

Por todo lo expuesto entiendo, y así lo manifiesto en este Voto particular, que debió desestimarse el recurso de amparo.

Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil.—Pablo Cachón Villar.—Firmado y rubricado.

1150 *Sala Segunda. Sentencia 311/2000, de 18 de diciembre de 2000. Recurso de amparo 1158/98. Promovido por doña Encarnación Palomo Cayón, en su calidad de tutora de la incapacitada doña Encarnación Ballesteros Palomo, frente a las Sentencias de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de Primera Instancia de Oviedo que inadmitieron sus demandas de medidas provisionales y de separación matrimonial. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia) y a la igualdad: legitimación de una madre, tutora de su hija incapacitada, para ejercer acciones de separación matrimonial y de medidas preliminares. Voto particular.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Carles Viver Pi-Sunyer, Presidente, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Tomás S. Vives Antón, don Vicente Conde Martín de Hijas y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1158/98, interpuesto por doña Encarnación Palomo Cayón, en su calidad de tutora de la incapacitada doña Encarnación Ballesteros Palomo, representadas ambas por la Procuradora doña Pilar Iribarren Cavalle y defendidas por el Letrado don Eduardo Estrada Alonso, contra las Sentencias núms. 105 y 106 de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Sexta), de fecha 23 de febrero de 1998, recaídas en apelación de las dictadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de la misma ciudad, en autos de juicio de separación 580/96 y autos de medidas provisionales 581/96, respectivamente. Ha comparecido el Ministerio Fiscal y don José Luis Valencia Fernández, representado por el Procurador don Antonio María Álvarez Buylla Ballesteros y defendido por el Letrado don Francisco Javier Gracia Menéndez. Ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el día 17 de marzo de 1998, doña Encarnación Palomo Cayón, en su calidad de tutora de la incapaz doña Encarnación Ballesteros Palomo, interpuso recurso de amparo contra las Sentencias dictadas por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, de fecha ambas 23 de febrero de 1998, recaídas en apelación formulada contra las Sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo, en autos de juicio de separación núm. 580/96 y de medidas provisionales núm. 581/96, respectivamente. Alega la recurrente la lesión de los derechos de igualdad y tutela judicial efectiva sin indefensión que consagran los arts. 14 y 24.1 CE.

2. La demanda de amparo se basa, en síntesis, en los siguientes hechos:

a) La Sra. Ballesteros Palomo, casada pero separada de hecho del Sr. Valencia Fernández desde hacía años, sufrió un accidente con graves secuelas físicas y psíquicas. La Sra. Ballesteros Palomo fue declarada mediante Sentencia incapaz y fue nombrada tutora de la misma su madre, la ahora actora (aunque con la oposición del Sr. Valencia).

Tras graves enfrentamientos entre la madre, Sra. Palomo Cayón, y el Sr. Valencia por el uso que hacía éste de los bienes de la incapaz, la primera en calidad de tutora presentó escrito en solicitud de autorización judicial para formular demanda y medidas de separación o divorcio contra el esposo de la tutelada. Por Auto de 31 de octubre de 1996, el Juzgado núm. 6 de Oviedo autorizó a la Sra. Palomo Cayón a interponer la mencionada demanda. La Audiencia (Sección Cuarta) confirmó esta decisión mediante Auto de 4 de febrero de 1998.

Con apoyo en el Auto de 31 de octubre de 1996, doña Encarnación Palomo Cayón interpuso demanda de separación (autos 580/96), en nombre de la incapacitada, contra el Sr. Valencia, solicitando la adopción de medidas provisionales (autos 581/96). El Juzgado núm. 3 de Oviedo dictó Auto, de 2 de abril de 1997, declarando no haber lugar a la adopción de las medidas provisionales al entender que la Sra. Palomo Cayón no estaba legitimada para cursar tal pretensión, al constituir un acto personalísimo derivado de un derecho del mismo carácter. Frente a esta resolución, la ahora recurrente formuló oposición, lo que dio lugar a incidente tramitado en pieza separada en el que recayó Sentencia de 9 de julio de 1997, por la que fue desestimada la mencionada oposición y confirmado el Auto de 2 de abril de 1997.

Paralelamente, fue dictada Sentencia de separación, de 11 de julio de 1997, por la que se estimó la excepción procesal de falta de personalidad de la actora, alegada por el Sr. Valencia, toda vez que «nos encontramos ante el ejercicio de un derecho de carácter personalísimo en que únicamente ostentan legitimación procesal para ser parte los cónyuges».

b) Se interpusieron sendos recursos de apelación contra las dos últimas Sentencias mencionadas, que fueron respectivamente desestimados. Así, en los autos 580/96 recayó Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Sexta), de 23 de febrero de 1998, cuyo fallo se fundamenta del siguiente modo:

«... acudir al principio constitucional de 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 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 (fundamento jurídico 2.º).

En consecuencia: A) Si ... el art. 81 CC alude exclusivamente a ambos cónyuges ... en su primer apartado, o uno de ellos frente al otro, en el segundo, son los únicos legitimados para solicitar su separación, bien entendido que cuando dicho legislador quiere excepcionar tal régimen de exclusividad así lo hace constar de manera expresa, como ocurre con el citado art. 74, al permitir que la acción de nulidad matrimonial pueda ser ejercitada, además, por cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella ...; y B) Por último, si además el Tribunal Supremo (STS 26-5-82) recuerda el carácter personalísimo de la acción de separación, hay que concluir en base a todo lo expuesto ... que no cabe la posi-

bilidad de que el tutor suplante al cónyuge, aunque éste se encuentre en estado de grave incapacidad, como parece el caso.»

En los autos 581/96, fue dictada Sentencia de apelación (también por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo), de 23 de febrero de 1998, por la que se desestimó el recurso, al considerar la Sala que «si se carece de legitimación para demandar la separación, igualmente se carece de la misma para solicitar medidas coetáneas a dicha demanda...».

3. En su fundamentación jurídica la demanda de amparo dice que «los argumentos que se recogen textualmente en la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo para denegar la legitimación de la tutora para ejercitar la acción de separación se centran fundamentalmente en una premisa que el juzgador declara incuestionable, cual 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».

Para la recurrente «tal afirmación no solo contradice el artículo 49 de la Constitución que concede iguales derechos a los incapaces que al resto de los ciudadanos, aunque no sea objeto de amparo constitucional, sino que vulnera claramente el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, al discriminar a Doña Encarnación Ballesteros Palomo denegándole su derecho a separarse o divorciarse, solo por la desgracia de haber tenido un accidente». Tal criterio es, según la parte, «inaceptable para todos los minusválidos e incapaces a quienes se está reconociendo el derecho a contraer matrimonio y ... se les impediría separarse o divorciarse», condenándolos «frente al resto de ciudadanos, a matrimonios eternos, privándoles de derechos y acciones».

El artículo 14 de la Constitución Española, continúa la parte, «es bien claro al considerar cualquier circunstancia personal o social como justificación de discriminación [*sic*] y no comprendemos cómo la incapacidad o minusvalía no es considerada por el juzgador como condición o circunstancia personal». «La sentencia recurrida no da siquiera posibilidad de entrar a considerar si existen las circunstancias que legalmente aconsejan la separación».

Se alude a continuación a las causas de separación establecidas en el art. 82 del Código Civil, y en concreto a las recogidas en los números 1, 5, 6 y 7.

