

# EL EJERCICIO DE ACCIONES Y DERECHOS PERSONALÍSIMOS DE LA PERSONA INCAPACITADA (Comentario y alcance de la STC 311/2000, de 18 de diciembre)

NATALIA ÁLVAREZ LATA  
Universidad de A Coruña

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. EL PROBLEMA CONCRETO: ¿ESTÁ LEGITIMADO EL TUTOR PARA INTERPONER DEMANDA DE SEPARACIÓN MATRIMONIAL EN REPRESENTACIÓN DEL PUPILO? 1. *Análisis de las resoluciones que niegan la legitimación. En particular, la STS 27 de febrero de 1999.* 2. *La justificación de la legitimación del tutor. La argumentación de la STC 311/2000.* III. EL PROBLEMA SUBYACENTE: EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS DE LAS PERSONAS INCAPACITADAS. 1. *Estado de la cuestión.* 2. *La regla general: el ejercicio de los derechos personalísimos por el titular (aunque esté incapacitado).* 3. *La intervención del representante legal en el ejercicio de los derechos personalísimos del incapacitado, cuando carezca de capacidad natural.* A) *La intervención del tutor como un supuesto de representación legal en sentido técnico.* B) *La intervención del tutor resulta más acorde con los principios constitucionales que han de presidir el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad.* C) *La intervención del tutor viene limitada por la ley, por el principio de mayor interés del incapaz y por la autorización judicial.*

## I. INTRODUCCIÓN

La STC 311/2000, de 18 de diciembre, ha planteado un tema muy confuso y problemático, cual es el ejercicio de los derechos personalísi-

mos de las personas sujetas a tutela, a través de uno de los posibles ejemplos: el ejercicio de la acción de separación matrimonial. Tema, por otra parte, en el que convergen afirmaciones quizás apriorísticas que han gozado casi de la consideración de dogmas, como la que sostiene que no es pensable que los derechos estrictamente personales se ejerciten por persona diferente a su titular.

La STC 311/2000, de 18 de diciembre, nos ha brindado, por lo tanto, una ocasión excelente para intentar rebatir tales afirmaciones. Y lo haremos analizando primero el problema concreto —la legitimación del tutor para interponer por su pupilo la acción de separación legal—, para después tratar de pergeñar una respuesta al más general —el ejercicio de los derechos personalísimos de la persona incapacitada—.

## II. EL PROBLEMA CONCRETO: ¿ESTÁ LEGITIMADO EL TUTOR PARA INTERPONER DEMANDA DE SEPARACIÓN MATRIMONIAL EN REPRESENTACIÓN DEL PUPILO?

La cuestión que ha suscitado un largo y variado recorrido jurisdiccional, el cual se agota ahora en la sentencia del Tribunal Constitucional 311/2000, de 18 de diciembre, que otorga amparo a la recurrente, es la posibilidad de que el tutor interponga en nombre y representación de su pupilo —en este caso su hija incapacitada— acción de separación legal. Y a esta cuestión se ha venido respondiendo de dos formas a lo largo de ese recorrido judicial: bien aceptando tal posibilidad y permitiendo a la madre la interposición de la demanda, previa autorización judicial *ex art.* 271.6° CC (así, AAP de Asturias 4.2.98, AC 3516 y posteriormente, STC 311/2000); bien negándola (SAP de Asturias 23.2.98, AC 248 y STS 27.2.99, RJ 1418). Tal vaivén se justifica en diferentes interpretaciones de una ley poco concreta y en la mayor o menor relevancia —en dicha interpretación— de los principios constitucionales.

Los hechos que sirven de base al recurso de amparo son los siguientes: La sra. B.P., casada y separada de hecho del sr. V.F. desde hacía años, sufrió un accidente con graves secuelas físicas y psíquicas. La sra. B.P. fue declarada incapacitada y fue nombrada tutora de la misma su madre, la actora, sra. P.C., aunque con la oposición del marido de aquélla. Tras graves enfrentamientos entre la madre y el marido de la incapacitada, por el uso que hacía éste de los bienes de la incapaz, la madre, 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 octu-

bre de 1996, el Juzgado núm. 6 de Oviedo autorizó a la tutora a interponer la mencionada demanda. La Audiencia (secc. 4ª) confirmó esta decisión mediante auto de 4 de febrero de 1998. Con apoyo en el auto de 31 de octubre de 1996, la tutora interpone demanda de separación, en nombre de la incapacitada, contra el sr. V.F., solicitando la adopción de medidas provisionales. El Juzgado núm. 3 de Oviedo dictó auto, de 2 de abril de 1997, desestimando la demanda al entender que la sra. P.C. no estaba legitimada para cursar tal pretensión, al constituir un acto personalísimo derivado de un derecho del mismo carácter. Frente a esta resolución, la tutora formula oposición, lo que dió lugar a un 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 estimó la excepción procesal de falta de personalidad de la actora, alegada por el sr. V.F. En impugnación de las dos últimas sentencias mencionadas, se interpusieron sendos recursos de apelación, que fueron desestimados por dos sentencias de la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, de fecha 23 de febrero de 1998, que confirman la ausencia de legitimación de la tutora para demandar la separación y para solicitar medidas coetáneas a dicha demanda.

En este punto, se van a plantear dos recursos diferentes: por un lado, el Fiscal, que no fue parte en el procedimiento, interpuso, ante la disparidad de criterios en la Audiencia Provincial, recurso de casación en interés de ley ante el Tribunal Supremo, que fue resuelto por la STS de 27 de febrero de 1999; por otro lado, contra las sentencias de la Audiencia Provincial de 23 de febrero de 1998, la tutora interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, otorgado por la sentencia 311/2000, de 18 de diciembre.

La tramitación paralela de ambos recursos —el de interés de ley ante el Tribunal Supremo y el de amparo ante el Tribunal Constitucional— va a suscitar, en la fundamentación jurídica de la STC 311/2000, una cuestión previa referida a dilucidar la inadmisibilidad del recurso —alegada por el sr V.F.— por no haberse dado el preceptivo agotamiento de la vía judicial (cfr. arts. 44.1.a) y 50.1 a) LOTC). El Tribunal, aun ratificando la doctrina del carácter subsidiario del recurso de amparo, salva este obstáculo debido a que el recurso de casación en interés de ley no es válido para la demandante como remedio posible de su lesión inconstitucional, al constituirse en un recurso para “formar jurisprudencia sobre las cuestiones legales discutidas y resueltas en el pleito” (art. 1788.2º LEC 1881).

*1. Análisis de las resoluciones que niegan la legitimación del tutor.  
En particular, la STS 27 de febrero de 1999*

La ausencia de previsión legal expresa en la cuestión debatida —el art. 81 CC no resulta claro al respecto— facilita sobremanera la argumentación de las resoluciones que niegan la legitimación del tutor para interponer la acción de separación. Tal extremo viene reforzado además, en el parecer de la SAP de Oviedo de 23 de febrero de 1998, por la utilización del argumento histórico. En efecto, según el FJ 2º, “[...] el legislador de 1981 [...] tuvo forzosamente que tener presente la anterior ley de 1932, en la que se admitía de forma expresa que el tutor del incapaz pudiera ejercitar la acción de separación (art. 40 de la ley de 1932) y, no obstante ello, a la hora de redactar la nueva ley para nada tuvo en cuenta el referido antecedente, por cierto sí apreciado en sede de nulidad [...], es claro que la voluntad del legislador, cuando menos presunta, fue claramente contraria a dicha posibilidad”.

Pero los argumentos claves en estas resoluciones son fundamentalmente dos: la configuración de la acción de separación como acción personalísima y la inexistencia de vulneración, con la negativa de la legitimación del tutor, de los principios constitucionales.

1º Por lo que se refiere al argumento principal, la configuración de la acción de separación legal como acción personalísima y la consiguiente prohibición de la representación legal en la esfera de tales acciones, resulta contundente el Fundamento de Derecho segundo de la STS de 27 de febrero de 1999: “El artículo 267 del Código civil confiere al tutor, con carácter general, la representación del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación; no obstante la generalidad de esa atribución, existen determinados actos que no pueden realizarse por el tutor al estar expresamente prohibidos, bien porque en ellos no se admita la representación, caso del matrimonio, o por estar prohibidos al incapaz por razón de su incapacidad, caso de la testamentifacción (art. 663.2º del Código civil); de otra parte, esa declaración general del Código civil ha de matizarse teniendo en cuenta la naturaleza de la representación, que exige que la declaración de voluntad, a partir de la cual se forma el negocio jurídico concreto de que se trate, sea una declaración de voluntad propia del representante aunque sus efectos hayan de recaer sobre el representado, por lo que, la generalidad de la doctrina excluye del ámbito de la representación los negocios jurídicos de Derecho de familia, dado su carácter personalísimo que requiere que esa declaración de volun-

tad emane de la persona a quien el acto va a afectar; especialmente, se considera inadmisibles la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que sólo puedan ser decididos por aquellos cuyo estado civil va a resultar modificado. Tal es el caso de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio, en que, por su estimación, surge un estado civil nuevo de los cónyuges o ex-cónyuges sometidos a un régimen jurídico distinto que aquel por el que se venían rigiendo; por ello, el ejercicio de tales acciones sólo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge a quien la ley reconoce legitimación para ello”.

Unánime parece en la doctrina la calificación de la acción de separación como acción personalísima. Con base en el enunciado nada concluyente del art. 81 CC, gran parte de la doctrina (1) ha defendido tradicionalmente la naturaleza personalísima de esta acción, dada su configuración como acción de estado —es decir, “intransferible, irrenunciable, imprescriptible e insusceptible de transacción” (2)— y debido también a que la separación afecta a circunstancias muy personales e íntimas de los cónyuges (3); esto es, al derecho de intimidad familiar (4).

