

LA LEGITIMACION DEL TUTOR PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION DE SEPARACION EN REPRESENTACION DE SU PUPILO (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1999)

ETELVINA VALLADARES RASCON
Catedrática de Derecho civil
Universidad de León

SUMARIO: I. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE FEBRERO DE 1999. 1. *El supuesto de hecho*. 2. *Normativa alegada*. 3. *Reflexiones para una aplicación razonable del Derecho*. II. EXAMEN DE LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA LEGITIMACION DEL TUTOR PARA INSTAR LA SEPARACION LEGAL DE SU PUPILO. 1. La prohibición de la representación en el matrimonio. 2. El art. 663.2 CC. 3. Actos que implican un cambio en el estado civil de las personas. III. CRISIS MATRIMONIAL, REPRESENTACION LEGAL Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

I. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE FEBRERO DE 1999

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27 de febrero de 1999, y resolviendo un recurso en interés de la ley presentado por el Ministerio Fiscal, establece una doctrina que se puede calificar cuanto menos de llamativa: el cónyuge incapacitado, al que su situación mental no le permite tomar ninguna decisión al respecto, no puede pedir por sí (debido a su enfermedad mental), ni por medio de su tutor (fundamentalmente, por tratarse de un acto relativo al estado civil), la separación de su consorte plenamente capaz.

La doctrina me parece llamativa por varias razones, algunas de las cuales fueron magistralmente expuestas por el Ministerio Fiscal en su recurso: "Pensemos, por ejemplo, —dice— en que, sobrevinida y declarada legalmente la incapacidad de uno de los cónyuges constante matrimonio, y siendo sometido a partir de aquel momento a sevicias, malos tratos, abandono o expolio por el otro, hubiera de negarse a aquél la tutela judicial efectiva, a través del acceso a la jurisdicción, por entender que no pudiendo obtenerlo por sí mismo, dada su situación de incapacidad, tampoco pudiera hacerlo a través del tutor por tratarse de un acto personalísimo; lo que no deja de constituir una antinomia de primer orden" (1).

La indefensión del tutelado no acaba aquí: al fin y al cabo, la acción de separación no está dirigida sólo a conseguir la dispensa del deber jurídico de vivir en compañía del consorte (art. 68 CC); sino también a obtener una serie de pronunciamientos sobre temas de indudable importancia personal y patrimonial: situación de los hijos comunes, adjudicación del uso de la vivienda familiar, pensión compensatoria, disolución y liquidación de la sociedad conyugal... Si el ejercicio de la acción de separación es personalísimo ¿puede y debe el tutor del incapacitado instar por otras vías la solución de estas y otras cuestiones? Es más, ¿no se considerará que alguna de ellas tiene también carácter personalísimo? ¿O es que el incapacitado ha de quedar, forzosamente, al albur de lo que su cónyuge capaz quiera hacer por él y por los hijos comunes?

La lógica más elemental y el sentir social tienen que hacernos responder negativamente a esta última pregunta. Examinaré, por tanto, las razones que llevaron a nuestro Alto Tribunal a negar la legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación, tratando de investigar que solución puede darse a la crisis matrimonial del incapacitado.

1. *El supuesto de hecho*

Ni de los antecedentes de hecho, ni de los fundamentos de Derecho de la Sentencia del Tribunal Supremo podemos extraer muchos

(1) Como señala BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., es cierto que, como regla general, la representación legal del tutor no se extiende a los actos personalísimos, pues en ellos la actuación del sujeto es insustituible. Pero, continúa, "no todos los actos personalísimos tienen las mismas características o, si se prefiere, ocurre que algunos actos personalísimos en verdad no lo son tanto". Y cita la Ley de Divorcio de 1932 que permitía al tutor ejercitar la acción de separación matrimonial siempre que contara con la autorización del consejo de familia: *Separación matrimonial de un incapaz* en Tribuna de Aranzadi Civil, mayo de 1999, núm. 4; pp.9 y ss. *Vid.* también art. 216. II CC.

datos acerca del supuesto de hecho sometido a la consideración de los Tribunales. Afortunadamente, contamos con un artículo de ESTRADA ALONSO, publicado en *Actualidad Civil* (2), que nos suministra abundante información al respecto.

Doña M.^a Encarnación contrajo matrimonio en fecha no especificada. Posteriormente, ambos cónyuges otorgan escritura pública de capitulaciones matrimoniales en la que el esposo se obliga a abandonar el domicilio conyugal, reconociéndose en ella lo difícil e insostenible de la convivencia.

A los tres años de producirse la separación de hecho la esposa tiene un accidente de circulación, sufriendo un traumatismo cráneo-encefálico que le priva absolutamente de todo juicio y razón. Económicamente, amén de un sustancioso patrimonio, la esposa tenía una importante pensión de jubilación. En la fecha del accidente el esposo convivía extramaritalmente con otra señora, y había tenido un hijo extramatrimonial procedente de una relación anterior.

El esposo inicia el procedimiento de incapacitación y de nombramiento de tutor; pero el Juez nombró tutora a la madre de la incapaz, quien solicitó autorización judicial para iniciar las acciones que correspondieran en defensa de la persona y bienes de su hija. El conflicto más grave se concretaba en la utilización permanente por el marido de la vivienda familiar, perteneciente a la incapacitada, y cuyo uso se le había adjudicado a ella en la escritura pública de capitulaciones matrimoniales, aprovechando que la misma le había dado una llave para que pudiera comunicarse con la hija de ambos.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo dictó, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, Auto por el que se autorizó a la tutora para que, en nombre y representación de su pupila, interpusiera demanda de separación o divorcio, con sus respectivas medidas provisionales, contra el esposo de esta última. Recurrida la resolución por el marido, la Sección 4^a de la Audiencia Provincial dictó Auto confirmatorio del de Primera Instancia. En ambas instancias, el Ministerio Fiscal apoyó la concesión de la autorización.

La tutora planteó la demanda de separación contra el esposo de su pupila, en su condición de tutora de la misma. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 estimó la excepción procesal de falta de legitimación activa aducida por el marido, dictando sentencia absolutoria en la ins-

(2) *La legitimación del tutor para interponer demanda de separación del incapacitado* en *Act. Civ.* núm. 11 de 1999; nota 9, pp. 296-297.

tancia, sin entrar a conocer el fondo del asunto. Recurrída la Sentencia, la Sección 6ª de la propia Audiencia de Oviedo confirmó la resolución impugnada, afirmando que entre las facultades del tutor no se encuentra la de ejercitar la acción de separación matrimonial, al amparo del art. 267 CC, dado su carácter personalísimo.

