en los actos inter vivos*

Esta conclusión está ya demostrada en el voto particular mediante la enumeración de la larga serie de «excepciones» a la (supuesta) regla general de que no se puede representar al incapaz de obrar en los actos personalísimos, entre las cuales, la que más destaca, a nuestro juicio, es la del antiguo art. 129 Cc. (hoy 765.I LECiv.), al permitir, con carácter general, la representación legal en las acciones filiatorias⁵.

Casi bastaría el argumento análogo para aplicar la misma consecuencia a las acciones matrimoniales personalísimas que correspondan a incapaces, porque existe identidad de razón. Esa legitimación, considerada «excepcional», de los representantes legales o el Ministerio Fiscal obedece al designio legal de no obstaculizar el ejercicio de las acciones sobre el estado de filiación durante la minoría de edad del sujeto o su incapacitación, lo cual presupone, a su vez, que para la *mens legis* no hay contradicción esencial entre el carácter personalísimo y la representación legal del incapaz de obrar. De lo

⁵ Aunque no todas ellas sean personalísimas, sí hay algunas en las que la configuración legal de la legitimación activa permite deducir tal carácter, vgr.: las de los arts. 132.1, 133, 136 y 137 Cc. A éstas también se aplica, sin distinción, la regla general de representación.

contrario, o bien hubiera exceptuado esta última en los casos correspondientes, o bien hubiera prescindido de configurar como personalísimas algunas de estas acciones y de diferenciarlas así de las demás.

La misma finalidad de no estorbar el ejercicio de facultades, y el mismo presupuesto implícito de que la representación legal no elimina el carácter personalísimo en materia de estado se observan en los arts. 20.2 y 14.3 *in fine* Cc. relativos a las opciones sobre el estado de ciudadanía (nacionalidad española y vecindad civil).

Por eso, más que como «excepciones», estas normas deben ser vistas como la expresión de la verdadera regla o criterio general, según la cual el significado «personalísimo» que ostentan algunas acciones de estado sólo excluye la transmisibilidad⁶, y la representación voluntaria propiamente dicha, pero no, de suyo, la representación legal⁷.

Este principio es aplicable a las acciones de separación y divorcio, integrando así esa suerte de laguna o imprevisión legal de que adolece la redacción literal del Código civil. Salvando, pues, el carácter personalísimo (como verdadera diferencia jurídica de dichas acciones respecto a la de nulidad), se admite la representación legal del cónyuge incapacitado, como solución congruente con lo que es pauta general en el tratamiento legal de la misma materia.

Invocamos antes el caso del matrimonio por apoderado como otro ejemplo de aparente excepción al significado personalísimo, incluso con la circunstancia agravante de parecer representación «voluntaria», es decir, basada en la decisión de un sujeto con capacidad de obrar que nombra a un mandatario.

Pero, como es sabido, el llamado poder para contraer matrimonio no es representación propiamente dicha, ya que tal apoderado sólo sustituye al contrayente en la presencia física y en la simple declaración del consentimiento, mas para nada interviene ni puede intervenir en la formación o configuración del vínculo que se contrae. Es un mero *nuntius*, una figura vicaria o simbólica del contrayente, y no un *procurator* ni un gestor con voluntad propia e influyente en el acto.

Por eso no contradice a la naturaleza personalísima de la declaración del consentimiento matrimonial el que se haga por esa vía de representación impropia, siendo así que no puede hacerse por la verdadera representación, ni la legal ni la voluntaria, ya que se trata de una facultad –no acción– personalísima.

En cambio, en el supuesto de la acción separatoria, dicho carácter no excluye *a priori* la representación legal, porque, como hemos dicho, es evidente el designio legal de que las situaciones de incapacidad de obrar (sea por

⁶ Con las debidas salvedades a la sucesión *mortis causa* excepcional prevista para las acciones filiatorias en el art. 132.2 Cc. La norma del antiguo art. 130 Cc., hoy contenida en el 765.2 LECiv., no constituye propiamente una excepción al carácter personalísimo, pues sólo hay sucesión procesal en acciones ya entabladas en vida del hijo.

⁷ Este criterio general sólo se refiere a las *acciones*. En cuanto a las *facultades* de estado, que integran su contenido personal y no se ejercitan mediante reclamación judicial, hay que entender que tienen un carácter personalísimo más acentuado aún que las acciones propiamente dichas, pues en tales derechos y facultades *si* está excluida la actuación de los representantes legales, salvo que la ley expresamente la reconozca (como es el caso de las opciones de ciudadanía antes citadas). Dicha exclusión ocurre, por ejemplo, para el matrimonio, o el reconocimiento de hijos. Así pues, sólo se deberían considerar como verdaderas y taxativas excepciones legales al carácter personalísimo las que se refieren a las facultades de ejercicio extrajudicial, pero no a las acciones, porque en éstas el criterio legal general es el de la compatibilidad con la representación legal, como hemos visto.

minoría de edad o por incapacitación) no constituyan un obstáculo insalvable para el ejercicio de las acciones de estado.