Con todo sería inexacto sostener que desde esta posición doctrinal se han puesto trabas auténticas al ejercicio por representación de la acción de separación (5); más bien la naturaleza personalísima ha pre-

(1) Entre otros, v. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1990, T. IV-2º, p. 190; LLEBARÍA SAMPER, S., “Comentario a los arts. 81 a 84”, en RAMS ALBESA, J.; MORENO FLÓREZ, R.M. (coords.), *Comentarios al Código civil*, Barcelona, Bosch, 2000, T. II-1º, p. 769; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil. Derecho de familia*, 2ª ed., Madrid, Trivium, 2000, T. VI, p. 123; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., “Las vicisitudes del matrimonio: la separación”, en MONTÉS, V.L.- ROCA E. (coord.), *Derecho de familia*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 84; MONJE BALMASEDA, O., “La separación conyugal y la disolución del matrimonio”, en LLEDÓ YAGÜE, F., *Compendio de Derecho de familia*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 72.

(2) LACRUZ BERDEJO, J.L./DELGADO ÉCHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho civil*, nueva ed., Madrid, Dykinson, 1998, T. I-2º, p. 28.

(3) Cfr. ALONSO PÉREZ, M., “Comentario al art. 88”, en LACRUZ BERDEJO, J.L. (coord.), *Matrimonio y divorcio (Comentarios al Título IV del Libro I del Código civil)*, 2ª ed., Madrid, Cívitas, 1994, p. 928.

(4) Sobre este concepto, v. ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Madrid, Cívitas, 1999, pp. 63 y ss.

(5) Quizás el más incisivo sea LLEBARÍA SAMPER (“Comentario a los arts. 81 a 84”, cit., p. 769): “En primer término, estamos ante una acción personalísima, pues la legitimación tanto activa como pasiva aparecen siempre asociadas a la condición de cónyuge del matrimonio en cuestión. [...] La demanda no puede ser entablada por el representante legal, ni tampoco entablada ni continuada por los herederos u otros posibles interesados, excepción hecha del puntual reconocimiento contenido en el art. 835 CC

tendido justificar la intransmisibilidad *mortis causa* de la acción a los herederos del cónyuge —aspecto éste en el que se ha hecho verdadero hincapié— y su diferenciación con el régimen de la acción de nulidad matrimonial, para evitar que terceros ajenos al matrimonio tengan algo que decir en su separación (para rechazar la existencia de un “interés directo” en la separación matrimonial) (6). E incluso en esta cuestión existen posiciones doctrinales encontradas (7).

Por ello, a raíz de la STS 27 de febrero de 1999, que, apoyándose en la calificación de personalísima, deniega el ejercicio por representación de la acción de separación, van a ser muchos los autores que critiquen el rigor de este planteamiento, mostrándose favorables a la legitimación del tutor para no llegar al absurdo y hasta inconstitucional extremo de convertir el matrimonio de un incapaz en vínculo indisoluble (8).

---

[...]”). También PUIG FERRIOL (“Comentario al art. 81”, en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, Tecnos, 1984, vol.I, p. 444): “En los supuestos de ausencia o incapacidad de cualquiera de los cónyuges, no podrá ser ejercitada la acción por medio de su representante legal”. Es curioso, en cambio, comprobar cómo, desde la doctrina procesalista, resulta mayoritaria la tesis de que el tutor puede solicitar la separación en representación de su pupilo (Cfr. los autores y opiniones expuestos en RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “Legitimación del tutor para solicitar la separación matrimonial del incapaz a su tutela”, *El Derecho*, 19.2.2001, pp. 2-3).

(6) Desde la jurisprudencia se ha avalado este extremo; dice la STS 26 de mayo de 1982 (R) 2600 que “[...] la acción en cuyo ejercicio la recurrente pretende suceder a su difunto padre es, como ya se dijo, la de separación matrimonial que tiene carácter personalísimo, acertadamente recordado por el Tribunal a quo, atribuido por el vigente art. 81 del Código (coincidente con el anterior art. 106), contrario, en un todo, a lo que ocurre con la acción de nulidad matrimonial (art. 102 de la anterior redacción del Código civil y 74 de la actual), en que, expresamente, se permite el ejercicio de la acción no sólo a los cónyuges y al Ministerio Fiscal sino a cualquier persona que tenga interés en ello”.

(7) Cfr. PARRA LUCÁN, M.A., *Orientaciones actuales sobre el estado civil*, Barcelona, Bosch, 1993, p. 137. La autora considera posible la continuación de los herederos en la separación del fallecido sobre la base legal del art. 835 CC y debido a las implicaciones hereditarias del proceso de separación.

(8) Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Separación matrimonial de un incapaz”, *Aranzadi Civil*, n<sup>o</sup>4, mayo 1999, (Tribuna), pp. 9 y ss.; VALLADARES RASCÓN, E., “La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación en representación de su pupilo (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1999)”, *Derecho Privado y Constitución*, n<sup>o</sup>13, 1999, pp. 273 y ss.; GRAMUNT FOMBUENA, M.D., “Comentario a la STS de 27 de febrero de 1999”, *A.C.*, n<sup>o</sup>1, 1999, pp. 137 y ss.; ESTRADA ALONSO, E., “La legitimación del tutor para interponer la demanda de separación del incapacitado”, *A.C.*, n<sup>o</sup>11, 1999, pp. 295 y ss.; ÁLVAREZ LATA, N., “¿Está facultado el tutor para instar la acción de separación legal de su pupilo? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1999)”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n<sup>o</sup>3, 1999, pp. 663 y ss. En la misma línea —ya en comentario de la STC 311/2000—, RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “Legitimación del tutor...”, *cit.*, p. 1 y ss.

Precisamente, el estricto planteamiento del Tribunal Supremo (que no es sino el reflejo de un sentir doctrinal mayoritario) acerca de la categoría de los derechos y acciones denominados personalísimos es lo que se tratará de rebatir, con carácter general, en la segunda parte del trabajo, por lo que ahí nos remitimos. Pero, al margen de los argumentos que se barajarán *infra*, y en punto a la acción de separación legal, se puede añadir lo siguiente:

a) Aunque cierto es que las acciones de estado son intransmisibles por regla general, no se puede olvidar que, en ocasiones, se otorga legitimación activa a otras personas (entre ellas, el representante legal) e incluso al Ministerio Fiscal, en consonancia con el aspecto de orden público del que asimismo participa el estado civil (cfr. arts. 20, 74 y 75 CC y 757 LEC). Por ello, no resulta tan inadmisibles que, en atención a otros intereses, se faculte la representación en estas acciones: la necesidad de tutela de un interés superior —como sería el interés del cónyuge incapaz— puede ampliar la legitimación activa de estas acciones (9).

b) Las circunstancias personales e íntimas de los cónyuges en las que se suele fundamentar el carácter personalísimo del ejercicio de la acción de separación o divorcio pudieran adquirir tintes menos íntimos o personales: “pensemos, por ejemplo, en que, sobrevenida y declarada legalmente la incapacidad de uno de los cónyuges, constante matrimonio, y siendo sometido a partir de aquél momento a sevicias, malos tratos, abandono o expolio por el otro [...]” (10). Sin llegar a extremos tan dramáticos, piénsese en la aplicación del art. 1365 CC y en el perjuicio patrimonial que se le puede ocasionar al incapaz.

c) Tampoco es suficiente el argumento de que el matrimonio es un negocio jurídico en el que la representación está vedada —de lo que nadie duda—, ya que ello es compatible, para el propio Código, con que se legitime a personas distintas de los cónyuges para el ejercicio de la acción de nulidad, de lo cual se deduciría que la pervivencia del matrimonio puede verse afectada por las acciones ejercitadas por terceras personas (11). Y, admitida en el CC con respecto a la acción de

(9) Se ha distinguido, a estos efectos, entre la situación de estado y su contenido facultativo —de carácter personalísimo— y la tutela jurisdiccional de ese estado en la que dicho carácter puede no estar presente. Cfr. RAMOS CHAPARRO, E., *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, Barcelona, Cedecs, 1999, p. 282.

(10) Exposición del Fiscal, extraída de los antecedentes del hecho de la STS 27 de febrero de 1999.

(11) Cfr. VALLADARES RASCÓN, E., “La legitimación del tutor...”, cit., p. 280.

nulidad, no se ve por qué esta idea no se puede proyectar en la de separación (12).

d) Además, el rigor en el planteamiento del Tribunal Supremo acerca de la imposibilidad de representación en la acción de separación no es coherente con la flexibilidad que el mismo Tribunal y la DGRN muestran ante el acceso de las personas con discapacidad psíquica al matrimonio (13). Incluso, más que falta de coherencia estaríamos ante la configuración, para esas personas, del matrimonio como indisoluble.

2º La inexistencia de vulneración de los principios constitucionales de los arts. 14, 32.2. y 49 de la CE culmina el razonamiento de la STS 27 de febrero de 1999: " No puede entenderse entonces que la no autorización al tutor para el ejercicio de estas acciones suponga una desigualdad entre los cónyuges, prohibida por el artículo 32.1 en relación con el artículo 14, ambos de la Constitución Española. Tiene declarado con reiteración el Tribunal Constitucional que no toda desigualdad de trato legal respecto de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución Española, sino tan sólo aquellas desigualdades que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, y, por tanto, veda la utilización de elementos de diferenciación que pueda calificar de arbitrarios o carentes de una fundamentación razonable (Sentencia del Tribunal Constitucional 90/1995, de 9 de junio). En el presente caso, las consecuencias jurídicas diferenciadas tienen un fundamento objetivo como es la incapacidad declarada de uno de los cónyuges que no puede calificarse de arbitraria dada la trascendencia que para el estado civil de la persona tienen las acciones de separación y divorcio. No resulta infringido el artículo 32.2 de la Constitución ya que dicho precepto lo que hace es establecer un mandato dirigido al legislador no constitucional que le obliga a regular las materias en él comprendidas, estableciendo una reserva de ley, no orgánica al no estar así establecido expresamente y no afectar esta regulación a derechos fundamentales de la persona; tampoco puede afirmarse que se infrinja el artículo 49 del Texto Constitucional en cuanto el mismo enumera uno de los principios rectores de la política social que ha de presidir la actuación de los poderes

---

(12) Cfr. VALLADARES RASCÓN, E., "La legitimación del tutor...", cit., p. 281.