Se afirma después que tampoco valora la finalidad fundamental de la tutela la que no es otra que actuar siempre en beneficio del tutelado con referencia a los artículos 209 y 868 CC en cuanto a las medidas que el juzgador debe adoptar para cumplir la finalidad de la tutela. Y se concluye la argumentación diciendo que «cuanto antecede, priva al incapaz de ejercitar la acción lo que contradice el principio de tutela efectiva del artículo 24 de la Constitución, dejándola desamparada. El artículo 24 de la Constitución se refiere a TODAS LAS PERSONAS para TODAS LAS ACCIONES y no excluye a los incapaces o minusválidos». «Por tanto habiéndose extendido el artículo 24 de la Constitución a todas las garantías procesales no puede quedar fuera la posibilidad de ejercitar una acción que priva al incapacitado del ejercicio de un derecho subjetivo. Concretamente se le priva de discutir el derecho de uso del domicilio conyugal que dudamos que se pueda formular en otro procedimiento que no sea en los matrimoniales».

En virtud de todo ello se solicita que se reconozca el derecho y legitimación de la tutora doña Encarnación Palomo Cayón para presentar demanda de medidas provisionales y separación, en representación de la incapacitada doña Encarnación Ballesteros Palomo, anulando

las Sentencias 105 y 106 de fecha 23 de febrero de 1998 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dictadas al resolver los recursos de apelación (rollo de apelación 684/97 y 686/97) del procedimiento de separación núm. 580/96 y de medidas provisionales núm. 581/96 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo, y anulando también las Sentencias de dicho Juzgado de 11 de julio de 1997 del primero de los procesos y de 9 de julio de 1997 del de medidas provisionales, así como el Auto de 2 de abril de 1997 de estas mismas medidas.

4. La Sección Tercera de este Tribunal por providencia de fecha 16 de junio de 1998 acordó admitir a trámite la demanda de amparo presentada; asimismo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó requerir atentamente al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo y a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de esa misma capital, a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes a los autos de separación núm. 580/96, pieza separada de oposición al auto de medidas provisionales núm. 581/96 y rollos de apelación núms. 684/97 y 686/97, respectivamente; debiendo previamente emplazarse para que, en el plazo de diez días, pudieran comparecer, si lo deseasen, en el recurso de amparo quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la recurrente en amparo.

5. Recibidas las actuaciones, se presentó escrito en fecha 10 de julio de 1998, suscrito por el Procurador don Antonio María Álvarez Buylla Ballesteros, en nombre y representación de don José Luis Valencia Fernández, por el que se personaba en este proceso constitucional, solicitando se entendiesen con él sucesivas actuaciones. La Sección acordó por providencia de 20 de julio de 1998 tener por personado y parte en el procedimiento a dicho Procurador en nombre de quien comparece y entender con él las siguientes actuaciones. Asimismo acordó dar vista de las mismas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días para que, conforme determina el art. 52.1 LOTC, presentaran las alegaciones que estimaran pertinentes.

6. En fecha 14 de septiembre de 1998 se recibe el escrito de alegaciones de la representación de don José Luis Valencia Fernández. En él, tras referirse al relato de antecedentes del recurso de amparo, rechazándolo, y aceptando del mismo tan solo en cuanto a su incidencia en este proceso, el matrimonio, la incapacitación de la esposa y las resoluciones judiciales que constituyen el objeto del proceso, alega en primer término la concurrencia en este supuesto de la causa de inadmisión consistente en la falta de agotamiento de la vía judicial previa, afirmando al respecto que en este caso dicha vía judicial se encuentra abierta desde el momento en que el Ministerio Fiscal ha interpuesto un recurso de casación en interés de Ley que se tramita ante la Sala Primera del Tribunal Supremo y que actualmente se encuentra pendiente de resolución. En cuanto a la cuestión de fondo planteada en el recurso de amparo, comienza negando la vulneración del derecho de igualdad, alegando al respecto, en resumen, que entre los acertados razonamientos de la Audiencia Provincial de Oviedo impugnada en amparo, se encuentra aquél, que ahora hace suyo dicha parte, y que consiste en considerar que no puede haber igualdad entre sujetos naturalmente desiguales, como lo son una persona capaz y otra incapaz, como aquí ocurre y máxime si se trata de una incapacidad de carácter absoluto. De forma que, continúa, de la misma manera que el incapaz total psíquico, por no poder expresar ningún consentimiento, no puede contraer matrimonio, supliendo su voluntad su representante y

ello no se considera desigual respecto del capaz, de la misma forma no representa una desigualdad injustificada o inconstitucional aquella que le impide también separarse legalmente. En lo que respecta al derecho de tutela judicial efectiva cuya vulneración se niega, comienza aludiendo a la jurisprudencia de este Tribunal, con referencia a las SSTC 60/1980, 126/1984, 100/1988, 168/1988, 199/1988, 80/1982 y 321/1993, afirmando que las Sentencias impugnadas niegan el derecho a accionar de forma tan razonada y fundada, que no cabe advertir lesión de dicho derecho. En referencia a la argumentación de la demandante sobre el particular se afirma que aduce como único argumento de la supuesta denegación de la tutela judicial efectiva que «se le priva de discutir el derecho al uso del domicilio conyugal que dudamos que se pueda formular en otro procedimiento que no sea de los matrimoniales», a lo que se opone que «no le corresponde a esta parte señalar a la recurrente las diferentes y posibles vías procedimentales para discutir el “derecho de uso del domicilio conyugal” (que parece ser lo único le preocupa), pero no ofrece lugar a dudas que la falta de acción de la tutora para promover la separación matrimonial (que afecta al estado civil de la persona) no conlleva la privación del derecho a acudir a otros procedimientos para dilucidar cuestiones de naturaleza patrimonial o similares, como puede serlo el de uso del domicilio conyugal». En virtud de todo ello, termina solicitando la desestimación de la petición de amparo formulada de contrario.

7. En fecha 16 de septiembre de 1998, se recibe el escrito de alegaciones de la demandante de amparo. En él comienza la parte remitiéndose a los antecedentes de su demanda de amparo. Pasa a continuación a aludir a las reformas del régimen de la tutela en el Código Civil por la Ley de 24 de octubre de 1983 y la posterior Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. Pese a esas reformas, sigue la parte, hay que considerar que son tantas y tan variadas las situaciones que la vida real nos ofrece, que el Legislador no ha podido preverlas todas, y esto, aplicado a la situación legal de tutela, conlleva que haya supuestos en que es la jurisdicción ordinaria la que debe ponderar las circunstancias concretas de cada caso y adoptar las medidas que mejor puedan beneficiar al incapacitado. Una gran indeterminación existe precisamente en los denominados derechos personalísimos; pero, por más que se ha tratado de fundamentar a nivel doctrinal que el tutor no tiene legitimación para ejercitar los derechos y acciones personalísimas del incapacitado, no hay ninguna limitación expresa para que el tutor pueda ejercitarlos en nombre del tutelado. El art. 267 del Código Civil, en que se ha apoyado la doctrina que pretende limitar la legitimación del tutor en los derechos y acciones personalísimos, no se refiere expresamente a ellos y, así, este precepto establece textualmente: «El tutor es el representante 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». De su lectura —continúa el demandante de amparo— podemos colegir en cambio la más amplia legitimación del representante legal para representar los intereses del incapaz, dotándole de todos los medios adecuados para cumplir aquella finalidad y removiendo todos los obstáculos que impidan desarrollarla excepto la vigilancia y control en su ejercicio por parte del Juez.