4.3 *En las acciones de estado personalísimas sólo se excluye la actuación en interés de persona distinta al sujeto del vínculo, pero no la actuación representativa en interés del mismo cuando es incapaz de obrar*

Este es el postulado que resulta, a nuestro entender, de la correcta interpretación del régimen legal con criterio sistemático y teleológico, y es la razón que explica satisfactoriamente las diferencias de legitimación activa que existen entre la separación y el divorcio por un lado y la nulidad por otro, e incluso entre las distintas causas de nulidad.

Efectivamente, la genuina interpretación sistemática de los arts. 81, 86 y 88 en comparación con el 74, 75 y 76, así como la de los arts. 132.1, 133, 136 y 137, en relación con el 131.1 y el 140 Cc. no es la que expone la simplista y sesgada fundamentación de las sentencias anuladas, sino aquella que, partiendo de la *ratio legis* del límite llamado «carácter personalísimo», y a la luz de los principios que rigen actualmente la incapacidad de obrar, concluya, como el voto particular, que lo único que la Ley quiere evitar en las acciones que tienen tal carácter es que el proceso sea iniciado por alguien distinto al mismo sujeto del vínculo y para proteger un interés propio de ese «tercero».

Cuando, por no ser personalísima la acción, se legitima también a otros sujetos, éstos se suponen portadores de un interés «directo» y comprobable, cuya existencia es verdadero requisito sustantivo de su legitimación. Pero en las personalísimas se veda totalmente a esos «extraños» y a sus posibles intereses la posibilidad de abrir la vía judicial para ejercitar tales acciones de estado.

Ello significa, en la práctica, dejar al único y exclusivo arbitrio del sujeto del vínculo el ejercicio de ciertas acciones (aquéllas que protegen intereses intrínsecamente vinculados a los bienes de la personalidad y, especialmente, a la libertad personal en relación con los estados civiles), lo cual es perfectamente congruente con la verdadera y ontológica inherencia de los *status* a la misma persona, es decir, a cada individuo humano.

El carácter personalísimo en estas materias, es, por tanto, un instrumento para defender y garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, e incluso, en cierto modo, la intimidad, no en el sentido de evitar publicidad, sino ingerencia. Procura reservar, desde la ley, un ámbito de decisiones y actos, que por su propia naturaleza son inseparables del propio sujeto, y se le atribuyen en exclusiva.

Interpretado así, teleológicamente, vemos que el tecnicismo jurídico del *intuitus personae*, en su consideración de límite, prohibición o negación, sólo mira «hacia afuera» del propio sujeto, y no, de suyo, hacia él mismo. Además, parece presuponer, para su normal funcionamiento, la capacidad de obrar de éste. Pues, si se le niega la acción a todos los demás, será porque se parte de la base de que él (es decir: el sujeto del vínculo) sí puede ejercitarla.

Ahora bien, de hecho puede ocurrir que no se de ésta última hipótesis, es decir: habrá casos en que el único legitimado sea incapaz de obrar.

En tales supuestos no cabe interpretar que el carácter personalísimo suponga en la práctica la inexistencia o extinción de la misma acción de estado.

1.º porque, como se vió, la misma Ley, cuando los ha previsto expresamente, los resuelve en favor de la legitimación de los representantes legales, y

2.º porque, en sí misma, dicha exégesis –que fue la seguida en los procesos civiles de este caso– se aparta ostensiblemente de la finalidad o *ratio* propia del carácter personalísimo en las acciones de estado, mirando hacia el sujeto mismo y no hacia los terceros, e introduciendo consecuencias que exceden al propósito de la Ley.

Por tanto, como hay que entender que la acción personalísima de estado, dado el rango fundamental que ostenta, no puede quedar anulada o radicalmente enervada por la incapacidad de obrar del único sujeto legitimado, hay que concluir también que, en tal supuesto, debe entrar en juego la representación legal, salvando siempre una posible disposición especial de la eventual sentencia incapacitante, que autorice al incapacitado a ejercitarla por sí solo.

Dado que en la representación legal sólo se actúa en interés del incapaz, no se conculca el carácter personalísimo, ni tan siquiera formalmente, porque la demanda será interpuesta en nombre de aquél, que es lo único que, en rigor, exige el *intuitus personae*. Para controlar la efectiva sumisión del representante al interés del incapaz hay mecanismos cautelares añadidos como la exigencia de previa autorización judicial y la presencia garantizadora del Ministerio Fiscal en el proceso.