(13) Cfr. RDGRN de 1 de diciembre de 1987 (RJ 9716).



públicos y traducirse en las pertinentes disposiciones legales, a las cuales ha de adaptarse el amparo para el disfrute de los derechos que el Título Primero otorga a todos los ciudadanos”.

Acaso sea el tratamiento del principio de igualdad lo más reprochable de la STS 27 de febrero de 1999. El Tribunal Supremo nos brinda una visión profundamente negativa de la persona con discapacidad, alejada de los planteamientos actuales sobre el tema y, lo más importante, desoyendo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el propio art. 14 que, como acertadamente se ha dicho al hilo de esta sentencia (14), consagra la llamada “discriminación positiva” que justifica que la ley trate de manera desigual en situaciones desiguales siempre que esa diferencia de trato se encamine a proteger, promocionar o suprimir la diferencia.

El Tribunal Supremo se apoya en una desigualdad fáctica, cual es la diferente capacidad de los cónyuges, que sirve como “fundamento objetivo” del diferente tratamiento jurídico, y entiende que tal distinción en el tratamiento jurídico no supone desigualdad (y no infringe el art. 14 CE). Pero el Tribunal de Casación no lleva su razonamiento hasta el final, y en tal sentido resulta insatisfactorio.

La igualdad presenta en nuestro sistema jurídico dos dimensiones: a) una dimensión formal, o igualdad ante la ley, regulada en el art. 14 CE, y 2) una dimensión material, o igualdad real o efectiva, recogida en el art. 9.º 2 CE —y, en cierta medida, en el segundo inciso del art. 14 CE—. Ambas dimensiones no son separables, pues la declaración del art. 14 CE no se concibe sin el mandato del art. 9.º 2 CE. La igualdad ante la ley (art. 14 CE) es el presupuesto o punto de partida para el logro de la igualdad material o real, impulsada por el mandato antidiscriminatorio del segundo inciso del art. 14 CE y por las políticas públicas de remoción de obstáculos y promoción de condiciones para que todos los individuos y grupos —entre ellos las personas discapacitadas— alcancen una libertad e igualdad reales y efectivas impuestas por el art. 9.º 2 CE (15). El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto lo anterior con claridad: “La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que, cuando se dirige a los poderes públicos,

(14) Cfr. VALLADARES RASCÓN, E., “La legitimación del tutor...”, cit., p. 289.

(15) SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., “Una minoría: los deficientes mentales; un objetivo: la igualdad; una actitud: ¿la tolerancia?”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº5, 1995, pp. 349-357; del mismo, “La persona, el retraso mental y el Derecho”, en SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. (coord.), *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, A Coruña, Fundación Paideia, 1999, pp. 70-73.

encierra el art. 14, supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida —antes al contrario— la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial” (STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 5).

Finalmente, no hay que olvidar que la igualdad (el principio de igualdad) es el contexto en el que se posibilita el ejercicio de la libertad y los derechos. Ello implica que la negación de unas condiciones mínimas de igualdad real y efectiva impide el ejercicio de la libertad o el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Es decir, so capa de proteger la igualdad se estaría negando el otro principio agente o actualizador de la dignidad de las personas con discapacidad, el principio de libertad —y, de forma mediata, el principio de dignidad— (16).

## *2. La justificación de la legitimación del tutor. La argumentación de la STC 311/2000, de 18 de diciembre*

Sobre la base de otros dos argumentos, la vulneración de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, la STC 311/2000 otorga el amparo solicitado por la tutora y la considera legitimada para representar a su pupila en la acción de separación legal:

1º Tras desarrollar brevemente la doctrina sobre el derecho de tutela judicial efectiva y, de forma más concreta, la atinente a la apreciación jurisdiccional de falta de legitimación, el Fundamento cuarto de la STC reconoce la vulneración de este derecho.

En efecto, como reconoce el Tribunal en esta sentencia —y ya ha precisado en otras anteriores (17)—, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales del art. 24 CE —cuyo primer contenido es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional— no es “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

---

(16) V. *infra* punto 3.3. B).

(17) Cfr. SSTC 140/1993, 220/1993, 4/1998, 12/1998, 141/1998, 35/1999, entre otras.

obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal". En fin, es un derecho limitado; mas los límites que condicionen el pleno acceso a la jurisdicción han de obedecer siempre a "razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos"; por lo que el derecho 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 [...] o 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 sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión no sea arbitraria o irrazonable".

Más aún, y en punto a la falta de legitimación activa, se precisa 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, está 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 la legitimación activa para acceder a los procesos judiciales [...]", lo que lleva "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 contraria a la efectividad del derecho fundamental" (18).

Por lo tanto, si el corolario de la doctrina constitucional se traduce en que "el art. 24.1 CE exige que cualquier derecho o interés legítimo obtenga tutela efectiva de los jueces y Tribunales", se pregunta el Tribunal en esta sentencia, y ya en el caso concreto de amparo, "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".

La respuesta a esta cuestión es rotundamente afirmativa, sin que el carácter personalísimo de la acción de separación —que en los fundamentos jurídicos ni se menciona (19)— vaya a representar obstáculo

---

(18) Otras SSTC que recogen esta doctrina, citadas por la propia sentencia: SSTC 24/1987; 93/1990; 71/1991; 195/1992; 210/1992; 285/1992; 34/1994; 10/1996; 12/1996.

(19) Sí se enfrenta con la naturaleza personalísima de la acción y la repercusión de este carácter en el juego de la representación legal el voto particular del propio ponente, el magistrado Conde Martín de Hijas.

alguno a su reflexión: "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 [...]. Dichos intereses y perjuicios 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. Dada 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 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 de la 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".

2º Pese a que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sería suficiente para el otorgamiento del amparo, el Tribunal Constitucional entiende que se ha vulnerado asimismo el derecho a la igualdad, sobre la base del siguiente razonamiento: "[...] 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 desigualdad de ambos cónyuges en el matrimonio; por lo que resulta vulneradora del art. 14 CE”.

Sobre la base de estos dos argumentos, el Tribunal Constitucional otorga el amparo a la recurrente y pone en tela de juicio la argumentación que el Tribunal Supremo, en recurso de interés de ley, lleva a cabo en la sentencia antes examinada (20).

Quizás sea el tratamiento del principio de igualdad lo más rotundo (y generalizable) de la sentencia comentada. El Alto Tribunal parece dejar claro lo que ya se le reprochó a la STS 27 de febrero de 1999 (21): la no legitimación del tutor conlleva la posición de desigualdad del cónyuge incapaz frente al capaz que vulnera el art. 14 CE, más aún si se atienden los arts. 32.1 y 49 CE. Sin embargo, el juego del derecho a la tutela judicial efectiva, siendo casi la base del recurso, se mueve más en el plano de los hechos concretos y no permite elevar la conclusión de que el no ejercicio de la acción de separación provoque en todo caso la vulneración del derecho del art. 24.1 CE. El enfoque del Tribunal —como no podía ser de otra forma en un recurso como el de amparo— se sujeta a las circunstancias del supuesto de autos y señala que en esas circunstancias ha habido vulneración de ese derecho. Hay que recordar que la acción de separación se interpone para evitar el acceso del marido a un inmueble y, como reconoce el Tribunal Constitucional, la negación de la legitimación para la acción reivindicatoria deja el cauce de la separación como la única vía para proteger los intereses patrimoniales de la cónyuge incapacitada. Por ello, no permitir a la tutora representar a su pupila en esta acción implica la violación del derecho a la tutela judicial efectiva que impone que cualquier interés o derecho legítimo obtenga tutela efectiva de jueces y tribunales. Se advierte, por tanto, cierto carácter de relatividad o subsidiariedad en el ejercicio de la acción en el sentido de que, a lo mejor, si hubiera otro cauce para la defensa de ese interés patrimonial no se hubiese otorgado el amparo.

Pero de lo que no cabe duda es de que la STC 311/2000, de 18 de diciembre, ha planteado seriamente la posibilidad de que el representante legal del incapacitado actúe —aunque la ley no lo diga— en el ejercicio de derechos personalísimos, aunque ello pueda suponer una *contradictio in terminis*. La visión que se va arraigando en la sociedad, y

---

(20) Sobre la prevalencia de la doctrina de la STC 311/2000 sobre la de la STS 27.2.99, v. RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “Legitimación del tutor ...”, cit., p. 6.

(21) Nos remitimos aquí a los argumentos, ya expuestos en el epígrafe anterior, acerca de la vulneración del principio de igualdad.

en el Derecho, del incapacitado como una persona plena en sus derechos —señaladamente los consagrados en la Constitución y referidos en la sentencia: principio de igualdad, tutela judicial efectiva— y el riesgo de que tales derechos constitucionales se vulneren a causa del no ejercicio conlleva un nuevo punto de vista en esta materia, que se aleja de la tradicional prohibición de la representación en el ámbito de los derechos más personales.

Es cierto que la argumentación de la sentencia analizada no se enfrenta con el concepto de acción personalísima, sino que parece concentrarse en el resultado al que conduciría una interpretación estricta del art. 81 CC, que no es otro que la vulneración de los principios constitucionales de igualdad y tutela judicial efectiva. En cambio, va más allá el voto particular de la sentencia, evacuado por el mismo ponente al entender que la fundamentación de la misma “resulta en exceso autocontenida”. Sintéticamente, se pretende vaciar el concepto de acción o derecho personalísimo en tanto que “no es una categoría legal discernible sino una mera categoría doctrinal”, que además —según el Magistrado ponente— carece de fundamento legal: el art. 267 CC a la hora de señalar el ámbito de la representación del tutor no distingue entre actos personalísimos y no personalísimos sino que “la distinción se establece solo entre lo que puede, o no, hacer por sí mismo el incapacitado”; tampoco el art. 271.6° CC excluye las acciones personalísimas de las demandas que necesitan autorización judicial. Este razonamiento, apoyado en el propio resultado al que conduce la restricción de la representación legal, esto es, la imposibilidad de que el incapacitado pueda instar la acción de separación legal pese a que concurren las causas legales, lo cual vulneraría los principios constitucionales de igualdad y tutela judicial efectiva, conduce a entender —a juicio del Magistrado que formula el voto particular— que la distinción entre las acciones personalísimas y no personalísimas “no se adecua a los rasgos generales de nuestro actual sistema legal” y más aún, al representar un límite para el ejercicio de ciertas acciones por el tutor en representación del incapacitado, “el concepto doctrinal de acciones personalísimas [...] 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” (22).