Para la demandante «el precepto no limita al tutor sobre derechos que sean personalísimos del tutelado, sino sobre derechos que por su grado de discernimiento y madurez pueda realizar por sí mismo que es una cuestión muy diferente. Tampoco depende de su naturaleza patrimonial o extrapatrimonial porque en ambas esferas sustituye el tutor al tutelado». «Estos actos que el tute-

lado puede realizar por sí solo vienen establecidos en la ley expresamente o en la sentencia de incapacitación».

La tutela está pensada fundamentalmente para proteger los intereses de los menores e incapaces a ella sometidos (art. 216 CC), destacando que el legislador ha permitido que el tutor ejercite también las acciones de protección del honor, la intimidad o la imagen y preste el consentimiento sobre estos derechos (arts. 3.1.4.2 y 6.1 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo). Para la demandante el art. 216 CC, que comprende la tutela como un deber que obliga al tutor a actuar siempre en beneficio del tutelado, funda la legitimación del tutor para ejercitar cuantas acciones sean precisas para defender los derechos personalísimos, aludiendo a supuestos tan variados como operaciones quirúrgicas, elecciones religiosas, trasplantes, separación y divorcio de matrimonios anteriores a la incapacitación, etc. Se pasa a continuación en concreto a examinar la cuestión 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 que se refiere el art. 271.6 del Código Civil. Según la parte, los argumentos que se recogen textualmente en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo para denegar la legitimación de la tutora para ejercitar la acción de separación, se centran fundamentalmente en una premisa que el Juzgador declara incuestionable, cual la de que no puede haber igualdad entre sujetos naturalmente desiguales, como lo son la persona capaz y la incapaz, dado que dichos estados jurídicos configuran un conjunto radicalmente distinto de derechos y deberes. Tal afirmación, en criterio de la actora, no sólo contradice el art. 49 de la Constitución, que concede iguales derechos a los incapaces que al resto de los ciudadanos, sino que vulnera el art. 14 CE al discriminar a la incapaz denegándole su derecho a divorciarse o separarse sólo por la desgracia de haber tenido un accidente. El criterio del juzgador es, por tanto, en este punto inaceptable para todos los incapaces o minusválidos a los que se condena, frente al resto de los ciudadanos, a matrimonios eternos, siendo todavía más inaceptable en este caso en que los cónyuges ya se encontraban separados de hecho, cuando la esposa sufre el accidente que la incapacita. La incapacitación, en suma, no puede suponer una merma de los derechos de la persona y precisamente para evitar el perjuicio del incapaz se le nombra tutor, quien, para actuar, requerirá en ocasiones la autorización judicial. Este sistema de protección pretende equiparar en derechos al incapacitado y en ningún modo puede interpretarse restrictivamente, si no se quiere vulnerar el principio esencial de la tutela, que no es otro que alcanzar el beneficio del tutelado.

Según la parte, dada la variedad de circunstancias en que se puede encontrar el incapaz, que no ha previsto el legislador expresamente, si no dejamos a su tutor ejercitar la acción de separación o divorcio, obligamos a aquél a soportar el trato indigno que supondría cualquier situación matrimonial perjudicial para su persona o bienes; como por ejemplo los supuestos de malos tratos, abandono, alcoholismo, toxicomanía u otros semejantes que aconsejen la suspensión de la vida en común. Por ello, del art. 81 del Código Civil, que legitima a los cónyuges para accionar la separación, no puede derivarse el carácter absoluto de la falta de legitimación del tutor, pues dicho precepto no introduce el término «solamente», y, además, tal interpretación conllevaría sin duda a la lesión del derecho de igualdad y del de tutela judicial efectiva, reiterando al efecto consideraciones ya expuestas en relación con ambos derechos en demanda, añadiendo a ellas que la interpretación de la separación como acción personalísima no valora la finalidad de la tutela que no es otra que actuar siempre en beneficio del tutelado, y que cuando se autoriza al tutor a actuar

en la esfera personal, no se establecen limitaciones de actos personalísimos que no pueda realizar el incapaz. Se destaca especialmente el alcance del concepto velar por el tutelado, como obligación de tutela, establecida en el art. 269 CC, aludiendo al significado del término velar en los diccionarios de la lengua, sosteniendo que difícilmente se puede compaginar el cumplimiento del deber de velar por el incapaz con la convivencia matrimonial de éste con un cónyuge no tutor que vaya incluso en contra de los intereses del incapaz e incluso no le preste la alimentación, educación o asistencia médica necesaria, diciendo que nos encontramos ante dos relaciones jurídicas que pugnan entre sí, cuya prevalencia ha de quedar en manos de los tribunales, quienes ponderarán las circunstancias de cada supuesto.

Finalmente, añade la actora, entre los argumentos a favor de la acción por el tutor, hemos de recordar que el art. 74 del Código Civil autoriza el ejercicio de la acción de nulidad matrimonial a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella y el art. 75 a favor de los tutores de los menores de edad si la causa de la nulidad es la falta de edad legalmente exigida. Además, 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.

En síntesis, concluye la recurrente, es cierto que la acción de separación matrimonial, como la de divorcio, es calificada por regla general como personalísima y así se viene entendiendo también por la doctrina del Tribunal Supremo, pero dicha calificación no puede ser absoluta si se pretende vincular con el respeto a otros derechos y bienes más acuciantes e imperativos como son el beneficio del tutelado, el principio de igualdad, buena fe, equidad, tutela efectiva y protección de los más débiles en un Estado de Derecho. Y termina, en virtud de todo ello, suplicando la recurrente se estime su demanda de amparo en los términos que se recogían en el «suplico» de aquel escrito inicial.

8. En fecha 30 de septiembre de 1998, se registra el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal. En él interesa la estimación del recurso de amparo. Afirma, en síntesis, el Ministerio Público que la actora denuncia que las resoluciones judiciales que recurre vulneran el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al derecho de igualdad. Examinando por separado ambas lesiones y comenzando por la primera, la lesión del art. 24.1 CE consiste en la denegación de la legitimación de la recurrente para instar judicialmente, en nombre de su hija incapacitada, su separación y divorcio. La doctrina constitucional declara que al conceder el art. 24.1 CE el derecho de tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos está imponiendo a los jueces y tribunales la obligación de interpretar con amplitud las formulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (SSTC 24/1987, FJ 2; 93/1990, FJ 2, y 195/1992, FJ 2). En este campo, la misión de este Tribunal, en amparo de dicho derecho fundamental, se limita a la censura de aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que por ser arbitrarias, irrazonables o excesivamente restrictivas, no responden a la finalidad de esta institución y cierran indebidamente el paso a la decisión sobre el fundamento de la acción afirmada; y, en esta línea, ha de subrayarse que el art. 24.1 CE reconoce dicho derecho a los titulares, no solo de derechos subjetivos, sino también de intereses legítimos. Este último concepto en la doctrina constitucional equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, y que

se materializaría de prosperar esta. La aplicación de la anterior doctrina al presente supuesto exige examinar si la respuesta del órgano judicial supone una interpretación restrictiva del derecho de acceso al proceso de la actora siendo posible una interpretación más favorable a dicho acceso.