La inicial resolución por la jurisdicción ordinaria del caso que comentamos pone de manifiesto la debilidad y el peligro que encierran las concepciones demasiado simples, rígidas o formalistas en temas de Derecho de la persona y de estado civil, y la necesidad, por tanto, de «hilar más fino», o discernir cada vez mejor el sentido de las categorías legales necesarias y útiles.

El Juzgado y la Audiencia debieron haberse percatado de que la incapacidad de obrar *procesal*, o «para comparecer en juicio», –que es, en realidad, la única clase de incapacidad que supone un obstáculo legal para la mujer incapacitada de nuestro caso–, nunca puede eliminar la legitimación activa en el plano sustantivo (es decir, la posibilidad legal de ejercitar una acción), ni la simple «capacidad para ser parte» (cf. art. 6.1, 1.º LECiv) y menos todavía si se trata de un derecho fundamental y personalísimo. Solamente impone el cumplimiento de lo previsto en las normas procesales aplicables (art. 7.1 y 2, y arts. 8-9 LECiv), que, en el presente caso, conducen a la misma solución consabida de la representación legal.

4.4 *Supuestos el matrimonio y la capacidad para consentir, hay que entender subsistente la acción separatoria incluso en el caso de incapacidad de obrar sobrevinida de alguno de los cónyuges*

El legislador de 1981 quiso compatibilizar, en alguna medida, la incapacitación y el matrimonio, permitiendo que el sujeto previamente incapacitado pueda casarse (cf. arts. 171.2, 4.º y 1330 Cc.), en función de lo que declare la sentencia de incapacitación y lo que resulte del dictamen médico previsto en el art. 56.2 Cc.

Resulta, pues, que, ya desde el origen del vínculo conyugal, alguno de los esposos puede estar incapacitado, y, por tanto, sujeto a tutela o a curatela por persona distinta de su cónyuge.

En tales casos hay que entender que el régimen procesal de las crisis matrimoniales y el de la acción de nulidad debe ser el mismo que en los demás matrimonios, pues de lo contrario, el de los incapaces resultaría inseparable e indisoluble *inter vivos*, lo cual repugna a los principios civiles actuales y carece de lógica o razón suficiente.

Es posible, como dijimos, que la sentencia de incapacitación hubiese incluido el ejercicio de las acciones personalísimas de estado en el ámbito de actuación eficaz reconocido directamente al propio sujeto, pero cuando no exista esta expresa previsión judicial, la única manera de salvar la identidad o igualdad del régimen de las crisis y de la nulidad es entender que el representante legal está llamado a suplir la incapacidad de obrar procesal del cónyuge en toda clase de acciones, incluidas las personalísimas de estado, previa la autorización judicial a que se refiere el art. 271.6 Cc.

Si esto es así en el matrimonio del previamente incapacitado, *a fortiori* deberá serlo en el vínculo del que fue incapacitado después de casarse. La única objeción práctica que podría presentarse es que, teniendo por tutor al otro cónyuge (capaz), se produjera un conflicto de intereses, pero este problema tiene una clara solución legal mediante la figura del Defensor Judicial nombrado *ad hoc* (299.1 Cc.).

En el caso de la sentencia que comentamos ni siquiera se dió esa circunstancia obstaculizadora de la «pureza» o autenticidad de la representación legal, por lo que es aún más evidente que no se conculcaba el carácter personalísimo, es decir, que sólo se pretendía actuar en interés de la única legítima posible. Otra cosa es que, después de admitida la demanda, el Tribunal no aprecie la existencia de la causa de separación, y deniegue la pretensión, porque ésto no implica desconocer o anular la legitimación activa (del cónyuge incapacitado, ejercida mediante su tutor) sino simplemente desestimar la acción por motivos de fondo.

Como, por otro lado, la resolución judicial que incapacitó a aquella mujer casada no se pronunció expresamente sobre el ejercicio de las acciones personalísimas de estado (previsión que en tal supuesto parece más justificada o lógica que en el caso del incapacitado soltero), resulta de las reglas generales que aquel matrimonio –separado de hecho– gozaba del mismo régimen en cuanto a las crisis que todos los demás, es decir: existen todas las acciones posibles (separación, divorcio y nulidad) y conservan sus requisitos de causa legal, legitimación y plazo de caducidad en los mismos términos previstos en el Código para cualquier matrimonio, es decir, sin distinción en cuanto a la posible incapacitación antecedente o sobrevenida de alguno de los cónyuges o de ambos.

La esencial tipicidad del contenido personal del estado civil, su naturaleza «institucional», traen, como ineludible consecuencia, la efectiva igualdad de dicho contenido en todos y cada uno de los vínculos existentes dentro del mismo tipo. O sea, que todos los matrimonios son formalmente iguales en cuanto a los derechos, deberes y acciones relativos al aspecto personal (no a los aspectos patrimoniales derivados).