Con todo, la intervención del tutor en la órbita estrictamente personal —que ahora se plantea para la acción de separación legal— ha

---

(22) Cfr. sobre todo, los puntos 2, 3 y 4 del voto particular concurrente.

de ser cuidadosamente estudiada y analizada. Porque si bien en el caso concreto que nos ocupa negarle al tutor la posibilidad de ejercitar la acción de separación del pupilo entrañaría perjuicios a éste, el indiscriminado otorgamiento de esta legitimación podría conducir a que, vgr., el representante pidiese la separación de su pupilo aun en contra de los deseos de éste, amparándose en su función representativa. Y es que el peligro de que en los derechos de cariz personal se “cuele” la representación es evidente y ha de limitarse: por un lado, la capacidad natural del sujeto incapacitado se constituye en límite de la actuación del tutor, que pasa a ser subsidiaria; por otro lado, en los casos en los que el tutor represente al pupilo, su actuación ha de ser ordenada y guiada por el mayor beneficio del incapaz. Es así que la cuestión merece un estudio más sosegado que permita despegar las reflexiones del Tribunal Constitucional de las circunstancias concretas de este recurso de amparo. Es lo que trataremos de realizar en la segunda parte del trabajo.

### III. EL PROBLEMA SUBYACENTE: EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS DE LAS PERSONAS INCAPACITADAS

#### *1. Estado de la cuestión*

En el ámbito de los derechos, acciones y facultades tradicionalmente denominados personalísimos —aquéllos que incumben a la esfera privada de la persona y que se consideran inherentes a ella: derechos de la personalidad, algunos derechos familiares y las acciones relativas al estado civil—, existe en la doctrina una serie de ideas más o menos consolidadas, con base legal desigual:

1. Es predicable su carácter inalienable, indisponible, irrenunciable e imprescriptible. Resulta consustancial a estos derechos, acciones o facultades que se ejerciten exclusivamente por su titular, sin que opere la representación legal ya que el mecanismo de la sustitución no es posible. Incluso en algunos derechos en los que la ley admite la intervención del representante legal, la doctrina es reacia a hablar de genuina representación.

2. En la regulación de algunos de estos derechos y acciones, y en orden a su ejercicio, se rompe el binomio capacidad jurídica-capacidad de obrar y se atiende a la capacidad natural de la persona, prescindiendo de la capacidad oficial del titular. De esta manera, el incapaci-

tado titular del derecho podrá ejercitarlo si tiene capacidad natural para ello —si tiene suficiente juicio—, pese a tener limitada su capacidad de obrar. El propio Código ofrece muestras de esta idea que supone, en definitiva, conceder un plano de autonomía al incapacitado en el desarrollo de su personalidad y de su dignidad, e implica, por lo tanto, la visión del propio incapacitado como sujeto potencialmente válido para emitir un consentimiento productor de efectos jurídicos para un acto concreto. Es el caso, entre otros, del matrimonio y del testamento, negocios en los que el incapacitado podrá participar si tiene juicio suficiente (cfr. arts. 56 y 665 CC).

3. En las hipótesis del apartado anterior, y en orden a facilitar el ejercicio de los derechos personalísimos, se suele operar con un concepto laxo de capacidad natural. Así, por ejemplo, por lo que atañe a la capacidad para contraer matrimonio, se reconoce que la concurrencia de determinadas deficiencias o anomalías psíquicas no graves no impiden el matrimonio (23). Asimismo es gráfica la jurisprudencia acerca del art. 663 CC que interpreta muy generosamente la expresión “cabal juicio” (24).

---

(23) Cfr. RDGRN de 1 de diciembre de 1987 (RJ 9716). Como se ha apuntado (RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Los derechos humanos del incapacitado”, en MARZAL, A., *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*, Barcelona, Bosch-Esade, 1997, p. 92), en el consentimiento matrimonial, el mecanismo psíquico de decisión no es idéntico que el de otros consentimientos negociales: “en esta decisión participan importantes componentes no racionales (afectivos, emotivos, entre otros) que influyen notablemente y llegan a desplazar a los racionales (conocimiento y voluntad) típicos del acto jurídico”. Ello unido a la configuración del matrimonio como desarrollo de un derecho constitucionalmente reconocido y fundamental de la persona (art. 32 CE), determina la menor rigurosidad en el cumplimiento del trámite del art. 56 CC y la ampliación del acceso de la persona incapaz al matrimonio (en desarrollo de esta idea, v. SÁINZ DE ROBLES, F.C., “El matrimonio de las personas con deficiencia mental”, en VERDUGO, M.A., y AZÚA, P. (dirs.), *Siglo Cero: XXV años de dedicación a las personas con retraso mental*, Madrid, Escuela Libre, 1997, p. 537).

(24) El requisito de “cabal juicio” no ha de interpretarse en términos de absoluta integridad, sino en el de que concurran en la persona las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresivas de aptitud mental (STS 27.11.95, RJ 8717); esto es, haciendo referencia a un horizonte mental corriente (STS 11.12.62, RJ 5063). Así entendida la exigencia del núm. 2º del art. 663, y según constante doctrina jurisprudencial, hay que presumir la capacidad del testador en tanto no se demuestre de forma inequívoca y concluyente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria (v. com. art. 664) tenía enervadas las facultades de raciocinio y voluntad hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación del sujeto, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (SSTS 13.10.90, RJ 7863; 10.2.94, RJ 848; 26.5.95, RJ 3256), sin que para tal demostración sirvan simples presunciones o indirectas conjeturas (SSTS 24.7.95, RJ 5603; 12.11.96, RJ 2229; 27.1.98, RJ 107). En fin, para desvirtuar la presunción de capacidad y para hallarse en la hipótesis del núm. 2º del



Lo precedente, más o menos admitido por la generalidad de la doctrina, deja sin resolver dos cuestiones, por otro lado nada infrecuentes: ¿qué acontece con el ejercicio de los derechos personalísimos cuando la ley no establece —como es el caso del matrimonio o del testamento, entre otros— que el incapacitado puede ejercitarlos y cuando la sentencia de incapacitación omite cualquier referencia?; y, ¿qué ocurre en el supuesto de que el incapacitado carezca absolutamente de capacidad? La respuesta más fácil, explícita o implícita en gran parte de los estudios acerca de la incapacitación, sería que aquellos derechos queden meramente latentes o confinados a causa de la incapacidad: el incapacitado carece de capacidad de obrar y el tutor carece de poder de representación en este ámbito. Se genera una situación de auténtica incapacidad jurídica que ha de ser revisada.

La STC 311/2000 ha brindado una excelente ocasión para proceder a esta revisión, al advertir de que existen principios constitucionales que pueden lesionarse con interpretaciones rigurosas sobre orientaciones doctrinales, como es el caso de la que atañe a la categoría de los derechos personalísimos. En esta tarea, pretendemos, quizás con la provisionalidad de una primera aproximación al tema, argumentar que: 1º la regla general es que los actos personalísimos han de llevarse a cabo por el titular (al margen de su estado de incapacitado, siempre y cuando existan condiciones intelectivas y volitivas para ello); 2º con todo, es posible la representación legal en el ámbito de estos derechos; y 3º por la peculiaridad de los derechos en juego, la intervención del tutor ha de estar limitada, sobre todo, por el principio de mayor interés de incapaz y garantizada por el mecanismo de la autorización judicial.

Dos aclaraciones se hacen necesarias. La primera es que lo anterior también se puede enunciar de otra forma: que, en realidad, existen pocos derechos personalísimos (en los que no cabe la representación). Como se verá, la conclusión a la que se llegará es que el mecanismo de la representación es posible en casi todos los derechos, si bien para los considerados especialmente afectos a la persona (los que la doctrina ha encuadrado como personalísimos), se sujeta a unas condiciones específicas. Con todo, aunque ello suponga un *contradictio in terminis*, vamos

---

art. 663 se precisa que la persona carezca de capacidad para entender y querer el acto concreto de testar en el preciso momento del otorgamiento, sin que la constatación de la enfermedad o demencia —porque puede no afectarle a dicha capacidad o porque puede testar en intervalo lúcido—, de la previa (cfr. art. 665) o posterior (STS 22.6.92, RJ 5460) incapacitación, o de la edad avanzada o senectud (SSTS 27.1.98, RJ 107; 12.5.98, RJ 3570) sean suficientes a estos efectos.

a seguir utilizando la denominación de derechos personalísimos para no desviarnos del objeto de este trabajo: los derechos que la doctrina viene denominando como tales —derechos de la personalidad, estado civil y algunos derechos familiares—. Respecto de éstos pretendemos argumentar la posibilidad de representación legal.

La segunda, es que, a pesar de que se habla de incapacitación e incapacitado sin otra distinción, el problema fundamental se plantea con respecto a la persona incapacitada sometida a tutela o, en su caso, a patria potestad prorrogada o rehabilitada. Con respecto al sometido a curatela, la tradicional visión de esta institución como sistema de guarda exclusivamente patrimonial (25) y su carácter asistencial (y no representativo), presuponen la capacidad del sometido a curatela para el ejercicio de los derechos atinentes a su esfera personal.

## 2. *La regla general: el ejercicio de los derechos personalísimos por el titular (aunque esté incapacitado)*

La inherencia característica de los derechos personalísimos conlleva necesariamente la premisa de que su ejercicio es competencia del titular: desde la coherencia conceptual, y en tanto que afecta al ámbito más privado de la persona, ella es la que debe decidir acerca de su ejercicio. Y tal exigencia debe llevar a desvincular la incapacitación del ejercicio de los derechos más personales; el incapacitado como titular de sus derechos puede ejercitarlos si para el acto concreto posee capacidad suficiente para entender y querer los efectos del acto (capacidad natural) sin que la declaración de incapacitación sea óbice para dicho ejercicio (26). Otra cosa, atribuir la titularidad sin conceder la posibili-

---

(25) No obstante, algunos autores han apoyado una visión menos patrimonialista de la curatela con la finalidad, sobre todo, de hacerla operativa, en el entendimiento de que cualquier incapacitado precisa de cierta protección personal. Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid, Cedecs, 1997, esp. p. 135 y nuestro comentario al art. 289 en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, Pamplona, Aranzadi, 2001.