El tutor tiene, por imposición legal, un interés legítimo en todo lo relacionado con el tutelado y este interés nace de la naturaleza y contenido de la función tutelar que constituye un deber y se ejercita únicamente en beneficio del tutelado. La ley sólo tiene en cuenta este beneficio e interés imponiéndolo incluso a la voluntad de los padres; de forma que la actividad legal del tutor legítima a éste para el acceso al proceso al conectar este interés con el contenido del art. 49 CE que determina el disfrute de los derechos comprendidos en el Título Primero de la Constitución por los incapaces tanto físicos como psíquicos; y, entre estos derechos, se encuentra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que se hará realidad por el disminuido psíquico o incapacitado cuando pueda por sí solo hacer, por disposición expresa de la ley o por Sentencia, determinados actos civiles (art. 267 CC), y si no pudiese hacerlos, corresponde al tutor dicha posibilidad en todos los demás actos civiles, siempre en el beneficio o interés del menor y con la pertinente autorización judicial, quedando excluidos sólo los actos expresamente prohibidos por la ley. No existe ningún tipo de pretensión que no pueda deducir el tutor en el proceso siempre que lo haga en interés o beneficio del tutelado y al tener, por mandato de la ley, interés legítimo; y el órgano judicial no puede denegar la legitimación, aunque, naturalmente, esta posibilidad de acceder al proceso no supone necesariamente el éxito de la pretensión deducida.

Pues bien, continúa el Ministerio Fiscal, en este caso concreto, la tutora insta un procedimiento con autorización judicial cuya pretensión consiste en la separación de la tutelada en base a las circunstancias del caso; y el órgano judicial deniega la legitimación de la tutora, alegando el carácter personalísimo de la acción, lo que no se corresponde con la finalidad que se pretende, porque la separación no afecta al vínculo matrimonial sino a la vida en común y es en el seno del proceso donde deberá acreditarse si existe o no posibilidad de mantener dicha vida en común. De otra parte, aunque la acción deducida tuviere un carácter personalísimo, esta naturaleza no impediría la legitimación de la tutora porque la ley contempla acciones personalísimas de máxima intensidad, como son la privación de libertad del incapacitado mediante su internamiento o la esterilización de deficientes, y en ambos supuestos permite que el representante legal inste la acción ante el órgano judicial a través del correspondiente procedimiento, siempre que, en ambos supuestos, se acredite que es en beneficio del incapaz (arts. 271.1 y 273 CC y 156.2 CP). De todo ello, se infiere claramente que la denegación de la legitimación a la tutora para solicitar la separación y el divorcio de la tutelada vulnera el art. 24.1 CE, por cuanto adolece de formalismo y responde a una interpretación excesivamente restrictiva de la normativa aplicable, que no responde a la finalidad de la institución ni a la naturaleza de la tutela, además de existir en este caso concreto dos interpretaciones judiciales del mismo precepto (art. 271.6 CC), siendo una de ellas más favorable al ejercicio del derecho fundamental de acceso al proceso del tutor, por lo que debe prevalecer.

Sin embargo, continúa el Ministerio Público, la eventual lesión del art. 14 CE debe descartarse, careciendo de contenido constitucional, porque constituye una mera referencia que la resolución judicial hace respecto de la distinta capacidad del capaz y en incapaz en base a la incapacidad que, aunque no se corresponde con la realidad, no es determinante ni influye en el fallo,

porque éste se basa únicamente en la falta de legitimación de la actora por el carácter personalísimo de la acción que ejercita. Por todo ello, concluye, se puede mantener que se ha producido una vulneración del derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales, puesto que se le denegó a la tutora la posibilidad de mostrarse parte en el proceso, ejercitando la acción que le correspondía en esta condición, al interpretar las resoluciones impugnadas, restrictivamente, las condiciones establecidas para su ejercicio, lo que resulta contrario al derecho de acceso a la jurisdicción y entraña vulneración del art. 24.1 CE, por lo que interesa la estimación del amparo en virtud de esta última lesión constitucional.

9. En fecha 21 de abril de 1999 se recibe escrito de la representación procesal de don José Luis Valencia Fernández, por el que pone en conocimiento de este Tribunal que ha recaído Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, en el recurso de casación en interés de ley al que se refirió en su anterior escrito de alegaciones. Adjunta asimismo copia de tal resolución, que es de fecha 27 de febrero de 1999, y que declara no haber lugar a dicho recurso.

10. Por providencia de fecha 14 de diciembre de 2000, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 18 de diciembre siguiente.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo tiene como objeto la impugnación de dos Sentencias de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo de 23 de febrero de 1998, que confirmaron en apelación sendas Sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo, dictadas, respectivamente, en el proceso núm. 580/96, de separación matrimonial, y 581/96, de medidas provisionales, de fechas respectivas de 11 de julio y de 9 de julio de 1997, aunque el suplico de demanda extiende la petición de nulidad no sólo a las Sentencias de la Audiencia Provincial, sino a las del Juzgado y al Auto de 2 de abril de 1997, dictado en el procedimiento de medidas provisionales.

Tal y como ha quedado relatado en los antecedentes, dichas resoluciones negaron a la demandante, madre y tutora de la incapacitada doña Encarnación Ballesteros Palomo, la legitimación activa para los referidos procesos con base en el carácter personalísimo de las acciones ejercitadas, que, en criterio de las Sentencias recurridas, impedía la sustitución de la incapaz por su tutora, la entonces y ahora demandante, en el ejercicio de los mismos.

Los derechos fundamentales que la recurrente considera vulnerados, y frente a cuya vulneración solicita el amparo, son los de igualdad del art. 14 CE y de tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

La argumentación con la que la demandante justifica las alegadas vulneraciones se refiere, en cuanto a la vulneración del art. 14 CE, a la distinción que las Sentencias recurridas justifican entre la situación de las personas capaces y la de las incapacitadas respecto al ejercicio de las acciones que nos ocupan; y en cuanto a la vulneración de la tutela judicial efectiva, se refiere a la privación del acceso a la justicia para el ejercicio de dichas acciones, que, en criterio de la parte, carece de justificación en el régimen de la tutela, al margen del carácter personalísimo de las cuestionadas acciones.

En tesis opuesta a la de la demandante, don José Luis Valencia, esposo de la incapacitada, solicita la desestimación de la demanda, negando la existencia de las vulneraciones alegadas, sosteniendo en su argumentación, recogida en el antecedente 6, la correcta fundamentación de las Sentencias recurridas, tanto al referirse

a la distinta posición de las personas capaces y las incapacitadas, cuanto en la negación de la legitimación de la demandante de los procesos a quo por el carácter personalísimo de las acciones.

Por último el Ministerio Fiscal niega la vulneración del derecho de igualdad, sobre la base de que la distinción cuestionada por la actora no ha sido determinante de los fallos recurridos, que se basan, a su juicio, exclusivamente en la falta de legitimación; pero sostiene la existencia de la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva, coincidiendo en esencia al respecto con la tesis de la demandante.

2. Antes de abordar el análisis de las vulneraciones denunciadas hemos de dilucidar la cuestión referida a la inadmisibilidad del recurso, que plantea el Sr. Valencia Fernández, por la alegada falta de agotamiento de la vía judicial previa al amparo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 44.1 a) en relación con el art. 50.1 a), ambos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC, en adelante).

Afirma dicha parte en su escrito de alegaciones que se produce esa falta de agotamiento de la vía judicial, porque al tiempo de la interposición del recurso se ampara se encontraba pendiente de resolución en la Sala Primera del Tribunal Supremo un recurso extraordinario de casación en interés de ley, interpuesto por el Ministerio Público contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo en el proceso de separación matrimonial, autos núm. 580/96.