El Fiscal, que no fue parte en el procedimiento matrimonial (pues la esposa incapacitada se hallaba representada por su tutor, y el matrimonio carecía de hijos menores), ante la disparidad de criterios de las dos Secciones de la Audiencia, interpuso recurso en interés de la ley, ratificándose, como veremos, en su decidido apoyo al reconocimiento de la legitimación activa de la tutora. El Tribunal Supremo desestima el recurso, confirmando la tesis de la Sección 6ª de la Audiencia de Oviedo.

2. Normativa alegada

El Ministerio Fiscal alega la infracción de los arts. 3, 267 y 271 CC, y de los arts. 24.1, 32.2 y 49 CE. Cita más adelante el art. 215 CC y, como antecedente histórico, el art. 40 de la Ley de Divorcio de 2 de mayo de 1932, que permitía al tutor del incapaz pedir la separación, con la autorización del Consejo de Familia. Menciona también el art. 82 CC.

3. Reflexiones para una aplicación razonable del derecho

Si el Derecho ha de servir, en alguna medida, para resolver con una cierta racionalidad los conflictos sociales e interpersonales, he de confesar mi perplejidad ante esta Sentencia del Tribunal Supremo. No alcanzo a comprender que razón, lógica, o necesidad social, de clase, o de estamento, justificaría que una persona incapacitada no pueda pedir, por sí, ni por su representante legal, la separación (3). Y que, por tanto, continúe sujeta, sin posibilidad alguna de desligarse de él, al deber legal de convivir con su cónyuge (4) (art. 68 en relación con el art. 105 CC).

(3) Más sentido tiene que no pueda acceder al divorcio. Al fin y al cabo, si carece de la capacidad necesaria para prestar el consentimiento matrimonial (como parece ser el caso), el divorcio no le serviría para cumplir su función fundamental: contraer un nuevo matrimonio.

(4) El hecho de que se trate de un deber incoercible no impide que su incumplimiento acarree consecuencias negativas para el cónyuge incumplidor.

Mi perplejidad aumenta si tenemos en cuenta que, como he dicho anteriormente, al no poder interponer el tutor demanda de separación quedan sin resolver no pocas cuestiones personales y patrimoniales de gran importancia para el incapacitado. Y que, aún suponiendo que se reconociera al tutor legitimación para instar, en procedimientos separados, procesos que resolvieran esas cuestiones, ello le supondría un rosario de peticiones de autorización para entablar la correspondiente acción, seguidas cada una del consiguiente procedimiento. Aunque le esté encomendada la defensa judicial de sus intereses, no creo que peregrinar interminablemente por los juzgados entre dentro de las obligaciones de un tutor hacia su pupilo.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27 de febrero de 1999 (RJ 1999,1418) considera una situación como la descrita normal, lógica, saludable para el incapacitado, y conforme a nuestros principios constitucionales. Así se deduce de su Sentencia, desestimatoria del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal. Fundamentada, básicamente, en su adhesión a un impecable dogma jurídico: "se considera inadmisibile la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que sólo pueden ser decididos por aquéllos cuyo estado civil va a resultar modificado. Tal es el caso de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio".

Dejando aparte lo discutible del argumento, no hay que olvidar que un razonamiento intachablemente lógico puede conducir a un resultado completamente absurdo desde el punto de vista práctico. Este es el significado último del viejo brocardo "las interpretaciones que conduzcan al absurdo deben desecharse". ¿Y no es absurda la situación del cónyuge sometido a una situación que puede calificarse de esclavitud? No olvidemos que incluso los sectores más integristas de nuestra cultura judeocristiana, si bien abominan del divorcio, permiten a las personas casadas pedir la separación legal en ciertos casos. El incapacitado carece, al parecer, de esa posibilidad. Está sometido a la buena o mala voluntad de su cónyuge hasta que la muerte, o la decisión unilateral de éste, que sí puede ejercitar las acciones matrimoniales, los separe. En mi opinión, nuestro Derecho no puede consagrar tan flagrante injusticia.

Resulta llamativo en el caso concreto el hecho de que el nombramiento de tutor no recae en el "cónyuge que conviva con el tutelado", al que correspondería la preferencia para el nombramiento (art. 234 1º CC); y ello aunque es el esposo quien insta la incapacitación. Evidentemente, no sólo porque no convivía con su esposa, sino también porque el Juez consideró que el beneficio de la incapacitada exigía el nombramiento de

otra persona (art. 234 CC). Hecho que avala que las reflexiones del Ministerio Fiscal, antes transcritas, no se realizaron a humo de paja.

En mi opinión, y como trataré de argumentar en las páginas siguientes, el problema de la falta de legitimación del tutor únicamente se plantea en el caso de que éste sea el cónyuge: es evidente que no puede pedir la separación o divorcio en representación de su pupilo, pues existiría un interés contrapuesto al ser él mismo el demandado; ni podría pretender ostentar tal representación como demandado al ser demandante en un proceso matrimonial (art. 221.2º). En tal caso, la solución puede pasar, bien por la remoción del tutor y nombramiento de otro nuevo; bien por el nombramiento de un defensor judicial (arts. 215 y 299 y ss. CC).

II. EXAMEN DE LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA LEGITIMACION DEL TUTOR PARA INSTAR LA SEPARACION LEGAL DE SU PUPILO

De lo escrito hasta ahora resulta claro que, en mi opinión, la única solución razonable del problema pasa por reconocer la legitimación del tutor o del defensor judicial nombrado al efecto para el ejercicio de la acción de separación. Pero no basta con que una solución sea razonable. Es preciso, además, que el ordenamiento jurídico la admita.

Implícitamente ya he afirmado que así lo hace nuestro Derecho, al calificar de absurdo el resultado al que lleva la resolución comentada. Pero no es suficiente con realizar una afirmación de este género, pues partiríamos de un postulado indemostrable: es absurdo que el cónyuge incapacitado no pueda acceder al medio típico de solución de una crisis matrimonial. Es evidente que al Tribunal Supremo ello no le ha parecido absurdo y que, por tanto, se trata de una cuestión de opinión. Pero, por eso mismo, no se me puede reprochar la esperanza de que un examen pormenorizado de nuestro ordenamiento jurídico, me permita defender, sin ser tachada de irracional, una conclusión contraria a la mantenida por nuestro Alto Tribunal.

Señala el TS que, aunque el art. 267 CC confiere al tutor, con carácter general, la representación del menor o incapacitado (5), existen

(5) ESTRADA ALONSO señala que este precepto no intenta privar a los incapacitados de sus derechos, sino, más bien, otorgar la más amplia legitimación al representante legal para activar los intereses del incapaz, bajo la vigilancia y control del Juez: *La legitimación del tutor...*; p. 294.

actos que éste no puede realizar al estarle expresamente prohibidos: "bien porque en ellos no se admita la representación, caso del matrimonio, o por estar prohibidos al incapaz por razón de su incapacidad, caso de la testamentifacción (art. 663.2 CC)". Veamos el alcance y finalidad de estas prohibiciones.