(26) Así, fundamentalmente, ALBALADEJO, *Derecho civil*, 12<sup>a</sup>ed, Barcelona, Bosch, 1991, vol. I-1<sup>o</sup>, p. 273. Que la capacidad natural se constituya en el criterio determinante para juzgar la actuación del incapacitado en todos los ámbitos —también en el patrimonial— es lo que proponen los partidarios de la tesis jurídico-real de la incapacitación, mantenida por GORDILLO (*Capacidad, incapacidades y estabilidad en los contratos*, Madrid, Tecnos, 1986, *passim*) y, más recientemente, por RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, Madrid, Tecnos, 1995, esp. p. 199.

dad de ejercitarlos, significaría no sólo no reconocer la capacidad jurídica sino además negar la propia subjetividad de los derechos (27).

Esta idea, como ya se señaló, coincide con la regulación de ciertos negocios personalísimos, ya en el propio Código, ya en leyes especiales, que revelarían cierta tendencia del legislador por la irrelevancia de la declaración de incapacitación en la esfera personal, a nuestro juicio, plenamente coherente con el propio concepto de los derechos personalísimos. Con todo, la doctrina, pese a justificar estas sectoriales regulaciones, les sigue atribuyendo carácter excepcional y duda de la posibilidad de que el incapacitado pueda prestar consentimiento cuando se trata de prestaciones personales, de incumbencias personalísimas o de ejercicio de los derechos de la personalidad (28). Hay reticencia a la generalización y se insiste en la solución *ad casum legislativum* (29).

El motivo de esta reticencia —que no se tiene con respecto al menor, a quien siempre se le reconoció una esfera amplia de actuación en el ámbito personal y familiar (30)— radica en la concepción de la incapacitación como excluyente de toda la capacidad de obrar del sujeto: sólo cuando la ley o la sentencia de incapacitación le facultan para la realización del acto en concreto, el incapacitado podrá llevarlo a cabo. Y mientras que lo señalado puede ser cierto para el ámbito patrimonial, dada la amplitud con la que se expresa el art. 1263 CC, no ha de proyectarse al ámbito personal, en donde el incapacitado conserva su capacidad de obrar. Por otro lado, la norma del art. 267 CC que delimita el ámbito de representación del tutor para los actos que el incapacitado no pueda realizar por sí solo, “ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación”, sólo aparente-

---

(27) LISELLA, G., *Interdizione giudiziale e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*, Napoli, ESI, 1984, pp. 80 y ss.; del mismo, “Interdizione per infermità mentale e situazione giuridiche esistenziali”, *Rass. Dir. Civ.*, 1982-3, pp. 738 y ss. La posición que proyecta la *interdizione* al campo patrimonial, manteniendo al margen la órbita personal —la *sfera esistenziale*—, es común en la doctrina italiana más moderna: además de los trabajos del G. LISELLA, cfr. BIANCA, M., “La protezione giuridica del sofferente psichico”, *R.D.C.*, 1985-I, p. 29; PANUNZIO, S.P., “Il cittadino handicappato psichico del quadro costituzionale”, *Rass. Dir. Civ.*, 1986-2, pp. 359 y ss.; VENCHIARUTTI, A., *La protezione civilistica dell'incapace*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 302 y ss.

(28) Por todos, LACRUZ BERDEJO, J.L./DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho civil*, cit., I-2º, p. 156.

(29) Muestra de esta concepción es el reciente estudio de LÓPEZ FRÍAS, M.J., “El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos”, *R.D.P.*, abril, 1999, esp. p. 318.

(30) Cfr. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, Cívitas, 1984, p. 179. En la actualidad, la LO 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, ha consagrado legislativamente esta tendencia.

mente puede alzarse en argumento de esta interpretación ya que la propia doctrina excluye su operatividad en la esfera personal —en tanto que no puede hablarse de representación en este ámbito—.

Tampoco se puede utilizar, como fundamentador de esta concepción, el razonamiento de que la incapacitación instaura la presunción de incapacidad natural del sometido a ella (31). El juego de esta presunción sería en todo caso *iuris tantum* y no impediría, aunque sí dificultaría, que ante la prueba de la existencia de juicio en el incapacitado, éste ejercitara válidamente los derechos que, por su condición de incapacitado, la ley o la sentencia no le vetan. Aun así, creemos equívocado sostener que, desde la incapacitación, la presunción de capacidad cambia de signo (32).

En fin, no es obstáculo el estado de incapacitado para la realización de actos de ejercicio de los derechos personalísimos. La validez y eficacia del acto de ejercicio dependerá de que en ese momento posea condiciones intelectivas y volitivas que le permitan conocer y querer el alcance del acto y hacerse cargo de sus consecuencias. Y este juicio acerca de la capacidad natural del sujeto, lejos de configurarse de forma abstracta, ha de proyectarse al acto concreto, considerando, asimismo, la complejidad y relevancia del mismo (33).

### 3. La intervención del representante legal en el ejercicio de los derechos personalísimos del incapacitado, cuando carezca de capacidad natural

Que la regla general en los derechos personalísimos es que se ejerciten por su titular —aunque esté incapacitado—, sobre la base de la inherencia característica de estos derechos, no resulta incompatible, a nues-

---

(31) Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., *Derecho de la persona*, 4ªed., Madrid, Tecnos, 2000, p. 123; ROCA I TRÍAS, E.; MONTÉS PENADÉS, V., *Derecho de familia*, 2ªed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 56.

(32) Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, cit., I-1º, pp. 275-277. V. nuestra posición en ÁLVAREZ LATA, N., "La actuación de la persona con retraso mental (incapacitada o no incapacitada) en la esfera jurídico-privada", en SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. (coord.), *Derecho y retraso mental...*, cit., pp. 202-203.

(33) Que no todos los actos requieren el mismo nivel de capacidad (natural) es algo que se constata desde el propio sistema jurídico-civil. (Cfr. *supra* lo afirmado respecto del matrimonio y del testamento). Pero es en el ámbito bioético donde está más asentada y analizada la existencia de diversos niveles de capacidad, en atención a las características del acto sobre el que recae el consentimiento. Cfr. la referencia clásica de DRANE, J.F., "Las múltiples caras de la competencia. A mayor riesgo, criterios más estrictos", en COUCEIRO, A. (ed.), *Bioética para clínicos*, Madrid, Triacastela, 1999, pp. 163-176. Asimismo, sobre ésta y otras propuestas de evaluación de la capacidad,

tro juicio, con la posibilidad de la intervención del tutor en el acto de ejercicio, cuando concurren determinadas circunstancias y con la garantía de la autorización judicial. Como ha puesto de relieve la sentencia del Tribunal Constitucional que justifica este comentario, incluso en la esfera estrictamente privada y personal, la pasividad en el ejercicio de los derechos puede llevar aparejados perjuicios para el titular incapaz. En evitación de tales perjuicios se justifica la intervención del tutor.

En consideración a este fin, el legislador ha reconocido la intervención del tutor en el ejercicio de numerosos y muy significativos derechos de este cariz. Entre otros, los arts. 271.1º CC y 763 LEC, facultan al tutor, con la debida autorización judicial seguida por un procedimiento de jurisdicción voluntaria y regulado expresamente en el art. 763 LEC, para internar al tutelado en un establecimiento de salud, de educación o de formación especial (34); el art. 20 CC permite al representante legal, en las hipótesis de capacidad de obrar limitada, formular la declaración de opción por la nacionalidad española, con la autorización del encargado del Registro civil, previo dictamen del Ministerio Fiscal; el art. 3 de la LO 1/82, en punto al ejercicio de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, o más estrictamente, a la posibilidad de que se excluya por el consentimiento del titular el carácter ilegítimo de la intromisión de un tercero en el ámbito de estos derechos, otorga la facultad de que, en el caso de que las condiciones de madurez del incapaz no sean suficientes, el representante legal consienta, por escrito y con el previo conocimiento del Ministerio Fiscal, el acto en otro caso intromisivo y antijurídico; el art. 156 CP legitima al representante legal en orden a solicitar la esterilización de la persona incapacitada; los arts. 6.c) de la Ley 30/79, 2 y 4 de la Ley 42/88 y 12.5 del R.D. 561/93), declaran operativo el mecanismo de la representación, guiado por el mayor beneficio del incapaz, en los casos de recepción de órganos humanos, donación y utilización de embriones y fetos humanos y en la realización de ensayos clínicos, respectivamente (35).

---

SIMÓN LORDA, P., *El consentimiento informado. Historia, teoría, práctica*, Madrid, Triacastela, 2000, pp. 281-313.

(34) Como ha señalado el profesor BERCOVITZ (“Separación matrimonial de un incapaz”, cit., p. 10), “resulta pues llamativo que, disponiendo de facultades para restringir la libertad del incapacitado, así como para afectar a su integridad física, no puede en cambio el tutor, también con la garantía de la autorización judicial, ejercer la acción de separación judicial”.

(35) En este punto, es digno de mención el *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina*, del Consejo de Europa, firmado en Oviedo, el 4 de abril de 1997, y que ya es Dere-

Quizás estos ejemplos pongan ya de relieve que en el Derecho español la regla del ejercicio por el titular de los derechos personalísimos no excluye tajantemente la intervención del representante legal, *cuando el sujeto titular no pueda prestar consentimiento para el acto de ejercicio*. Antes bien, las circunstancias del acto, la relevancia del derecho que se ejercita —o que no se puede ejercitar— y el criterio del mayor interés del incapaz —rector por mandato legal en la intervención del tutor en muchas de las normas citadas—, son las pautas que determinan la posibilidad de ejercicio de ese derecho por el representante legal que cuenta, por lo general, con la previa autorización del juez o del Ministerio Fiscal para dotar de mayor garantía a su actuación.