De entrada debe significarse que el posible óbice procesal se daría, en su caso, respecto de esa Sentencia, no respecto de la otra. Pero en cualquier caso, no resulta aceptable la tesis de la inadmisibilidad, habida cuenta de la razón de ser del requisito del agotamiento de la vía judicial previa y del sentido procesal del recurso de casación en interés de ley. Dicha razón de ser, que, a su vez, lo es del carácter subsidiario del recurso amparo, de continua proclamación en la jurisprudencia de este Tribunal, no es otra que la de atribuir a los órganos de la jurisdicción ordinaria la tutela primaria de los derechos fundamentales, dándoles la oportunidad de remediar las vulneraciones de los mismos, antes de que en último término, y si no se ha conseguido el amparo ante ellos, pueda ser elevado el conocimiento de la cuestión ante este Tribunal Constitucional. Se parte, así, de la posibilidad de un efecto jurisdiccional concreto en el caso de que se trate; en el sentido de que el posible recurso sea idóneo para solucionar en ese caso la lesión constitucional.

Pero esa posibilidad no se da, por principio, en el recurso de casación en interés de ley, dada la intangibilidad de lo resuelto en las sentencias recurridas en dicho recurso, establecida en el art. 1.788, párrafo 2, *in fine* LEC, y de la única eficacia atribuida a la sentencia que lo decide, que es «únicamente para formar jurisprudencia sobre las cuestiones legales discutidas y resueltas en el pleito». A la vista de esa regulación legal es claro que para la demandante en este recurso de amparo el de casación en interés de ley resultaba totalmente inoperante en cuanto remedio posible de su lesión constitucional, pues, cualquiera que fuera el signo de dicha sentencia, la lesión permanecería en los términos en que quedó después de la Sentencia de apelación, con lo que no existe razón alguna para hacer depender la admisibilidad de su recurso de amparo de la suerte de un recurso ajeno, como era el interpuesto por el Ministerio Fiscal. Se impone, por tanto, el rechazo de la alegada causa de inadmisibilidad.

3. Aunque la recurrente plantea como lesiones diferenciadas las del derecho de igualdad y la de la tutela judicial efectiva, dada la relación directa que en este caso guarda la primera de dichas lesiones con la segunda

empezaremos nuestro estudio de las alegadas vulneraciones por la atinente a la tutela judicial efectiva.

A este fin, y puesto que lo que se cuestiona en este recurso de amparo es la negativa a la recurrente de la legitimación para ejercitar, como tutora de su hija incapacitada, la acción de separación matrimonial y para solicitar las medidas provisionales al efecto, hemos de empezar recordando de modo sumario y en lo pertinente nuestra doctrina sobre el derecho de tutela judicial efectiva y dentro de ella, de modo más concreto, la alusiva a la posible apreciación jurisdiccional de la falta de legitimación.

Al respecto tenemos dicho que el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales que reconoce el art. 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 220/1993, de 30 de junio, FJ 3). No se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal. En cuanto derecho prestacional es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido y establecen los presupuestos y requisitos para su ejercicio, las cuales pueden establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (SSTC 140/1993, de 19 de abril, FJ 6, y 12/1998, de 15 de enero, FJ 4, entre otras). De este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (SSTC 4/1988, de 12 de enero, FJ 5; 141/1988, de 29 de junio, FJ 7).

También puede verse conculcado el derecho de acceso a la tutela por aquellas interpretaciones de las normas que son manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquella causa preserva y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión sea arbitraria o irrazonable (por todas, STC 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4 y las en él citadas).

La apreciación de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde, con carácter general, a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que les es propia ex art. 117.3 CE, no siendo, en principio, función del Tribunal Constitucional revisar la legalidad aplicada. Sin embargo, corresponde a este Tribunal como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete para interpretar las normas jurídicas a los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda. Dicho examen permite, en su caso, reparar en esta vía de amparo, no sólo la toma en consideración

de una causa que no tenga cobertura legal, sino también, aun existiendo ésta, la aplicación o interpretación que sea arbitraria o infundada, o resulte de un error patente que tenga relevancia constitucional o que no satisfaga las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 321/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; 48/1998, de 2 de marzo, FJ 3 y 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4, entre otras muchas).

Más concretamente, a propósito de la falta de legitimación activa, este Tribunal Constitucional tiene declarado que, al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, están imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (SSTC 24/1987, de 25 de febrero, FJ 2; 93/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 195/1992, de 16 de noviembre, FJ 2), circunscribiéndose la función de este Tribunal Constitucional a constatar que las limitaciones establecidas, en su caso, por el legislador en la determinación de los activamente legitimados para hacer valer una pretensión respetan el contenido del derecho a acceder a la jurisdicción y resultan proporcionadas a la consecución de finalidades constitucionalmente lícitas (STC 10/1996, de 29 de enero, FJ 3; 12/1996, de 20 de enero, FJ 3), así como a censurar aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso contrario a la efectividad del derecho fundamental (SSTC 285/1993, de 4 de octubre, FJ 2, y 34/1994, de 31 de enero, FJ 3, entre otras muchas, y AATC 136/1991, de 30 de abril; 250/1993, de 19 de julio; 252/1993, de 19 de julio). Finalmente, hemos dicho que el art. 24.1 CE impone que cualquier derecho o interés legítimo obtenga tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (SSTC 71/1991, de 8 de abril, FJ 3, y 210/1992, de 30 de noviembre, FJ 3).

4. En el presente caso, y atendidas las circunstancias en que se ha producido la negación a la recurrente de la legitimación para interponer, como tutora de su hija incapacitada, demanda de separación matrimonial contra el esposo de ésta y procedimiento de medidas provisionales, debe inquirirse si existe un interés legítimo al que se le haya cerrado el acceso a la tutela judicial, en cuyo caso la vulneración del art. 24 CE sería innegable.

Al respecto se ha de observar que en concreto la separación matrimonial y la acción judicial, que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial en las situaciones previstas por el legislador como supuestos legales de las distintas causas de separación. Ese perjuicio, por ejemplo, puede referirse, bien directamente a la persona del cónyuge, que puede encontrarse incluso en una situación de peligro físico en su convivencia con el otro cónyuge (piénsese, v.gr., en el supuesto de la causa 4 del art. 82 CC), o que puede afectar de modo inaceptable a su dignidad (v. gr. el supuesto de la causa 1 del propio artículo del CC), o bien a su situación patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de los deberes conyugales (v. gr. causas 1 y 2 del precepto de reiterada cita).

Dichos intereses y perjuicio posibles pueden darse en los incapacitados casados, e incluso de modo más dramáticamente perceptible en ellos, si quedasen por su desvalimiento bajo una sumisión absoluta a su cónyuge capaz. Dadas la situación teórica de dicha vitanda

sumisión y de dicho indiscutible interés, el único medio de defensa jurídica del incapaz, cuando su cónyuge no consiente la separación, es precisamente el ejercicio de tal acción.

Pues bien, en el presente caso, en que la tutora y madre de la incapacitada ha acudido al ejercicio de la acción de separación matrimonial, autorizada judicialmente al efecto, y después de que se le negase en cambio autorización para el ejercicio de acción reivindicatoria, resulta claro que era únicamente la vía de la separación la que resultaba viable para la defensa de los intereses patrimoniales de la incapacitada.

En esas circunstancias la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el art. 2 LEC, 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 que se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) contra la que se demanda el amparo de este Tribunal, que debe ser otorgado.

5. La conclusión anterior sería suficiente por sí sola para el otorgamiento del amparo; ahora bien, esta conclusión se corrobora en el presente caso desde la vertiente de la igualdad, en relación con el cónyuge capaz.