1. La prohibición de la representación en el matrimonio

Esta prohibición no se formula, de forma expresa, en nuestro Derecho. No quiero decir con ello que dude de la imposibilidad de que el tutor preste válidamente el consentimiento matrimonial en representación de su pupilo. Pero ello se deduce:

1. Del art. 73.1º, en relación con el art. 56.II CC: al exigir este último el dictamen médico sobre la aptitud del contrayente afectado por anomalías psíquicas (y, por tanto, hemos de suponer que sometido a algún grado de incapacitación) para prestar el consentimiento, resulta claramente que el consentimiento matrimonial sólo puede ser prestado por los propios contrayentes. Y que, si falta este consentimiento, bien porque el incapaz no lo presta, bien porque el incapaz no comprende lo que es el matrimonio, éste es nulo.

Por tanto, un "matrimonio" en el que sea el tutor el que presta el consentimiento es nulo, al faltar el consentimiento matrimonial *del contrayente*. Otra cosa es que, en el caso de que el médico considere que el incapaz puede prestar ese consentimiento, *el acto* del matrimonio se celebre por poderes, conforme a lo dispuesto en el art. 55 CC; y que dé la coincidencia de que sea el tutor o el curador quien actúe como apoderado. Pero aquí no actuaría como tutor o curador, ni necesitaría autorización judicial para actuar como apoderado.

¿Quiere ello decir que, celebrado el matrimonio por una persona incapacitada sin que en el expediente matrimonial figure el indispensable dictamen médico; o demostrado más adelante que el médico erró completamente en su dictamen, o que lo dio interesadamente, el tutor no puede instar la acción de nulidad (6)?

(6) DE CASTRO mantenía posturas aparentemente contradictorias acerca del tema. Primero señala que el tutor no podrá ejercitar acciones respecto al estado civil del incapacitado. Añade que sí deberá, en cambio, ejercitar las acciones necesarias para defender la persona, derechos de la personalidad y sus consecuencias patrimoniales. Y cita P. 7, 9, 9: "El guardador debe demandar enmienda de la injuria hecha al loco o desmemoriado". Parece, por tanto, que puede el representante legal repeler las injurias hechas al incapacitado, salvo que el autor sea su cónyuge; en cuyo caso le está vedado el procedimiento pensado para "enmendar la injuria": *Derecho civil de España*, T. II. Reedición facsimil de Civitas, Madrid, 1984; p. 315.

El art. 74 CC establece que la acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal, y a *cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella*. No creo que se pueda argumentar que el tutor carece aquí de interés legítimo, cuando el art. 269 CC le obliga a “velar por el tutelado”. Debe, por tanto, poner fin a cualquier situación jurídica que suponga un daño para la persona y/o bienes del tutelado. Para cumplir ese deber, y como regla general, el tutor estará legitimado para interponer la demanda de nulidad del matrimonio de su pupilo, no ya en su representación, sino en nombre propio, como persona con interés legítimo en que se declare la nulidad.

Esta regla general tiene, sin embargo, numerosas excepciones que, en algún caso, vienen a confirmar que el tutor está legitimado para el ejercicio de la acción de nulidad: si la causa de la nulidad fuere la falta de edad la legitimación no es tan amplia: no abarca a cualquier persona que tenga un interés directo y legítimo en la nulidad; sino que se restringe a los padres, tutores, guardadores y Ministerio Fiscal (con propia legitimación, una vez más). Y únicamente al alcanzar la mayoría de edad se legitima sólo al contrayente menor. Lo que quiere decir que un menor de edad y mayor de 14 años, al que nuestro ordenamiento presupone aptitud para prestar el consentimiento matrimonial (art. 48 CC) puede ver declarado nulo su matrimonio en contra de su voluntad por el ejercicio por el tutor de la acción de nulidad, que le legitima como tal tutor, y no en representación de su pupilo. ¿No sería absurdo que, en cambio, el tutor no esté legitimado para ejercitar la acción de nulidad o separación cuando la tutela viene impuesta por la falta de aptitud del sujeto para prestar el consentimiento matrimonial, o para ejercitar por sí mismo esas acciones?

En los casos de error, coacción o miedo grave únicamente está legitimado para el ejercicio de la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio. ¿no podrá ejercitarla el tutor (esta vez en representación de su pupilo) si ese cónyuge hubiera incurrido en incapacidad después de contraer matrimonio y antes de que hubiera transcurrido el año de convivencia de que habla el párrafo segundo del art. 76 CC? ¿Ni siquiera podrá ejercitarla cuando, al incurrir dicho cónyuge en la causa de incapacidad, no hubiera cesado la fuerza o la causa del miedo?

Me parece evidente que el CC, al prohibir la representación en el matrimonio, y legitimar a personas distintas de los cónyuges para el ejercicio de la acción de nulidad, está afirmando implícitamente que, aunque el matrimonio es un acto personalísimo, su per-

vivencia puede verse afectada por las acciones ejercitadas por terceras personas.

Y no se diga que ello es lógico en la nulidad, pero no en la separación. Efectivamente, admito que el matrimonio nulo no ha llegado a existir, mientras que en la separación estamos ante un matrimonio válidamente contraído. Pero, ello no explica que, en unos casos (falta de edad), las personas llamadas a proteger al contrayente que causó la nulidad puedan intervenir en un matrimonio que es convalidable; máxime si tenemos en cuenta que la doctrina entiende que la acción de nulidad matrimonial es constitutiva (7). Y que en otros casos, en los que el matrimonio ya no se puede convalidar (matrimonio contraído por coacción en el que el cónyuge coaccionado incurre en causa de incapacitación antes de cesar la coacción (8)) no puedan hacerlo los protectores legales del incapaz en representación suya. Como señala BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R, aunque la naturaleza de la acción sea distinta, sus consecuencias sobre los intereses personales y patrimoniales del cónyuge incapaz son básicamente similares (9).

Resulta llamativo, por otra parte, que, según un sector de la doctrina (10) el art. 835 CC permita a los herederos continuar el proceso hasta obtener una sentencia de separación, y que, en cambio, no pueda iniciar ese proceso el tutor. Por lo visto, las consecuencias patrimoniales de la separación de una persona ya fallecida, en relación con los herederos, son más importantes que las medidas que afectan a la propia persona del incapacitado, todavía vivo y coleando; e incluso que las circunstancias patrimoniales que le afectan a él mismo.