Y del espíritu de estos supuestos regulados al que se suma el de la STC 311/2000, de 18 de diciembre, se podría, a nuestro entender, formular, con carácter general, la posibilidad de la intervención del representante legal en el ejercicio de los derechos y acciones personalísimas, intervención que se ha de configurar como un caso de representación en sentido técnico; que se coherente con los principios constitucionales que deben presidir el tratamiento jurídico de las personas incapaces y que, en atención a la peculiaridad de los derechos en juego, viene limitada por la ley, por el principio de mayor interés del incapaz y por la actuación del juez.

#### A) La intervención del tutor como un supuesto de representación legal en sentido técnico

La intervención del tutor en la esfera personal del incapacitado no se rechaza de plano por algún sector doctrinal. Desde una perspectiva defensiva (y negativa), el propio DE CASTRO, pese a negar que el tutor pudiera disponer de facultades o acciones de naturaleza estrictamente personal, derechos de la personalidad, familiares y facultades y acciones respecto al propio estado civil, entendía que el tutor debía ejercitar las facultades y acciones necesarias para defender la persona, derechos de la personalidad y sus consecuencias patrimoniales (36); más recientemente, otros comentaristas han

---

cho interno desde el 1 de enero de 2000 (cfr. Instrumento de ratificación en B.O.E. núm. 251, de 20 de octubre de 1999), cuyos arts. 5 y 6, al regular el consentimiento ante las intervenciones médicas, facultan al representante legal para autorizar la intervención en el caso de que el paciente no tenga capacidad para expresar su consentimiento, siempre que aquélla redunde en su beneficio directo.

(36) DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, cit., p. 315.

sugerido explícitamente esta posibilidad, siempre modalizada por la necesidad de la autorización judicial: GIL señala que “[...] para un concreto derecho de la personalidad que no cuente con previsión específica, debería quedar fuera de la actuación ordinaria del tutor. Lo cual no obsta, creo, a que el tutor acabe actuando lo que la autoridad judicial decida en el caso, si el beneficio del pupilo y el deber “legal” de aquél desaconsejan la pasividad” (37); en términos similares, RIVERO acentúa la intervención judicial: “De todo ello creo que puede concluirse que, salvo los casos en que haya norma y régimen jurídico concreto para el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, en los demás será el juez quien tenga la última palabra y decisión al respecto: bien con su necesaria aprobación de la del representante legal o adoptando él una decisión autónoma y única a petición del representante legal” (38).

Aun así, los pocos que admiten la intervención del tutor cuando la ley no lo prescribe expresamente e incluso cuando existe tal previsión —en los casos vistos *supra*—, parecen configurarla como supuesto concreto de la obligación del tutor de velar por su pupilo (art. 269 CC) y no como un verdadero caso de representación del tutor, en el común (y poco convincente, a nuestro juicio) entendimiento de que en los derechos más personales no puede haber sustitución (39).

No nos convence este argumento. Reconocida —con carácter más o menos general; porque la ley lo disponga expresamente o porque se entienda más generalizable esta facultad— la intervención del tutor en la esfera de algunos derechos personalísimos, no se entiende por qué no es posible la sustitución, por qué no es posible que el tutor obre en nombre e interés del incapacitado, salvo por la apriorística afirmación de que en la órbita estrictamente personal no cabe la representación. No se puede negar que el tutor al ejercitar los derechos —patrimonia-

---

(37) GIL RODRÍGUEZ, J., “Comentario al art. 267”, en PAZ-ARES, C.; BERCOVITZ, R.; DÍEZ-PICAZO, L.; SALVADOR, P., *Comentario del Código civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, T. I, p. 786. En sentido similar, GÓMEZ LAPLAZA, M.C., “Comentario al art. 267”, en AMORÓS GUARDIOLA, M. y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 267; GETE-ALONSO, M.C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, 2ª ed., Madrid, Cívitas, 1984, p. 50.

(38) RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Los derechos humanos del incapacitado”, cit., p. 34.

(39) Entiende DÍEZ-PICAZO (*Familia y Derecho*, Madrid, Cívitas, 1984, p. 196) que en estos casos —en referencia al art. 162.1º CC— no hay ejercicio por representación de los derechos de la personalidad del hijo, sino que lo que hace el padre es cumplir con su propio ámbito de funciones y potestades.

les o personales— de su incapacitado lo hace sobre la base de la habilitación legal que le proporciona su condición de representante legal (40) —y no simplemente la de guardador—.

Además, ni el art. 267 ni el 271, reguladores del mecanismo de la representación en sede de ejercicio de la tutela, ni el art. 162.1º CC, en sede de patria potestad, se oponen a tal concepción:

a) En efecto, si nos movemos en el ámbito de la interpretación literal, el art. 267 CC al excluir del ámbito de representación del tutor sólo “aquellos actos que pueda realizar por sí solo [el menor o incapacitado], ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación”, facilitaría la exégesis de entender incluida en la esfera de representación el ejercicio de los derechos de cualquier clase (también los personales) que la ley o la sentencia no le autorizase al incapacitado expresamente para ello (41). No es ésta, en cambio, la interpretación que se le da a esta norma: al lado de las excepciones que la propia norma acoge, la doctrina incluya otros supuestos en los que no opera la representación del tutor: los derechos de la personalidad (42) o la esfera estrictamente personal y en la familiar de carácter personal (43).

El mismo argumento interpretativo aplicado al art. 271 CC nos lleva a idéntica conclusión: los números 3º y 6º al hablar de “renunciar a derechos, así como transigir o someter a arbitraje las cuestiones en que el tutelado estuviese interesado” y de “entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía”, no excluyen en ningún momento a los derechos o acciones de carácter personal —si bien no ignoramos que el legislador pensara en los patrimoniales—.

b) No es sencilla ni mucho menos unánime la interpretación del núm. 1º del art. 162 CC, que exceptúa de la representación de los padres “los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”. Mientras que algunos autores entienden

---

(40) Cfr. JORDANO FRAGA, F., “La capacidad general del menor”, *R.D.P.*, octubre 1984, p. 895. Aun así, el autor entiende que “más que discutir si se trata o no de una genuina actuación representativa, basta con instrumentar los medios de control existentes en el propio Código para asegurar el recto ejercicio de las potestades familiares [...]”.

(41) Así, ESTRADA ALONSO, E., “La legitimación del tutor...”, cit., p. 294.

(42) Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., “Comentario al art. 267”, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 1985, T. IV, p. 368.

(43) Cfr. GÓMEZ LAPLAZA, C., “Comentario al art. 267”, cit., p. 492.



que en el ámbito de los derechos de la personalidad la norma excluye totalmente la representación (44); igualmente acorde con la letra de la ley —y más respetuosa con los antecedentes del precepto (45)—, parece la posición que califica de relativa la excepción de los derechos de la personalidad: si el menor carece de condiciones de madurez y no puede realizar tales actos o derechos, el padre recupera para sus funciones el ámbito de la personalidad del menor (46) (sin que ello se oponga, en absoluto, a los principios reconocidos por la LO 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor).

Así las cosas, no se puede decir que desde la ley existan trabas a la operatividad de la representación legal en el marco de los derechos personales; más aún, en algunos de los ejemplos analizados se utiliza la expresión “representación” para aludir al mecanismo de ejercicio (47). Por ello, también en el marco de los derechos más personales hay que hablar de representación legal en sentido técnico —idea, por otro lado, que asume plenamente la STC 311/2000—: el tutor actúa en nombre del representado y siempre en su interés, de manera que los efectos jurídicos de su actuación repercuten en la esfera jurídica del representado.

Por otra parte, el problema de que se huya del concepto de sustitución o representación para legitimar al tutor es que se corre el peligro de legitimar actuaciones fundamentadas en el propio interés del tutor como titular de un interés legítimo en tal ejercicio. En efecto, si consideramos que el tutor ejercita el derecho no en representación del incapacitado sino en cumplimiento de un deber, el principio rector de tal ejercicio no ha de estar necesariamente condicionado al interés del propio incapaz sino a lo que el tutor entienda como guardador y ni siquiera se entendería como una legitimación subsidiaria —en defecto de capacidad natural del incapacitado— ocasionando, en ambos casos, un posible conflicto de intereses en el ejercicio del derecho.

---

(44) Así, LACRUZ BERDEJO, J.L./DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho civil*, cit., I-2º, p. 127; CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., “Comentario al art. 162”, en PAZ-ARES, C.; BERCOVITZ, R.; DÍEZ-PICAZO, L.; SALVADOR, P., *Comentario del Código civil*, T. I, p. 559.

(45) Cfr. MONTÉS PENADÉS, V.L., “Comentario al art. 162”, en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, Tecnos, 1984, vol. II, p. 1086.

(46) Cfr. JORDANO FRAGA, F., “La capacidad general del menor”, cit., p. 895; GÓMEZ LAPLAZA, C., “Comentario al art. 267”, cit., p. 493.

(47) En el caso de la esterilización del incapaz (art. 156 CP), la STC 215/94, de 14 de julio (sobre el art. 428.2 ant. CP) no pone reparos a hablar de “sustitución del consentimiento en el caso de inidoneidad del sujeto para emitirlo”.

B) La intervención del tutor resulta más acorde con los principios constitucionales que han de presidir el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad

Negar la posibilidad de representación en el caso de los actos personalísimos determinaría una merma importante en los derechos de la persona incapaz y chocaría con los principios que deben inspirar el tratamiento jurídico de las personas incapaces (48) y fundamentalmente con los siguientes:

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

b) Con el *principio de protección*, a través del cual el Derecho pretende hacer efectivos, de manera subsidiaria, los derechos o facultades de aquellas personas que por alguna razón no pueden ejercitarlos (art. 49 CE). El Derecho, al completar la insuficiente autonomía o capacidad de la persona incapaz, la integra en el contexto social y hace posible el ejercicio de sus derechos y su incorporación al tráfico o realidad jurídicos. No obstante, la naturaleza subsidiaria de este principio exige cautela a la hora de llevarlo a la práctica, generalmente mediante la actuación del representante legal o guardador del incapaz. Se ha señalado que, lejos de identificar la protección con el paternalismo, el criterio rector en esta materia es el mayor interés de la persona incapaz; criterio que, como veremos, no va a estar determinado de acuerdo con el haz de valores de las personas encargadas de la protección, sino a la luz del sistema axiológico y de las necesidades de la persona incapaz (50).