En efecto, el cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción respecto al cónyuge incapaz producido por las Sentencias recurridas, aparte de que no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela, constitucionalmente necesarias para impedir el acceso a la justicia, 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 se 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.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña Encarnación Palomo Cayón, en su calidad de tutora de la incapacitada doña Encarnación Ballesteros Palomo y, en su virtud:

1.º Declarar que se han vulnerado los derechos de la recurrente a la tutela judicial efectiva, y a la igualdad.

2.º Restablecer a la demandante en sus derechos, y a tal fin, anular las Sentencias núms. 105 y 106, de 23 de febrero de 1998, dictadas por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, en los rollos de apelación núms. 684/97 y 686/97, así como las Sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo en los autos de separación matrimonial y el

incidente de oposición a las medidas provisionales núms. 580/96 y 581/96.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil.—Carlos Viver Pi-Sunyer.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Tomás S. Vives Antón.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1158/98

1. Con el respeto que siempre me merece el criterio de los Magistrados que con su voto han dado lugar a la presente Sentencia, me parece oportuno adicionar a la fundamentación expresada en ella mi voto particular concurrente, por entender que dicha fundamentación, que comparto, resulta en exceso autocontenida, hasta el punto de que, por un marcado alejamiento de la Sentencia recurrida, no se produce propiamente una reflexión crítica sobre la fundamentación de ésta, reflexión que, en mi personal criterio, resultaba no solo conveniente, sino necesaria para una correcta solución constitucional del problema en ella planteado en los términos en que estaba planteado.

A mi juicio, lo que considero un exceso de autocontención produce el resultado de que lo que en la Sentencia recurrida se planteaba como problema general sobre el posible ejercicio de la acción de separación por la tutora de un cónyuge incapacitado, no recibe en la nuestra una respuesta correlativa a ese planteamiento general, sino que en nuestra respuesta se aleja de ese planteamiento, sin abordarlo con la extensión que el mismo merecía, centrándose en exclusiva en el resultado a que conduce; y ello, potenciando en la *ratio decidendi* el hecho de que la recurrente procurase la defensa del patrimonio de su hija incapacitada, lo que, en mi personal criterio, difumina en buena medida la verdadera entidad del planteamiento de la Sentencia.

Según lo entiendo, la *ratio decidendi* del rechazo por esto de la tesis de la parte apelante en el proceso (que lo era la recurrente en este proceso de amparo) se expresa en las afirmaciones siguientes (contenidas en el fundamento de derecho tercero de la Sentencia):

a) La de que «el art. 81 del vigente CC alude exclusivamente, es decir, sin salvedad alguna, a que ambos cónyuges (o uno con el consentimiento del otro) en su primer apartado, o uno de ellos frente al otro, en el segundo, son los únicos legitimados para solicitar su separación, bien entendido que cuando dicho legislador quiere excepcionar tal régimen de exclusividad así lo hace constar de manera expresa, como ocurre con el citado art. 74, al permitir que la acción de nulidad matrimonial pueda ser ejercitada, además, por cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, si bien con las excepciones o requisitos recogidos en los artículos siguientes».

b) Y la de que «si además el Tribunal Supremo (Sentencia de 26 de mayo de 1982) recuerda el carácter personalísimo de la acción de separación, hay que concluir en base a todo lo expuesto y al margen de opiniones al respecto, que no cabe posibilidad de que el tutor suplante al cónyuge, aunque éste se encuentre en estado de grave incapacidad, como parece el caso».

Remitiéndome a la doctrina general de este Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, reflejada en nuestra Sentencia, para su aplicación en este Voto particular la primera cuestión

a plantear en relación con dicha *ratio decidendi* de la Sentencia recurrida es la de si se fundamenta en una causa legal inequívoca, lo que, a su vez, y en la hipótesis de que dicha causa legal existiese, obligaría a examinar su constitucionalidad.

Al respecto el examen de la Sentencia de la Audiencia Provincial dictada en el proceso de separación (pues la otra es de mera referencia a ésta) pone de manifiesto que el Tribunal *a quo* indica, como norma conducente a la solución por la que opta, la del art. 81 CC. Ahora bien, en la aplicación de esa norma la Sentencia aludida no se atiene en exclusiva a la literalidad y sentido lógico y normativo del precepto, aisladamente considerado, sino que procede a una interpretación sistemática del mismo, poniéndolo en relación con el art. 74 CC y con los arts. 834 y 835 del propio texto legal, para afirmar de tal modo la nota de exclusividad de la legitimación de los cónyuges. Se introduce así por vía interpretativa en el precepto un elemento no directamente explícito en él: El de la exclusividad de la legitimación, que se utiliza, para sostener después que esa exclusividad impide la posibilidad de que el tutor "suplante al cónyuge aunque se encuentre en estado de grave incapacidad". Y como, negado al tutor el acceso a la justicia con el objetivo referido, no cabe tampoco la posibilidad de que el incapacitado pueda acceder por sí mismo a ella, por impedírsele su propia situación de incapacidad, la gravedad de ese resultado, directamente incidente en el derecho de tutela judicial efectiva del incapaz, obliga a este Tribunal a proceder con estricto rigor jurídico en el enjuiciamiento constitucional de la interpretación de la legalidad ordinaria que conduce a él, para ver si esa interpretación resulta ineludible, lo que, en su caso, debiera conducir a enjuiciar la constitucionalidad del precepto legal, o si la interpretación resulta en sí misma cuestionable y por tanto su resultado final, para lo que el primer paso en ese análisis debe consistir en examinar si dicha interpretación resulta convincente en su propio plano de la legalidad.

Lo primero que se advierte al respecto es la ausencia en el precepto de cualquier afirmación de exclusividad de la legitimación de los cónyuges. El precepto sólo se refiere a los cónyuges como peticionarios de la separación; pero el aditamento conceptual de la exclusividad, desde el que la Sentencia recurrida aborda el problema de la cuestionada legitimación del tutor, no está en el precepto. El argumento sistemático de la Sentencia recurrida, al contrastar el precepto que nos ocupa con los que quedaron indicados, supone situar en la misma posición hipotética al tutor del incapacitado, que debe actuar en representación de éste, y en su interés, supliendo su incapacidad, y a los terceros ajenos a él, cuya legitimación se asienta en su propio interés, y no en el del incapaz. Es a partir de esa equiparación (subyacente a la argumentación, pero indudable), como se obtiene la conclusión interpretativa (no afirmada con la rotundidad que aquí se expone, pero inequívoca en la argumentación que se analiza) de que, mientras que en los supuestos de los preceptos contrastados con el del art. 81 (los arts. 74, 834 y 835 CC) se prevé expresamente la legitimación de otras personas distintas de los cónyuges, en el del art. 81 no se introduce tal previsión; de ahí la exclusividad. Pero ese planteamiento y la conclusión de él derivada no resultan, en mi personal criterio, aceptables, 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 legal 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 tutela judicial efectiva, considero constitucionalmente inaceptable.

Frente a la tesis de la Sentencia de la apelación del proceso de separación sobre la interpretación del art. 81 CC, creo poder afirmar que dicho precepto nada dice sobre la posibilidad de que la acción de separación que en él se concede a los cónyuges pueda, o no, ser ejercitada en su representación por sus tutores, cuando han sido incapacitados; con lo que no puede verse en él la norma restrictiva del acceso a la justicia.