(7) Vid. PARRA LUCAN: *Orientaciones actuales sobre el estado civil*. José María Bosch editor, S.A., Barcelona, 1993; pp. 70

(8) No creo que éste sea el lugar para enredarme en demostrar que, si bien es evidente que el afectado por una incapacidad psíquica total probablemente no sufrirá ya el miedo, ni será necesario emplear con él ningún tipo de coacción, el año de convivencia siguiente a su afección no cuenta a los efectos de convalidar el matrimonio. A menos que se quiera dar a la expresión "hubieran vivido juntos" del párrafo segundo del art. 76, el significado de convivencia puramente material; cosa que nuestro ordenamiento rechaza (vid. art. 87 CC).

(9) *Separación matrimonial...*; p. 10. Vid. también ESTRADA ALONSO: *La legitimación del tutor...*; p. 301

(10) Vid. PARRA LUCAN: *Orientaciones actuales...*; p. 137

2. El art. 663.2º Cc

Es cierto que el art. 663 decreta la incapacidad testamentaria de los menores de catorce años, y de quienes, habitual o accidentalmente, no se hallaren en su cabal juicio. ¿Acaso quiere ello decir que en estos casos la única vía sucesoria es la intestada? Evidentemente no, pues para evitarlo, al menos en parte, contempla nuestro Código Civil las sustituciones pupilar y ejemplar.

No viene al caso entrar aquí en la discutida cuestión de si los arts. 775 y 776 CC recogen un supuesto de testamento sustitutorio hecho por el ascendiente en nombre de su hijo o descendiente; o si, por el contrario, se trata de supuestos en los que el ascendiente, en su testamento, determina el curso que han de seguir los bienes que el instituido reciba de él (salvando las legítimas) para el caso de que el menor o el incapaz mueran sin poder hacer testamento (11). Lo cierto es que el CC contempla la circunstancia de que una persona incapacitada no pueda hacer testamento (12), y prevé un mecanismo que, según la tesis a la que cada uno se acoja, resuelve el problema en todo o en parte. Con ello, es evidente que excluye el mecanismo de la representación legal (téngase en cuenta que el CC habla de padres o ascendientes; y no exige en ningún momento que tengan la patria potestad, la patria potestad prorrogada, o la tutela del incapaz). Pero lo excluye porque ha contemplado otro.

En consecuencia, se puede argumentar que el tutor no puede testar por su pupilo porque está prohibida la representación en el testamento (art. 670). Pero a ello ha de añadirse, forzosamente, el dato de que esta prohibición no supone que los bienes del incapaz sigan necesariamente, después de su muerte, el destino marcado por la sucesión intestada. Si el binomio incapaz-sucesión intestada es falso, no tiene por que ser más cierto que la incapacidad suponga, inevitablemente, la continuación indefinida del matrimonio, sin posibilidad de solucionar legalmente la crisis matrimonial del incapaz.

(11) Recoge bien ambas tesis LLEDO YAGÜE: *Derecho de sucesiones. La adquisición de la herencia y la sucesión testamentaria*, V. II. Universidad de Deusto, Bilbao 1991; pp. 614 y ss.

(12) Conviene no olvidar que, conforme a los arts. 663, 665 y 666 CC, ni todo incapacitado lo está para hacer testamento, ni toda persona no incapacitada está capacitada para testar.

3. Actos que implican un cambio en el estado civil de las personas

En su Fundamento de Derecho segundo, argumenta el Tribunal Supremo que la declaración del art. 267 CC, que confiere al tutor, con carácter general, la representación del menor o incapacitado, "ha de matizarse teniendo en cuenta la naturaleza de la representación que exige que la declaración de voluntad sea una declaración de voluntad propia del representante aunque sus efectos hayan de recaer sobre el representado, por lo que, la generalidad de la doctrina excluye el ámbito de la representación los negocios jurídicos de Derecho de familia, dado su carácter personalísimo (13) que requiere que esa declaración de voluntad emane de la persona a quién el acto va a afectar; *especialmente, se considera inadmisibile la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que sólo pueden ser decididos por aquéllos cuyo estado civil va a resultar modificado*".

Como señala BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, las facultades del tutor, para cumplir con su deber de guarda y protección, llegan hasta el punto de poder internar al tutelado en un establecimiento de salud mental, de educación o formación especial; e, incluso, puede proceder a su esterilización en determinados casos, siempre con autorización judicial. Estoy completamente de acuerdo en que la restricción de la libertad del incapacitado, o la realización de actos que afectan a su integridad física son consecuencias de mayor alcance que las derivadas de un cambio de estado civil y, especialmente, de la separación legal (14).

Dejando aparte el dato de que, según admite la doctrina, el número de situaciones jurídicas de la persona que se consideran estados civiles varía según la estructura social del momento histórico y del lugar contemplados; y que la propia doctrina no se pone de acuerdo en cuales son los estados civiles existentes hoy en día en nuestro país (15), ¿es absolutamente cierta la afirmación de que no se

(13) Estado civil y esfera personalísima no se corresponden absolutamente, como veremos a continuación. Ni siquiera en el caso de la vecindad civil, que es en la materia en la que existe mayor acuerdo, es cierto que el cambio de estado civil sólo pueden efectuarse por la persona afectada. Por otra parte, existen actos que afectan a la esfera más íntima de la persona que pueden efectuarse por el tutor: vid. art. 3.1 y 3.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

(14) *Separación matrimonial...*; p. 10.

(15) DE CASTRO mencionaba los siguientes: nacionalidad, vecindad civil, edad, capacidad o incapacitación, matrimonio, filiación y adopción: *Compendio de Derecho civil. Introducción y Derecho de la persona*. Madrid, 1970; pp. 172-173. MALUQUER excluye hoy en día la filiación, dado que ha dejado de tener cualquier consideración

admite la representación en los actos que implican un cambio en el estado civil de las personas? Examinaremos los que, tradicionalmente, han venido siendo considerados estados civiles para responder a esa pregunta

a) La nacionalidad

Se trata de una de las situaciones jurídicas que, según un sector de la doctrina, no constituyen un verdadero estado civil (16). Otros, en cambio, incluyen la nacionalidad en este epígrafe (17).

Conforme al art. 19 CC, en la redacción dada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, el extranjero menor de dieciocho años adoptado por un español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen. Si, como suele suceder, el adoptado carece siquiera de la capacidad natural de entender y querer, nos encontramos ante un supuesto de cambio de estado civil efectuado sin el consentimiento de la persona afectada.

Además, el art. 20 CC, en la redacción dada por la citada Ley 18/1990, al conceder a determinadas personas el derecho de optar por la nacionalidad española, permite que la declaración de opción se formule "por el representante legal del optante, menor de catorce años o incapacitado. En este caso la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor o incapacitado" (18).