---

(48) Seguimos aquí los principios enunciados por SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., "La persona, el retraso mental y el Derecho", en SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. (coord.), *Derecho y retraso mental...*, cit., pp. 64 y ss.

(49) Cfr. lo señalado respecto de este principio en los puntos 2.1 y 2.2 de este trabajo.

(50) Cfr. SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., "La persona, el retraso mental...", cit., p. 79.

De acuerdo con los principios sintéticamente enunciados, la obligada relectura de la incapacidad (y de la situación de la persona incapaz) a la luz de la Constitución, compaginando la necesidad de protección del sujeto incapaz con la posibilidad de ejercicio y tutela de sus derechos, en definitiva, con su plena realización como persona (51), aconseja, en punto a la realización de sus derechos más personales, la intervención de su representante legal en las hipótesis en que el sujeto carezca de capacidad para ejercitarlos por sí mismo: aquella intervención, sujeta a los límites que se estudiarán *infra*, se convierte en el único mecanismo para actualizar sus derechos y, por lo tanto, para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales de la igualdad y de la protección.

Podría plantearse, no obstante, la contradicción de esta solución con el propio derecho de libertad del incapaz, como parece haberse sugerido (52). Sin embargo, creemos que, desde los mismos principios rectores del tratamiento jurídico de la discapacidad, es posible advertir cómo tal vulneración no existe en este supuesto.

La libertad no equivale al mero albedrío ni a un *agere licere* ilimitado. La libertad humana, garantizada por el Derecho, se compone de una doble dimensión: la autodeterminación libre, esto es, la facultad de elección y decisión sobre nuestras acciones, y los medios para llevarlas a cabo; y la autodeterminación responsable, o aptitud para hacerse cargo o responder lo causado, de las acciones libremente escogidas. La ausencia de una de estas dimensiones impide apreciar la presencia de una libertad plena.

No parece que sea ésta la noción de libertad esgrimida cuando se reprocha la vulneración de la libertad de las personas con discapacidad. La intervención del tutor (representante legal), legitimada en virtud del principio de protección, tiene carácter subsidiario, es decir, sólo está justificada en ausencia o minoración de alguno de los principios de libertad o igualdad. Aun admitiendo la existencia de conocimiento y voluntad, por leves o escasos que éstos sean, lo que no existe es autodeterminación responsable. En otras palabras, su libertad, o no

---

(51) Cfr. PERLINGIERI, P. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 1991, p. 105; del mismo autor, cfr. "La dignità dell'andicappato", *Rass.Dir.Civ.*, 86-1, pp. 221 y ss. Acerca de la relectura de la incapacidad a la luz de la Constitución, entendida como capacitación, cfr. ÁLVAREZ LATA, N./SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., "Capacidad e incapacidad en el Derecho. Un reconocimiento jurídico del retraso mental: la incapacidad", en SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. (coord.), *Derecho y retraso mental...*, cit., esp. pp. 138-142.

(52) Así, LÓPEZ FRÍAS, M.J., "El ejercicio de los derechos...", cit., p. 299.

existe o existe minorada. Por tanto, no es únicamente posible sino aun obligado admitir la intervención del representante legal para colmar el vacío existente mediante su intervención. Al permitir un ejercicio pleno y efectivo de los derechos se completa la insuficiente libertad, se restituye el equilibrio propio de la igualdad con respeto de la dignidad de la persona con discapacidad, revalidando la condición de los derechos como instrumentos de actualización de la dignidad (53). En suma, no hay vulneración de la libertad sino precisamente una intervención que completa una libertad deficiente o ausente, y propicia la aproximación al logro de la igualdad real de las personas con discapacidad, permitiendo el disfrute de los derechos.

C) La intervención del tutor viene limitada por la ley, por el principio de mayor interés del incapaz y por la autorización judicial

Aunque se ha defendido la posibilidad de que el representante legal del incapacitado intervenga en el ejercicio de los derechos que se denominan tradicionalmente como personalísimos de éste, no se ignora el riesgo que conlleva este planteamiento, en tanto perturbador de la regla general en el ejercicio de estos derechos. Por ello, sobre la base de la peculiaridad que encierran —afectar a la esfera personal y privada de la persona—, aquella posibilidad enunciada con carácter general debe controlarse a través de un triple mecanismo: la ley, el principio de mayor interés del incapaz y la autorización judicial (54).

a) La ley actúa como mecanismo limitador de la intervención del representante en la esfera privada desde el momento en que de la regulación concreta de algún derecho o acción personalísima se deduzca (expresa o implícitamente) la exclusión de dicha intervención en el acto concreto de ejercicio.

Con claridad meridiana, la ley exige, en ocasiones, la intervención del titular del derecho afectado, de modo que si éste no puede otorgar su consentimiento, el acto no se puede realizar. En esta línea se encuentra el art. 4º de la Ley 30/79, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, y el art. 9º d) del RD 2070/99, de 30 de

---

(53) Sobre esto último, v. SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., "La persona, el retraso mental...", cit., pp. 66-70 y 73-75.

(54) De aquí que, como ya se anticipó, nos parece muy arriesgada, amén de poco fundamentada, la posición mantenida por el ponente de la STC 311/2000 en su voto particular al desvincular totalmente el concepto de acciones personalísimas de la regla del ejercicio por el titular.

diciembre, que regulan la donación de órganos en vida (55); el art. 5.6 de la Ley 32/88, de 22 de noviembre, por la que se regulan las técnicas de reproducción asistida humana; y el art. 7 del RD 411/96, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos.

Para otros actos personalísimos, la ley no excluye expresamente la representación pero de ella se deduce tal exclusión. Es el caso del matrimonio, de cuya regulación (cfr. art. 56 CC) se colige la necesaria intervención de los cónyuges en el negocio y la imposibilidad de representación en el consentimiento matrimonial. En segundo lugar, y aunque el reconocimiento de hijos otorgado por incapacitados (56) (o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad) necesita, en orden a su validez, la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal (cfr. art. 121 CC), al estar, esta aprobación, condicionada a la verosimilitud de la paternidad o maternidad (57), implícitamente obliga, claro está, a atender a la propia capacidad de juicio del incapacitado: careciendo éste totalmente de capacidad natural no es posible que el representante reconozca en su lugar. Finalmente, el testamento se hallaría en este grupo de actos, aunque sobre la intervención de terceros en estos negocio jurídico planean dudas razonables (58).

b) El principio de mayor interés del incapaz limita la intervención

---

(55) Las exclusiones absolutas de intervención del representante responden generalmente a la ausencia de interés o beneficio del incapaz en la realización del acto: parece lógico entender que, vgr. en el caso de los trasplantes del órganos, no hay interés para el incapaz en tanto donante. Sin embargo, ello puede variar cuando existan intereses de terceros que dependan única y exclusivamente de la realización de este acto; en el caso de la donación de órganos, piénsese en el supuesto del incapaz de cuya donación (no lesiva para él) depende la vida de su hermano al ser el único donante compatible. En este supuesto, para la jurisprudencia americana, sí existe interés para el donante incapaz: en el caso de no realizarse el trasplante éste podría sufrir un grave impacto emocional (Casos *Huskey v. Harrison*; *Foster v. Harrison*; *Masden v. Harrison*; *Strunk v. Strunk*, citados por. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 147-149).

(56) Pese a que el art. 121 CC habla de "reconocimiento otorgado por incapaces", es unánime la interpretación que entiende incapaces en el sentido de incapacitados; única, por otra parte, que le da sentido al precepto.

(57) RIVERO HERNÁNDEZ, J., "Comentario al art. 121", en PAZ-ARES, C.; BERCOVITZ, R.; DÍEZ-PICAZO, L; SALVADOR, P., *Comentario del Código civil*, cit., T. I, p. 69.

(58) Aunque no es este el lugar idóneo para plantearlas, sí hay que poner de manifiesto si bien el carácter personalísimo del testamento —reflejado en el párr. 1 del art. 670 que prescribe que el testador ha de disponer por sí mismo sin que sea factible la representación voluntaria o legal, ni el otrora permitido testamento por comisario, presente en muchos Derecho civiles de las CC.AA— en su perspectiva formal parece inne-

del tutor en estos derechos, en el sentido de que si no concurre interés o beneficio para el incapaz con la realización del acto no se legitima la intervención.