No se puede, por tanto, admitir que las circunstancias subjetivas de los cónyuges –aunque sean jurídicamente relevantes a otros efectos– modifiquen o disminuyan dicho contenido institucional, tipificado e igualitario, ni supongan la exclusión o ineficacia práctica de los derechos y acciones que son esenciales e inherentes al vínculo de estado.

Este efecto se produciría en el caso de los casados incapacitados si el carácter personalísimo significase, para ellos, la imposibilidad real de separarse o divorciarse, lo cual es manifiestamente falso y absurdo, y no parece que se pueda defender bajo ningún concepto.

El planteamiento que estimamos correcto, resulta, por el contrario, del todo lógico y evidente: o bien el incapacitado casado tiene reconocida judicialmente la capacidad para actuar por sí solo en el ámbito personalísimo (lo cual es muy congruente con su propio estado, presupuesta la capacidad matrimonial), y entonces no hay ningún problema, o bien no la tiene, en cuyo caso su actuación se debe producir mediante la representación legal debidamente controlada.

El mantenimiento de la congruencia entre la capacidad matrimonial y la capacidad para los actos «derivados», accesorios o subsiguientes al *status* conyugal no es solamente un postulado lógico, sino que tiene una concreta plasmación legal: el régimen de capacidad para otorgar Capitulaciones Matrimoniales (arts. 1329 y 1330 Cc.) y para hacer donaciones por razón del propio matrimonio (art. 1338 Cc.). En estos preceptos se modifican las reglas generales sobre la capacidad de obrar patrimonial y dispositiva, en beneficio del menor o del incapacitado, siguiendo el criterio de la antigua *regula*: «*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*».

El citado art. 1330 requiere una «asistencia» del representante legal que, al igual que el «concurso y consentimiento» del 1329 y la «autorización» del 1338, no puede significar verdadera y propia representación (ya que las mismas normas están reconociendo o atribuyendo la *capacidad* del sujeto en este ámbito), sino mera conformidad, asentimiento o colaboración del representante a una voluntad formada y expresada por el menor o el incapacitado.

Creemos que en nuestro caso de la acción separatoria este principio de congruencia se impone con más fuerza todavía, porque la misma pertenece al contenido personal y esencial del vínculo y no simplemente a los efectos patrimoniales accesorios.

Habría que entender, por tanto, que si el incapaz pudo decidir en orden al matrimonio (en el caso de incapacitación anterior a las nupcias), puede hacerlo también en orden a la separación, y que, en tales casos, la intervención procesal del tutor es mera *asistencia* a la declaración de un consentimiento propia y genuinamente personalísimo del cónyuge.

Cuando la incapacitación es posterior al matrimonio debe seguirse la misma consecuencia siempre que el grado de discernimiento del sujeto sea suficiente para formar y expresar la voluntad de separarse, o sea, para entender y querer las consecuencias de dicha situación.

Sólo en el caso de una incapacitación sobrevenida total o plena, con falta absoluta de autogobierno o con un grado mínimo e insuficiente de discernimiento psíquico, adquiere verdadero carácter *representativo* la intervención del tutor. Pero, como hemos repetido a lo largo de este comentario, ni siquiera en tales casos extremos se conculca realmente el carácter personalísimo, dada la naturaleza intrínsecamente asistencial y tuitiva de la representación legal del incapacitado.

Aunque, ciertamente, sea el tutor el que valore y finalmente decida la conveniencia de la separación (siempre en función de las *causas* legales que, a su juicio, concurren en el caso) todo lo hace —o lo debe hacer— en interés exclusivo del tutelado y mirando sólo al beneficio de éste, según lo entienda el propio tutor, que es, legalmente, el primer encargado de procurarlo.

En el curso del proceso se averiguará si su actuación obedece realmente a este fin, y, sobre todo, si existe o no la causa de separación alegada por él.

Como se ve, todavía tiene la última palabra el Poder Judicial, garante último del beneficio de los incapaces, pues será el Tribunal, oído el Ministerio Fiscal, el que valore definitivamente la conveniencia concreta de tal separación respecto al interés personal del incapacitado, decretándola o no.

Esta solución, que tiene indudables apoyos en el Derecho positivo, se basa además, como hemos intentado demostrar, en la propia *ratio* del límite legal que significa el carácter personalísimo en las acciones de estado, y en los principios que rigen la incapacidad de obrar, concretamente en la idea fundamental de que dicha situación es sólo protectora, casi «privilegiadora», pero nunca jamás obstaculizadora del beneficio neto del incapaz.