También el art. 21.2 CC permite al representante legal del menor de catorce años y al del incapacitado, previa la correspondiente autorización, solicitar la concesión de la nacionalidad española por residencia.

discriminatoria. Excluye también el matrimonio, ya que la condición social de cónyuge no supone ninguna limitación de la capacidad de obrar: la condición de casado, divorciado o viudo no constituyen estados civiles. Y excluye, por último, la nacionalidad: *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Bosch, Barcelona, 1993; pp. 50 y ss. BERCOVITZ menciona, en cambio, los mismos que mencionaba DE CASTRO: *Manual de Derecho civil. Derecho privado y Derecho de la persona*. Bercal, Madrid, 1996; pp. 101 y ss.

(16) Vid. MALUQUER, op. cit.

(17) Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho civil...*; p. 104

(18) Vid. RRDGRN (1ª y 3ª) de 3 de noviembre de 1998 (Boletín de información del Ministerio de Justicia, 1 de agosto de 1999, núm. 1850; pp. 2411-2412 y 2414-2415).

b) La vecindad civil

Parece que hay mayor acuerdo sobre el carácter de estado civil que tiene la vecindad civil (19). Y también aquí la adopción supone la adquisición por el adoptado no emancipado de la vecindad civil de los adoptantes (art. 14.2 y 3). Si el adoptado es menor de catorce años, su voluntad no cuenta a la hora de adquirir una determinada vecindad. Ciertamente que puede modificarla al cumplir los catorce años (art.14.3). Pero también el incapacitado puede reconciliarse, o volver a contraer matrimonio con su anterior cónyuge al recobrar la capacidad, dejando así sin efecto la acción del tutor.

c) La edad

La edad es un hecho biológico, objetivo, por lo que es independiente de la voluntad del menor y de sus representantes legales. Al llegar a la edad señalada por la ley, el menor queda totalmente emancipado, y la patria potestad o tutela extinguida, salvo que se haya seguido previamente el correspondiente proceso de incapacitación.

Lo que no es independiente de la voluntad del menor es su emancipación por cualquiera de las otras causas que señala el art. 314 CC. Es evidente que la emancipación por matrimonio requiere el consentimiento del menor, no ya a la emancipación, sino para el matrimonio; consentimiento éste último que acarrea la aceptación de todas las consecuencias jurídicas que el ordenamiento establece para el mismo. También la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, o por concesión judicial exigen la participación activa del menor (arts. 317, 320 y 321 (20)).

Es completamente lógico que la emancipación no pueda tener lugar sin el consentimiento del menor. Y no porque se trate de un cambio de estado civil, en general; sino porque se trata de un "beneficio" que se concede al menor que, por su mayor madurez y precocidad, o por encontrarse en una determinada circunstancia (el matrimonio del menor presupone, al menos en teoría, esa precocidad), no necesita ya la protección que suponen la patria potestad o la tutela. Y signo

(19) Vid. MALUQUER, op. cit.

(20) La emancipación contemplada en el art. 319 exige también el consentimiento del menor. Si éste "vive independiente" sin su consentimiento, no estamos ante la figura del menor de vida independiente, sino ante un caso de desamparo.

externo, indudable y cierto de que ya no la necesita es que él mismo, y no otro, consienta en la emancipación. Si no lo hace, nadie puede decir por él que se encuentra capacitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor.

El cambio de estado civil no es, por tanto, la causa de que el representante legal del menor no pueda pedir la emancipación sin el consentimiento del mismo, ni aún con autorización judicial (arts. 320 y 321 CC). Se trata, simplemente, de que el consentimiento del menor supone la comprobación previa de que, efectivamente, ha llegado a un estado de madurez similar al de la mayoría de edad: al no querer la protección que se otorga a los menores, se pone en el camino necesario para demostrar que no la necesita.

d) La incapacitación

La situación de incapacitado es una situación a la que la persona llega, no sólo sin su voluntad (arts. 202, 203 y 204 CC), sino, probablemente, contra su voluntad. Es el mayor exponente de cómo un dogma, aparentemente incuestionable (nadie puede ver modificada su situación jurídica sin su consentimiento) se estrella contra la realidad vital y jurídica.

Para salvar los obstáculos que estas realidades presentan para la subsistencia del dogma podemos aventurar varios argumentos: desde que la incapacitación no constituye un estado civil (¿qué es el estado civil, entonces?); hasta que el consentimiento para el cambio de estado civil sólo es necesario cuando la persona afectada tiene, al menos, la capacidad natural de entender y querer. Si este fuera el caso todavía habría que explicar por qué no se requiere dicho consentimiento cuando el afectado carece de capacidad por razón de edad, y sí se exige cuando se trata de resolver una crisis matrimonial de quien ha sido privado de ella por razón de enfermedad (recordemos que la doctrina no es unánime al considerar el matrimonio como un estado civil). Y conviene no olvidar que el CC faculta para iniciar el procedimiento para dejar sin efecto la incapacitación, incluso, al guardador de hecho (art. 213) que, puesto que está especialmente habilitado por esta norma, no parece necesitar, como tampoco el tutor, la autorización judicial previa contemplada en el art. 271.6º CC. En definitiva, que no existe norma que exija que sea el incapacitado, ya capaz, quien preste el consentimiento para iniciar el procedimiento dirigido a constatar su capacidad (21).

e) La filiación

También se discute el carácter de estado civil que pueda tener la filiación. El principal argumento es el principio de igualdad ante la ley, recogido en el art. 14 de nuestra Constitución; y repetido específicamente para los hijos en el art. 108.II CC.

Sin embargo, la aparentemente terminante igualación de los hijos que realiza el art. 108.II ("la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos") no es del todo cierta: "conforme a las disposiciones de este Código". Y el CC si realiza alguna pequeña distinción entre los distintos tipos de hijos (22). Así, por ejemplo, el cónyuge viudo recibe una porción mayor de la herencia en usufructo cuando concurre con hijos que lo sean sólo de su consorte, habidos constante matrimonio (art. 837.II CC); lo que se traduce en un menor disfrute de la herencia de ciertos hijos no matrimoniales, antiguamente llamados "adulterinos".

Pero, a efectos dialécticos, admitamos que se trata de un estado civil. Pues bien, el art. 129 CC permite, indistintamente, ejercitar las acciones de filiación que correspondan al hijo menor de edad o incapaz a su representante legal o al Ministerio Fiscal. Y este artículo se refiere a las acciones de declaración, reclamación, e impugnación de la filiación. Es decir; que el tutor puede, impugnando la paternidad de quien aparece como padre de su pupilo, separarle totalmente de él y evitar así que pueda, en algún momento, recuperar la patria potestad o, en todo caso, su cualidad de padre. Pero no puede separar al tutelado de su cónyuge que, en su calidad de tal, carece de toda potestad, actual o posible, sobre él.