A pesar de la ausencia de una formulación de carácter general —como la que existe para el menor (cfr. art. 2º de la LO 1/96, de 15 de enero)—, el principio de mayor interés o beneficio del incapaz como criterio rector de las funciones del tutor se infiere del propio art. 216 CC, que consagra legislativamente el principio del beneficio del tutelado como pauta a seguir por todas las instituciones de guarda. Más concretamente, y por lo que se refiere a la intervención del representante legal en el ámbito de los derechos más personales, la búsqueda

---

gale en nuestro ordenamiento jurídico (v. SSTS 20.3.67, RJ 1665; 30.5.78, RJ 1953; 29.2.92, RJ 1407), se pueden comprobar, desde el propio CC, quebras al personalismo material, vgr., la facultad de mejorar del cónyuge del art. 831, la conmutación en metálico de la legítima (art. 841), el art. 671 CC y la hipótesis que resulta de la interpretación *a contrario sensu* del párrafo segundo del art. 670 CC este precepto. Pero sobre todas, y en este punto es lo que más interesa, la figura de la sustitución ejemplar puede entenderse, y así lo hace la denominada tesis amplia, como legitimadora de la figura del testamento sustitutorio. Esta postura, para la cual sustituir en estas figuras es disponer de la sucesión ajena, esto es, que el ascendiente teste en lugar del descendiente, descansaría en los siguientes argumentos, expuestos —y defendidos también— por ALBALA-DEJO (“Comentario a los arts. 774 a 789”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1984, T. X-2º, pp. 59 y ss.) y muy sucintamente reproducidos aquí: en el Derecho histórico que, trasunto del romano, llegó inalterado a nuestro Código civil; en la jurisprudencia, que, con excepción de la STS 20 de marzo de 1967 (Ar. 1665), mantiene expresa o implícitamente la tesis de que el sustituyente testa por el sustituido; en la doctrina más abundante; en el hecho de que sólo dándole este sentido a las sustituciones pupilar y ejemplar cobran utilidad y sentido los arts. 777 y 813 CC; y finalmente en que tal sentido también es el que le otorga a estas figuras la *Compilación catalana* —vid. ahora los arts. 171 a 179 del CSC. (También respaldan esta tesis DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., p. 309; OSSORIO, *Manua de sucesión testadal*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, p. 245; PUIG FERRIOL, “La sustitución ejemplar en el Derecho civil de Cataluña”, en *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, Eunsa, 1969, T. II, entre otros). La jurisprudencia no parece decisiva en uno u otro sentido. Algunas antiguas sentencias del Tribunal Supremo —SSTS 6 de febrero de 1907 (JC, T. 106, nº45) y 10 de diciembre de 1929 (JC, T. 191, nº138)— dan la razón a quienes ven en estas sustituciones la posibilidad de que el ascendiente designe sucesor por el descendiente menor o incapaz; esta tesis se acogió después, con menos efusión, en las SSTS 20 de mayo de 1972 (Ar. 2552) y 26 de mayo de 1997 (Ar. 4234), en las que el Alto Tribunal dice que “la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento de heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél” (STS 26-5-97, Ar. 4234). Sin embargo, la STS 20 de marzo de 1967 (Ar. 1665) supone un quebrantamiento en la doctrina del Tribunal Supremo al rechazar que en la sustitución ejemplar o pupilar se comprenda un caso de designación de sucesor por el ascendiente, sobre la base de la premisa irrefutable de que “el testamento es un acto personalísimo” que sólo admite las excepciones que de manera expresa y terminante se establecen en el Código (la del art. 671 y la del art. 831 CC).

del interés del incapaz resulta el legitimador de la actuación de aquél, ya que muchas de las normas concretas que habilitan al tutor obligan a que su intervención venga guiada por el mayor beneficio o interés del tutelado (vgr. art. 156 CP; arts. 6.c) de la Ley 30/79, 2 y 4 de la Ley 42/88 y 12.5 del R.D. 561/93) (59).

El problema fundamental consiste, por supuesto, en delimitar el contenido de este principio: ¿qué se entiende por mayor interés o beneficio del incapaz?; ¿habrá que operar con un criterio subjetivo, atendiendo a las preferencias del sujeto, o con criterios objetivos, prescindiendo de tales consideraciones? (60).

En una primera aproximación, y siguiendo a RIVERO, este principio —cuyo sujeto es el propio incapaz y no el guardador o cualesquiera terceros— tiene como punto esencial la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales del incapaz en cuanto persona: ése sería su núcleo fijo, la mínima garantía esencial, a partir de la cual cabe la discusión de qué conviene más al incapaz (61). Y en ella se pre-

---

(59) Es elocuente, en este punto, la STC 215/1994, de 14 de julio, al hilo de la esterilización del incapaz: "El problema de la sustitución del consentimiento en los casos de inidoneidad del sujeto para emitirse convierte, por tanto, en el de la justificación y proporcionalidad de la acción interventora sobre su integridad corporal; una justificación únicamente ha de residir, *siempre en interés* del incapaz, en la concurrencia de derechos y valores constitucionalmente reconocidos cuya protección legitime la limitación del derecho fundamental a la integridad física que la intervención entraña [...], tendente *siempre en interés del incapaz* a mejorar sus condiciones de vida y su bienestar, equiparándola en todo lo posible al de las personas capaces y al desarrollo de su personalidad sin otras trabas que las imprescindibles [...]" Aunque la STC 311/2000, de 18 de diciembre, no aluda expresamente a este principio, sí lo hace de manera tácita: es en interés de la cónyuge incapaz —de sus intereses patrimoniales y del mantenimiento y respeto a sus derechos constitucionales— por lo que se concede el amparo y, por tanto, la legitimación de la tutora para interponer la demanda de separación.

(60) Del análisis de la jurisprudencia anglosajona entorno al principio de mayor interés del incapaz, se infiere la utilización de tres criterios alternativos para resolver la adopción de decisiones en los supuestos de las personas incapaces: un criterio subjetivo, que se emplea en aquellos casos en que se dispone de pruebas evidentes de las preferencias del sujeto; uno limitadamente objetivo, para las hipótesis de que exista alguna prueba del parecer del paciente, a pesar de lo cual se requeriría una ponderación de los beneficios y de las cargas; y, finalmente, el criterio objetivo puro, que sería utilizado cuando se desconociese indicio alguno de las preferencias del incapaz. Cfr. SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., "La persona, el retraso mental...", cit., pp. 76 y ss.

(61) Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, cit., pp. 108-109. Evidentemente, el autor habla de menor y no de incapaz: nosotros consideramos, en líneas generales, aplicable el desarrollo y contenido del principio del mayor interés del menor a la persona incapaz, si bien con la limitación que supone la irrelevancia del criterio de la edad en este último y la menor incidencia del elemento dinámico —la capacidad del menor es variable en el tiempo, frente a la mayor permanencia de la del incapaz—.

tende —para dar operatividad al concepto— conseguir cierta objetividad en la búsqueda de ese interés, lo que, sin embargo, no es incompatible con la participación del propio sujeto —en este caso del incapaz— en la determinación de su beneficio (vgr. atendiendo a sus deseos o sentimientos) (62).

Si lo anterior se mueve en el plano abstracto, *in concreto* RIVERO señala una serie de criterios para la determinación del mayor interés o beneficio: a) las necesidades materiales básicas o vitales del sujeto y las de carácter espiritual; b) los deseos, sentimientos y opiniones del incapaz, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su madurez o discernimiento; c) el mantenimiento, si es posible, del *status quo* material y espiritual del incapaz; d) la edad, el sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural, e) riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión pueden acarrear al sujeto —vgr. para su salud física o psíquica—; f) perspectivas personales, intelectuales y profesionales —cuando las haya en el incapaz—, a cuya expansión y mejora debe orientarse su bienestar e interés (63).

En suma, se constataría, así, el carácter “negativo” del principio: no consiste tanto en determinar el mayor beneficio o interés —tarea (casi) imposible en la realidad, por la infinidad de parámetros que hay que tomar en consideración— cuanto en perseguir éste (el interés del incapaz), reduciendo al máximo los perjuicios o daños derivados de la decisión. En otras palabras, optar por la “alternativa menos perjudicial” (*least detrimental alternative*) (64).

c) Por último, la autorización judicial se configura como mecanismo de garantía de la intervención del representante legal en el ámbito de los derechos estrictamente personales.

---

(62) Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, cit., pp. 127 y ss. La participación del incapaz en la determinación del propio interés habrá de tener como presupuesto ciertas condiciones de capacidad; pero, si se entiende que el incapaz tiene capacidad natural suficiente para decidir en el acto de que se trata, entonces ya no hablamos de la aplicación de este principio —que parte de la base de que es el representante legal quien decide— sino de ejercicio del acto por el propio incapaz. Para proceder a la diferenciación de ambos casos es vital la audiencia del propio incapaz por el juez, que será quien decida acerca de sus condiciones de madurez para realizar el acto por sí o participar en la determinación de su interés para que lo realice el tutor.

(63) Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, cit., pp. 202-205.

(64) Cfr. la propuesta de una obra clásica en la materia: GOLDSTEIN, J.; SOLNIT, A.J.; GOLDSTEIN, S.; FREUD, A., *The best interests of the child. The least detrimental alternative*, New York, The Free Press, 1996, *passim*, donde los autores argumentan que referirse a lo mejor —en sentido superlativo, como óptimo— (*best*) no puede seguir siendo una opción; es más realista optar por “lo menos perjudicial” (por todas, p. viii).



Ya por el propio encaje del acto de ejercicio en los arts. 271.3º o 6º, cuando se trate de renuncia o transacción de derechos (núm. 3º) o de ejercicio judicial del mismo (núm. 6º) —entendiendo, así, incluido dentro del ámbito del art. 271 también los derechos y acciones de carácter personal (65)—, ya —en casos distintos de los anteriores— por la vía de la aplicación analógica del régimen de los actos personalísimos que la ley regula (66), estimamos requisito necesario la intervención del juez, como garantizadora de la del representante (67).

De esta forma, el juez, en orden a la autorización de la actuación que el representante solicite, ha de verificar dos extremos —y de aquí la relevancia de su intervención—: en primer lugar, que el incapacitado carezca de la capacidad de juicio para realizar por sí mismo el derecho de que se trate; y, en segundo lugar, que concurra interés o beneficio para el incapaz en la realización del acto.

---

(65) Ya se ha señalado que el legislador seguramente pensó, al redactar el art. 271 CC, en supuestos de carácter patrimonial; pero es cierto también que el enunciado abierto del 271. 3º y 6º —al no distinguir— permite fundamentar la autorización judicial, siempre y cuando el acto de ejercicio caiga dentro del tenor de los números señalados —de hecho, en el caso de la STC 311/2000, la autorización judicial de la tutora se concede sobre la base legal del art. 271.6º CC—.

(66) La previa autorización judicial o, en otros casos, el dictamen del Ministerio Fiscal son presupuestos en muchos casos de la actuación del tutor en el ámbito de los derechos personales. Cfr. arts. 271.1º CC y 763 LEC; art. 3º LO 1/81; art. 156 CP.

(67) Desde la doctrina que, de un modo u otro, ha reconocido la posibilidad de actuación del tutor en este ámbito personal, el requisito de la autorización judicial es unánime. Cfr. GIL RODRÍGUEZ, J., "Comentario al art. 267", cit., p. 786 y RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Los derechos humanos del incapacitado", cit., p. 34.