Fuera de esa base legal, que considero rechazable, la Sentencia recurrida, a cuya argumentación me refiero (la del proceso de separación), completa, como se ha indicado, su *ratio decidendi* con la afirmación del carácter personalísimo de la acción de separación, aludiendo al efecto a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1982. La consulta de esa Sentencia pone de manifiesto que el caso decidido por ella, en la que, ciertamente, en su considerando 3 se contiene la afirmación del carácter personalísimo de la acción de separación matrimonial, nada tiene que ver con el actual. Allí se trataba de la posible sucesión de una hija en la acción ejercitada por su difunto padre, como heredera de éste, el cual falleció durante el trámite de apelación de la Sentencia de primera instancia. El problema del proclamado carácter personalísimo de una acción en referencia a la posible sucesión hereditaria en ella, es totalmente distinto que el que suscita el posible ejercicio de una acción de un incapaz, aun calificable de personalísima, por el tutor de aquél en su representación e interés. Sucesión hereditaria y representación legal son fundamentos de legitimación procesal absolutamente diferenciados; de ahí que la posibilidad de que pueda darse, o no, uno de ellos, resulte inoperante lógicamente para el posible juego del otro.

Se ve, pues, que lo que ha llevado a la Sentencia citada (y a la otra también recurrida que a ella se remite: la de las medidas provisionales) a negar a la actora la legitimación para demandar, como tutora de su hija incapacitada, la separación de su matrimonio, no se basa en un precepto legal inequívoco, sino más bien en un concepto doctrinal de acciones personalísimas, que es el que subyace a la interpretación del art. 81 CC.

Basta esta apreciación, para negar la existencia del óbice procesal que las Sentencias recurridas han apreciado, y con base en el cual se ha negado a la tutora demandante el acceso a la justicia, privándole de una respuesta de fondo sobre la acción ejercitada, con lo que la vulneración del derecho fundamental de tutela judicial efectiva de la actora en el ejercicio de su cargo de tutora resulta clara.

Empero, aunque la interpretación del art. 81 CC que antes se ha enjuiciado pudiera considerarse una de las posibles, y en tal sentido no quepa calificarla de irrazonable o de arbitraria, en todo caso no es, según ya ha quedado razonado, la única de las posibles. Por ello, es claro que, aun en esa hipótesis, el Tribunal *a quo*, confirmando la tesis sobre el particular del Juzgado de Primera Instancia, en vez de optar por la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de tutela judicial efectiva, según exige nuestra doctrina al respecto antes referida, ha optado por la interpretación más restrictiva, en contradicción con dicha doctrina, lo que la hace constitucionalmente reprobable.

2. Pero considero que además no quedaría completo el estudio de la cuestión suscitada, dadas las alegaciones de los contendientes, si no se abordase desde

la óptica que corresponde al Tribunal Constitucional, el examen de la alegada calificación de acción personalísima de la ejercitada en este caso, en cuanto óbice para que pueda ser ejercitada por el tutor de un incapaz.

En este punto creo que debe entrar en juego, como pauta de interpretación de la legalidad ordinaria por los tribunales, el art. 49 CE como presupuesto argumental previo al juego del principio de igualdad ante la Ley, en función del cual debe analizarse si tiene justificación constitucional la distinta situación de las personas capaces y de los incapacitados en orden al ejercicio de las acciones de separación matrimonial.

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 poder ser admitida en la función que las resoluciones recurridas le reconocen, debiera tener una base legal indubitada. Ello es especialmente exigible, cuando el juego de dicha categoría doctrinal conduce a una restricción del alcance de preceptos legales inequívocos, en función de los cuales resulta con claridad la atribución al tutor de la legitimación que, sin embargo, se le niega por el juego de dicha categoría doctrinal.

Al respecto, según hacen ver la recurrente y el Ministerio Fiscal, el artículo 267 CC concede al tutor una facultad de representación del incapacitado, que no tiene más restricciones que las que el propio precepto establece, en función de cuya facultad legal resulta clara, *prima facie*, la legitimación procesal del tutor, que las Sentencias recurridas le han negado.

Según ese precepto, sólo quedan fuera de la representación del tutor aquellos actos que el incapacitado puede realizar por sí solo, bien sea por disposición expresa de la Ley, bien de la sentencia de incapacitación. Pero el precepto no distingue entre tipos de actos personalísimos o no personalísimos, para definir el ámbito de las facultades representativas del tutor. La distinción se establece sólo entre lo que puede, o no, hacer por sí mismo el incapacitado; y ello, refiriendo lo que puede hacer, en cuanto base de exclusión de la facultad representativa del tutor, a una disposición de la ley, que ha de ser expresa, o de la sentencia de incapacitación, posibilidades de hacer que en este caso no están establecidas ni en la Ley, ni en la Sentencia de incapacitación.

Se debe advertir, completando el razonamiento referido al art. 267 CC, que cuando el art. 271 CC enumera los actos para los que el tutor necesita autorización judicial, entre ellos en el número 6 dice que la precisa "para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía". Pero no se hace en el precepto ninguna precisión, alusiva a la distinta índole de las acciones, que sería lo procedente, si es que el legislador hubiese querido excluir de su ejercicio por el tutor las acciones personalísimas del incapacitado.

No existe, pues, base legal inequívoca que preste fundamento a la distinción entre actos personalísimos o no personalísimos, en cuanto complemento interpretativo o matización del alcance del art. 267 CC, para desembocar con esa distinción en una restricción del ámbito representativo del tutor, que ha sido en este caso la base de la negativa de acceso a la justicia en nombre del incapacitado.

3. La distinción entre actos personalísimos y no personalísimos, por otra parte, según se ha advertido antes, conduce al resultado de que el incapacitado, que ha llegado a su situación después de casado, se encontrará en la imposibilidad de instar la separación de su matrimonio, pese a que para ella, puedan existir causas legales.

Desde la óptica constitucional del art. 49 CE deberá enjuiciarse si una interpretación de los preceptos rec-

tores de la tutela por parte de los tribunales, conducente a ese resultado, es conforme con el mandato de amparar al incapacitado (cuya inclusión en la categoría constitucional de disminuido es indudable) especialmente para el disfrute de los derechos que el Título primero de la Constitución otorga a todos los ciudadanos. La contes-tación a ese interrogante debe ser inequívocamente negativa.

Es aquí donde debe entrar en juego el argumento de igualdad, que en este caso carece de sustantividad diferenciada respecto de la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva, y cuyo juego posible debe situarse en el enjuiciamiento de esta última vulneración.

Sobre el particular creo compartible la crítica de la demandante a la argumentación de la Sentencia de apelación del proceso de separación, con la que se rechaza el argumento de la apelante sobre la desigualdad en que se sitúa el cónyuge incapacitado frente a su cónyuge incapaz, si aquél no puede demandar la separación y sí puede ser sujeto pasivo de la demanda del capaz.

La Sentencia recurrida justifica esa diferencia, calificando el argumento de la apelante de «objeción difícil de compartir si se parte de una premisa incuestionable, cual 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 su ejercicio». Tal argumento no me resulta constitucionalmente aceptable. Si el art. 49 CE obliga a los poderes públicos a amparar a los incapaces en el disfrute de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos, y si el Código Civil establece un mecanismo legal para ese amparo, como es la tutela, necesariamente ha de entenderse que la desgraciada situación natural de desigualdad del incapacitado, puede, y debe, superarse jurídicamente por la actuación del tutor. En tal caso, argüir el hecho natural, para impedir el juego del mecanismo jurídico, por cuya mediación puede conseguir la igualación, supone una interpretación de la legalidad directamente contraria al art. 49 CE y no razonable ni proporcionada desde la perspectiva del art. 14 CE, pues aparte de que no pueden establecerse diferencias de trato en razón de circunstancias personales, esa imposibilidad se refuerza cuando la circunstancia personal que, en su caso, y en un orden natural, pudiera entenderse aludida, va unida a un remedio legal específico (la tutela) con el que puede restablecerse la igualdad jurídica.