Me interesa destacar que, se trate o no de un estado civil, el cambio de hijo por naturaleza a hijo por adopción no es ninguna tontería. Entre otros efectos, más o menos importantes, la adopción supone, como regla general, la ruptura de todo vínculo jurídico entre el adoptado y su familia por naturaleza (art. 178 CC). Tampoco aquí me parece lógico que sea posible cambiar la filiación del menor de doce años sin su consenti-

(21) Evidentemente, la declaración de capacidad exige el reconocimiento del incapacitado por el Juez; y no creo que, ante la manifestación en contra del primero, éste pueda o deba declararle plenamente capaz contra su voluntad, pues dicha manifestación constituiría un indicio claro de que la enfermedad psíquica continúa, aunque sea de forma atenuada. Pero, a los efectos que nos ocupan, quiero destacar que ninguna norma exige el consentimiento del incapacitado, ni que sea éste quien inicie el procedimiento, para proceder al cambio de estado civil.

(22) Si no realizara ninguna ¿para que mencionarlas?

miento(art. 177. CC), incluso si tiene la capacidad natural de entender y querer (art. 177.3.3º), y que, en cambio, no se pueda dar una solución a una crisis matrimonial de quien carece en absoluto de dicha capacidad. Se puede producir la adopción, en interés del menor; pero no se puede producir la separación matrimonial, en interés del incapacitado.

f) El matrimonio

También del matrimonio se ha dicho que no constituye ya un estado civil (23), pues solteros y casados gozan de la misma capacidad. Aunque lo cierto es que un cónyuge puede interferir en la esfera jurídica del otro de una forma que no pueden hacerlo los extraños (vid. arts. 1318 y ss. CC), en realidad, a efectos de determinar si el tutor puede o no iniciar un proceso de separación en nombre de su pupilo, esto no nos interesa. Es claro que el tutor, o representante legal, no puede contraer matrimonio en nombre de su pupilo, con independencia de que el matrimonio sea o no un estado civil. La imposibilidad deviene aquí, como hemos visto anteriormente, del hecho de el consentimiento matrimonial sólo puede ser prestado por el interesado.

No es éste el lugar más adecuado para recordar la larga lucha de nuestra cultura occidental (ampliada ahora a las culturas orientales) contra el matrimonio entre niños. Ni que el Derecho canónico, del que se nutre, querámoslo o no, nuestro Derecho matrimonial, reconoció como causa de nulidad del mismo, no ya la falta de consentimiento, sino la ignorancia sobre el objeto y alcance de ese consentimiento. Por ello, nuestro art. 73.1º CC declara nulo el matrimonio contraído sin consentimiento *matrimonial*; es decir, sin un específico y determinado consentimiento, con el que asume todos los derechos y deberes del matrimonio (24). Al igual de lo que sucede con la emancipación, el consentimiento del interesado constituye, no ya el principal requisito, sino el dato que revela que puede cumplir con sus deberes y exigir los derechos que comportan su nuevo status. Nadie más puede hacerlo por él.

(23) Vid. MALUQUER, op. cit.

(24) El vendedor queda obligado aunque ignore alguna de las obligaciones que le impone el CC (no, evidentemente, si cree que vender es arrendar). El contrayente que ignora los deberes que le impone el art. 68 CC ¿presta el *consentimiento matrimonial* aunque manifieste su voluntad de contraer matrimonio?

III. CRISIS MATRIMONIAL, REPRESENTACION LEGAL Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Afirma la Sentencia de 27 de febrero de 1999 que “no puede entenderse que la no autorización al tutor para el ejercicio de estas acciones <matrimoniales> suponga una desigualdad entre los cónyuges, prohibida por el art. 32.1 en relación con el art. 14, ambos de la CE. Tiene declarado con reiteración el TC que no toda desigualdad de trato legal respecto de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo aquellas desigualdades que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación objetiva y razonable para ello (TC S 90/1995 de 9 Jun). En el presente caso, las consecuencias jurídicas diferenciadas tienen un fundamento objetivo como es la incapacidad declarada de uno de los cónyuges que no puede calificarse de arbitraria dada la transcendencia que para el estado civil de la persona tienen las acciones de separación y divorcio”.

Tampoco resulta infringido, según el TS, el art. 32.2 CE, ni el 49 del mismo texto constitucional. En efecto; el art. 32 no se viola, ya que, conforme a la citada sentencia, da igual que el tutor lo sea del marido que de la mujer: en ninguno de los dos casos podrá pedir la separación, con lo que hombre y mujer tienen la plena igualdad jurídica de no poder separarse en caso de estar incapacitados. En cuanto al art. 49, si bien puede servir como criterio interpretativo a favor de los disminuidos psíquicos, estoy de acuerdo con el TS en que, simplemente, “enumera uno de los principios rectores de la política social que ha de presidir la actuación de los poderes públicos y traducirse en las pertinentes disposiciones legales” (25).

Volviendo a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad ante la ley, me parece claro que, rectamente interpretada, consagra la llamada “discriminación positiva” (a lo que le autoriza el art. 12 en relación con el 9.2 de la Constitución): justifica que la ley trate desigualmente a personas en situaciones desiguales, siempre que esa diferencia de trato se encamine a proteger, promocionar o suprimir la diferencia que coloca a una de ellas en situación de desventaja. Paradigma de esa doctrina lo constituye la STC de 13 de octubre de 1997 (AC 1997, 167) al dictaminar sobre la constitucionalidad de las reglas de prelación del art. 64 de la LAU de 1964 para la denegación de la prórroga forzosa cuando el arrendador tiene varias viviendas arrendadas a distintos arrendatarios.

(25) En contra, vid. ESTRADA ALONSO: *La legitimación del tutor...*; p. 299.

Nos recuerda el TC en dicha Sentencia la doctrina establecida en sus resoluciones sobre ese tema: no es inconstitucional la preferencia que el citado art. 64 de la LAU de 1964 otorga a los pensionistas para que se les respete la prórroga forzosa cuando existen arrendatarios cuyas viviendas satisfacen la necesidad del arrendador y son trabajadores en activo (ATC 265/1984); tampoco carece de una justificación objetiva y razonable la similar preferencia que se otorga a los funcionarios jubilados, siendo la diferenciación resultante proporcionada a la finalidad de la norma (STC 176/1993). No tiene esa justificación objetiva y razonable, ni satisface adecuadamente la finalidad social y protectora que es fundamento de la legislación arrendaticia especial la preferencia que el mencionado precepto otorga a los funcionarios en activo, por lo que dicho precepto debe entenderse derogado por la Constitución en lo que se refiere a ellos (STC (pleno) 90/1995).

En resumen; el TC considera que el art. 64 es constitucional en la medida en que protege a personas que se encuentran en una situación real de inferioridad económica: debe denegarse la prórroga forzosa antes a las personas en activo que a los pensionistas y funcionarios jubilados (26). En cambio, aunque no lo diga expresamente, el citado art. es inconstitucional en cuanto que otorga un privilegio, esto es, una ventaja carente de justificación razonable y objetiva, a los funcionarios en activo.

Me parece claro que no se otorga ningún privilegio a la persona que carece del raciocinio preciso para tomar una decisión respecto a una situación matrimonial permitiendo a su tutor que adopte las medidas necesarias para que esa situación no le resulte perjudicial; ni que la diferencia de trato que supone el que no pueda, por sí ni por su representante legal, pedir la separación o el divorcio, suprima la situación de inferioridad en que se encuentra una persona incapacitada frente a otra que conserva toda su capacidad de obrar. Por el contrario, creo que el principio de igualdad exige aquí una medida que corrija la situación de inferioridad real en que se encuentra, en una situación de crisis matrimonial, el cónyuge incapacitado frente a su consorte plenamente capaz.

Esta situación de inferioridad se acentúa si tenemos en cuenta que la causa 4ª del art. 82 CC permite al consorte del enfermo mental solicitar la separación, precisamente, en base a esa perturbación mental. El cónyuge del enfermo mental no tiene por qué pechar con esa carga, y puede pedir,

(26) Ciertamente, el pensionista o funcionario jubilado puede tener una situación económica mejor que la de un vecino que se encuentre en activo. Pero el TC no entra en la situación del individuo a quién se le aplica la norma; sino en la situación del colectivo al que ésta se refiere.

primero la separación, y luego el divorcio. El cónyuge perturbado, en cambio, tendría, según el TS, que asumir permanentemente un matrimonio que, dado su estado, no le sirve más que para ahorrarle a su consorte una pensión compensatoria, la búsqueda de una vivienda, y, posiblemente, tener que proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales.

No menciona en cambio, nuestro Alto Tribunal, el art. 24.1 de la Constitución, cuya infracción sí alega el Ministerio Fiscal recurrente. Recordemos su texto:

“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

Volvamos al supuesto de hecho: dos personas capaces contraen matrimonio; una de ellas recae en una incapacidad absoluta; el Juez estima que el nombramiento de tutor no debe recaer en el cónyuge capaz. El tutor nombrado no puede pedir la separación ni el divorcio. No puede pedir, por tanto, medidas provisionales, esto es, medidas a favor de los hijos, si los hay; asignación de la vivienda familiar, fijación de la contribución de cada cónyuge al sostenimiento de las cargas del matrimonio, etc. Según parece, la imposibilidad del incapacitado de acceder, por sí o por su tutor, a los Tribunales para la defensa de estos legítimos intereses, no constituye indefensión. Ello es tan evidente que al TS no le parece necesario mencionarlo siquiera.

¿Qué puede hacer entonces el tutor? ¿Ejercerá contra el cónyuge de su pupilo una inexistente acción de cumplimiento? Y, suponiendo que existiera, ¿qué consecuencias traería su negativa a reintegrarse en la normal convivencia familiar? ¿Quedaría todo en la indemnización de los daños y perjuicios causados por esta negativa?

Evidentemente el tutor puede hacer alguna cosa: puede pedir al cónyuge alimentos para su pupilo, conforme a los arts. 269.1º y 143 CC; si ha transcurrido más de un año desde que aquél abandonó el hogar (27), puede pedir la disolución de la sociedad de gananciales; si no ha habido acuerdo mutuo o abandono del hogar por el cónyuge, el tutor tendrá, bien que demostrar que éste ha realizado actos contrarios a los derechos de su pupilo en la sociedad de gananciales, en los términos previstos en el art. 1393.2º; bien demostrar el incumplimiento grave y reiterado del deber de informar sobre la marcha y rendimiento de sus actividades económicas (28). Y poca cosa más.

(27) ¿Y qué se entiende por abandono del hogar? Nuestro TS puede pensar, por ejemplo, que si el cónyuge del incapacitado sigue viviendo en el hogar conyugal, y el incapacitado se encuentra internado en una institución de salud mental, no entra en juego la causa 3ª de disolución de la sociedad de gananciales (art. 1393).

Quedan sin cubrir, en el mejor de los casos, amplias áreas de la vida personal y familiar, así como del ámbito patrimonial del incapacitado casado, que no tienen fácil solución. Y no la tienen porque el Tribunal Supremo ha decidido que el mecanismo jurídico que nuestro ordenamiento contempla para la solución de las crisis conyugales quedan fuera de su alcance.

En efecto; así como el tutor del menor no emancipado puede auxiliar a su pupilo en el ejercicio de la patria potestad (art. 157 CC), no parece que el tutor del incapacitado tenga nada que hacer respecto a los hijos de su pupilo, ya que el art. 156.III CC determina que "en defecto o por ausencia, *incapacidad* o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro". Si al tutor le parece que el otro progenitor no cumple adecuadamente con sus deberes respecto a los hijos, no le queda más camino que comunicar los hechos al Ministerio Fiscal para que éste inste al Juez para que tome las medidas oportunas, conforme al art. 158 CC (29). Es cierto que *asistencia* no es igual a *representación*. Pero no parece lógico que el art. 157 imponga esta asistencia al menor no emancipado, y deje totalmente fuera del ejercicio, o, al menos, de la vigilancia del ejercicio por el otro cónyuge de la patria potestad, al incapaz, a través de su representante legal.

El tutor no podrá pedir al Juez que asigne a su pupilo el uso de la vivienda familiar, como titular del interés más necesitado de protección, ya que esa petición tiene que hacerse en el seno de un proceso matrimonial, al que le está vedado el acceso. y ¿cómo podrá realizar el inventario al que le obliga el art. 262 CC si la mayor parte de los bienes de su pupilo consisten en su participación en la sociedad de gananciales, o cualquier otro tipo de sociedad conyugal? Y si son propios del incapacitado pero están en poder del cónyuge capaz ¿tendrá que ejercitar específicas acciones contra él para lograr, no ya su recuperación, sino meramente hacer ese inventario?

El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que el derecho de acceso a la jurisdicción forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo recuerda, por ejemplo, la STC de 8 de febrero de 1999 (AC 1999.I,6), cuando reitera que dicho derecho tiene

(28) Y ello si se estima que, incapacitado uno de los cónyuges, el otro está obligado a cumplir estos deberes informando al tutor. A lo peor resulta que ello constituiría una intromisión intolerable de un tercero en la vida conyugal.