Se debe reconocer toda su virtualidad al argumento de la parte, y rechazar en la misma medida el argumento contrario de la Sentencia recurrida, en el sentido de que el reconocimiento de la legitimación del tutor para poder ejercitar en nombre del incapacitado la acción de separación del matrimonio viene exigido por la necesidad de situar en una posición de igualdad al cónyuge incapacitado y al capaz en orden al ejercicio de tal acción.

4. La distinción entre acciones personalísimas y no personalísimas, como clave de la atribución de la legitimación al tutor o de su negativa de ella, aparte de que no exista para la misma ninguna base legal, no se adecúa a los rasgos generales de nuestro actual sistema legal, vistos los casos de actos de carácter personalísimo en que está expresamente prevista la sustitución del incapaz por su tutor. No resulta lógica la eficacia obstativa atribuida en las Sentencias recurridas al carácter personalísimo de la acción en un sistema legal, en el que el tutor puede con autorización judicial (también la tenía la tutora en este caso para el ejercicio de la acción) internar al incapaz (art. 271.1 CC), lo que directamente se relaciona al personalísimo derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE), o incluso decidir su

esterilización (art. 156.2 CP), que conecta con el igualmente personalísimo derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE). En materia de adquisición de la nacionalidad, típico supuesto referido al estado civil de las personas, en la adquisición por opción (art. 19 CC) y por carta de naturaleza (art. 21 CC), las respectivas declaración de opción y solicitud pueden formularse por el representante legal del incapacitado [arts. 20.2 a) y 21.3 d) CC]. En la filiación, típico supuesto de estado civil, que permite considerar de carácter personalísimo los actos y acciones a él referente, el consentimiento del hijo, necesario para la eficacia del reconocimiento de su filiación por su padre, se atribuye respecto de los incapaces a su representante legal (art. 124 CC). Con carácter general el ejercicio de las acciones de filiación de los incapaces se atribuye indistintamente a su representante legal o al Ministerio Fiscal (art. 129 CC). En algo tan personalísimo como son los derechos a la intimidad, al honor personal y familiar y la propia imagen (art. 18.1 CE) la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, prevé expresamente que la intromisión en el ámbito protegido por dichos derechos puede ser consentida por el representante legal del incapaz (art. 3.2).

Son todos los citados supuestos legales, que desmienten en los respectivos casos el que el posible carácter de actos personalísimos o de acciones personalísimas impida la posibilidad de la representación del incapaz por su tutor, lo que evidencia que dicha categoría doctrinal, que en la legislación del pasado quizás pudiera fundar la eficacia obstativa que le han atribuido las Sentencias recurridas, ha ido perdiendo en la legalidad hoy vigente el apoyo que las previsiones de la legalidad precedente pudieran haberle prestado.

Puede afirmarse, incluso, que en relación con las acciones de nulidad, separación y divorcio la ley da por sentada la existencia de procesos en que el ejercicio de dichas acciones sólo puede haberse realizado por el tutor; por lo que la negativa de la legitimación de éste al respecto contradice dicha previsión legal.

En efecto, la disposición adicional octava de la Ley 30/1981 dispone que «en todos los procesos a que se refieren las normas anteriores [éstos se refieren a los de nulidad, separación y divorcio] será parte el Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes». La primera consideración exegética de la Disposición citada lleva a destacar la previsión en ella de procesos de nulidad, separación o divorcio en que son parte personas incapaces. Si se tiene en cuenta el dato de que los incapaces (art. 2 LEC) no pueden comparecer en juicio por sí mismos, y que por ellos «sus representantes legítimos, o los que deban suplir su incapacidad con arreglo a Derecho» dicho está que en la previsión legal de esa Disposición se está partiendo, como supuesto, de la existencia de procesos de dicha índole, de los que son parte los incapaces, representados lógicamente en ellos por sus tutores. La disposición adicional, en principio, parece que no distingue si como parte activa o pasiva de los correspondientes procesos; mas si se profundiza en el sentido de la referencia legal a «alguno de los cónyuges», y se parte de la consideración de que en dichos procesos sus partes son precisamente los cónyuges, en posición activa uno y en la pasiva el otro, la expresión «alguno de los cónyuges», ha de entenderse referida, de modo indeterminado, a ambos; esto es, tanto el que se encuentra en la posición activa como en la pasiva. El sentido lógico y normativo de la referida expresión legal lleva, así, a la consecuencia exegética de que el supuesto legal de la norma se refiere a procesos de los citados, en que tanto la parte activa como la pasiva no actúan por sí mismos, pues lo impide su situación de incapacidad, sino a través de sus tutores, que ostentan en ellos una legitimación procesal indirecta por repre-

sentación; en otros términos, se está dando por sentado el supuesto legal posible de procesos matrimoniales incoados en virtud de acciones de los tutores. La índole de la acción no justifica el que se niegue su posible ejercicio por el tutor, cuando la propia ley parte de ese ejercicio, imponiendo respecto a él, como garantía de orden público, la necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal. Se llega así a la conclusión de que el concepto doctrinal de acciones personalísimas, en cuanto límite para el ejercicio de ciertas acciones por el tutor en representación del incapacitado, carece de base legal, es contrario al vigente régimen legal de la tutela, que se restringe en perjuicio del tutor, y por ende del incapacitado, y con razón reforzada supone una limitación sin base legal del derecho de tutela judicial efectiva de uno y otro.

Naturalmente, el reconocimiento en línea de principio de la legitimación del tutor, legitimación procesal indirecta, no anticipa, ni mucho menos, la suerte del correspondiente proceso, en el que el Juez deberá decidir, ejercitando la potestad constitucional que le otorga en exclusiva el art. 117.3 CE, si las razones alegadas por el tutor para la separación la justifican o no. Es en relación con ese fondo del asunto, donde están llamadas a jugar las consideraciones referentes a los fines que la demandante persigue con la separación del matrimonio de su hija incapacitada, y si esos concretos fines pueden tener o no otros instrumentos procesales más adecuados.

Es visto, por todo lo razonado, que se ha vulnerado el derecho fundamental de tutela judicial efectiva de la demandante, al negarla la legitimación como tutora para el ejercicio, en representación de su hija incapacitada, de la acción de separación del matrimonio, y para el procedimiento de medidas provisionales, lo que conduce al éxito del amparo.

En este sentido evacuo mi voto.

Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.

1151 *Sala Segunda. Sentencia 312/2000, de 18 de diciembre de 2000. Recurso de amparo 3423/98. Promovido por don Miguel Manera Rovira frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, que desestimó su demanda respecto de dos liquidaciones en concepto de recargo único del 50 por 100 por ingreso espontáneo fuera de plazo correspondiente a 1990 y 1991. Vulneración del derecho a la defensa en el procedimiento administrativo sancionador: STC 276/2000 (recargo tributario que constituye sanción de plano). Voto particular.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Carles Viver Pi-Sunyer, Presidente; don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Tomás S. Vives Antón, don Vicente Conde Martín de Hijas y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3423/98, promovido por don Miguel Manera Rovira, bajo la representación procesal del Procurador de los Tribunales don José