(29) Teóricamente, también puede comunicar a los Servicios Sociales de su Comunidad Autónoma las anomalías que observe. Pero ello llevará, en la práctica, a la declaración de desamparo de los hijos. Situación en la que, en la práctica, es fácil que éstos queden apartados totalmente de su familia de origen.

por objeto la obtención de una “resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones de las partes, resolución que podrá ser de inadmisión siempre que concurra causa legal para ello y así se aprecie por el Juez o Tribunal mediante resolución motivada, basada en la existencia de causa impeditiva prevista por la Ley, *que no vaya en contra del contenido esencial del derecho* –que ha de respetar el legislador-, y *aplicada con criterios interpretativos favorables a la mayor efectividad de tal derecho fundamental* de forma que la negación de concurrencia del presupuesto procesal en cuestión no sea arbitraria ni irrazonable” (30).

Recuerda también la citada Sentencia que la tutela ha de obtenerse “sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”; lo que, en la interpretación del Tribunal Constitucional, supone que tal indefensión es la que produce “un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte procesal, un perjuicio de índole material que le impida poder defender sus derechos e intereses legítimos en la esfera del proceso jurisdiccional”.

Nos recuerda DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I. que “el derecho a la tutela judicial efectiva contiene el mandato *ex Constitutione* de *plenitud de la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos, de plena justiciabilidad* de todas las situaciones reguladas por el ordenamiento. Este mandato significa que *no pueden existir sectores del ordenamiento jurídico de los que deriven derechos subjetivos o intereses legítimos cuya vulneración no pueda ser residenciada ante los Tribunales*” (31). La asignación de la vivienda familiar no tiene, que sepamos, otro cauce procesal que el de los procesos matrimoniales. Denegar absolutamente a una persona el acceso a esos procesos supone la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido pueden y deben ser interpretadas las SSTC de 8 de junio de 1981 y 16 de junio de 1987. La primera de ellas afirma que “elemento necesario para que pueda satisfacerse el derecho a la jurisdicción es que existan medios para resolver los conflictos suscitados cuando se declaren incompetentes los Tribunales a que se dirija el que aspire a obtener su tutela. A este fin responde en nuestro Derecho la Ley de 17 de julio de 1948, de Conflictos Jurisdiccionales”. En definitiva: un Tribunal puede declararse incompetente para conocer de un asunto porque nuestro Ordenamiento regula un mecanismo que soluciona el conflicto cuando todos los Tribunales se declaran incompe-

(30) En este sentido vid. CORDON MORENO: *El sistema procesal en el marco de la Constitución de 1978 en 20 Años de Ordenamiento Constitucional*, homenaje a Estanislao de Aranzadi. Aranzadi, 1999; p. 208.

(31) Art. 24. *Garantías procesales en Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. III, dirigidos por ALZAGA. Edersa, Madrid 1996; pp. 36-37.

tentes. No sería admisible, por tanto, que todos los Tribunales se negaran a conocer de un sector del ordenamiento del que se deriven derechos subjetivos o intereses legítimos de los particulares.

La segunda STC citada (114/1997, de 16 de junio) remacha que “como advertimos en la STC 298/1993..., el art. 24 CE `no impone cauces procesales determinados, siempre que se respeten las garantías esenciales para proteger judicialmente los derechos e intereses legítimos de los justiciables (SSTC 11/1982, 1/1987, 43/1987 y 160/1991)´´. No se impone un determinado cauce procesal, pero tiene que existir un cauce para la defensa de derechos e intereses legítimos.

Ante esta doctrina, tenemos dos alternativas. La primera de ellas consiste en entender que el cónyuge legalmente incapacitado no tiene un interés legítimo en obtener el uso de la vivienda familiar, ni en instar directamente, a través de su representante legal, las medidas que éste estime oportunas en relación con los hijos comunes; y, sobre todo, no tiene un interés legítimo a que su crisis matrimonial se resuelva en un solo proceso, especialmente previsto para resolver temas matrimoniales, y no en un interminable rosario de procesos en los que el tutor, si es que se le reconoce legitimación para ello, intente resolver todos y cada uno de los problemas que conlleva una crisis del matrimonio.

La segunda alternativa, informada por el principio *pro actione* que se deriva del derecho de toda persona a provocar la actividad jurisdiccional (STC de 30 de junio de 1998: AC 1998, 145), consiste en entender que, efectivamente, hay algunos actos que son menos personalísimos que otros. Y que entre ellos debe entenderse comprendida la acción de separación matrimonial, ejercitada por el tutor en representación del cónyuge incapacitado, ya que, de lo contrario, se produciría ese “perjuicio de índole material” que impide la defensa efectiva de los intereses legítimos del incapacitado.

Como señala CORDON MORENO, es cierto que no corresponde al Tribunal Constitucional valorar la forma en que los Tribunales ordinarios interpretan y aplican las leyes (32). Ello significaría que, si la sentencia está motivada, está fundada en Derecho, y es congruente con la demanda, no cabría alegar en un caso como el presente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero, recuerda CORDON MORENO, el mismo Tribunal Constitucional ha señalado con frecuencia los límites de esta doctrina, afirmando que cabe, aunque sea excepcionalmente, que dicho Tribunal controle la interpretación y aplicación de la ley material realizada por los Tribunales ordinarios

(32) *El sistema procesal...*; p. 217.

si, como consecuencia de dicha interpretación, se lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva "por tratarse de una resolución arbitraria o irrazonable o que no interpreta la legalidad de acuerdo con la Constitución" y en el sentido más favorable para la efectividad de dicho derecho (33).

Creo que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva no queda inviolado por el hecho de que el justiciable pueda defender algunos o, incluso, todos sus intereses legítimos por otras vías. Entiendo que dicho derecho queda violado cuando, sin razón jurídica suficiente y clara, y con una interpretación de la legalidad ordinaria que no es la más favorable para la efectividad del mismo, se deniega al ciudadano el acceso al proceso adecuado por razón de la materia. El justiciable no tiene por qué emprender una serie interminable de procedimientos para obtener unos pronunciamientos que podrían ser el resultado de un solo proceso, especialmente previsto por la ley para esa situación. Y con mayor razón cuando alguna de sus pretensiones, como la de que se le atribuya el uso de la vivienda familiar, no tiene otro cauce procesal que el previsto para las situaciones de crisis matrimonial. Negarle el acceso a ese procedimiento es negarle su derecho a la tutela judicial efectiva.

Por todo ello, pienso que el tutor del incapacitado está legitimado para, con la correspondiente autorización judicial, interponer la demanda de separación y pedir las medidas provisionales que estime oportunas.

(33) *El sistema procesal...*; pp. 217-218.

