

Incapacidad, separación y divorcio: la reconstrucción de la voluntad presunta

Nicola Orlando

Doctorando en Derecho Privado Europeo
Universidad de Pádua

Abstract

Este comentario analiza la capacidad para separarse legalmente o divorciarse de aquellas personas que han dejado de ser capaces de autogobernarse tras el matrimonio, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el italiano.

This paper analyzes the capacity to get a separation or a divorce judgement of those persons who have become unable to self-govern themselves after marriage, both in the Spanish and the Italian legal systems.

Title: Disability, legal separation and divorce: the reconstruction of the presumed intention

Palabras clave: Incapacidad, separación, divorcio, voluntad del sujeto incapaz

Keywords: Disability, Separation, Divorce, Intention of the Disabled Person

Sumario

1. Sistema de protección de las personas incapaces del ordenamiento español
2. Sistema de protección del ordenamiento italiano
3. Derecho a contrar matrimonio, a separarse y a divorciarse en el ordenamiento español y italiano: el grado de autonomía del sujeto protegido y de la persona nombrada para protegerlo
 - 3.1. Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2000 (RTC 2000\311)
 - 3.2. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2011 (RJ 2011\6575)
 - 3.3. Sentencia de la Corte di Cassazione núm. 9582 de 21 de julio de 2000
4. Conclusiones
5. Tabla de jurisprudencia citada
6. Bibliografía

1. Sistema de protección de las personas incapaces del ordenamiento español

Hasta 1983, la tutela correspondía al “consejo de familia” (arts. 293 a 313 CC) y únicamente admitía unas causas de incapacitación determinadas (locura, demencia, sordomudez e interdicción civil)¹. En consecuencia, un gran número de discapacidades (por ejemplo, la ceguera) quedaban sin protección.

Desde 1983, el sistema de tutela fue sustituido por el de autoridad². En este sistema, la declaración de incapacidad va dirigida tanto a la protección del sujeto incapaz como de sus intereses patrimoniales y personales. De hecho, como muchas veces la jurisprudencia ha precisado³, el criterio que tiene que regular el sistema del guardia es el del mayor interés y beneficio del incapaz.

De acuerdo con el art. 200 CC, “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Esta reforma, seguida por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁴ (BOE núm. 7, de 8.1.2000; en adelante, LEC), representó el distanciamiento del sistema de tutela del precedente régimen de guardia. Además, siempre dentro un sistema de tutela fundado sobre los principios

¹ Evidencia esa corriente doctrinal, DE CASTRO Y BRAVO (2008, pp. 294-295). Recientemente, sobre el tema de la capacidad, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (2011, pp. 45-46, 231 y ss.).

² Esa sustitución fue realizada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela (BOE de 26 de octubre de 1983). Sobre la ineficacia del sistema precedente se ha dicho que “se ha revelado, tras casi cien años de vigencia, ineficaz e insuficiente. Su pieza básica –el Consejo de familia– apenas ha funcionado en la práctica, como es notorio, con el consiguiente grave perjuicio para las personas sometidas a tutela, que sufrieron en su mayoría los efectos negativos de la negligencia o inhibición de los parientes” (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, núm. 4-1, de 27 de enero de 1983, p. 11).

Véase también, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (2011, p. 234). En la jurisprudencia, la STS, 1ª, de 31 de octubre de 1994 (RJ 1994, p. 8004), en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 37, 1995, p. 377, con comentario de RAMOS CHAPARRO.

³ Sobre ese punto, STS de 16 de septiembre de 1999 (RJ 1999\6938; MP: *Xavier O’Callaghan Muñoz*) y STS de 14 de julio de 2004 (RJ 2004\5204; MP: *Pedro González Poveda*). En la doctrina, ALVAREZ LATA (2006, p. 350). De hecho, el fundamento básico del ejercicio de la tutela se encuentra en el principio de beneficio del tutelado. Eso significa que el guardador, independientemente de la cualificación que lleva (art. 215 CC, incluida la de guarda de hecho) tiene que buscar el interés del sujeto, así como establece el art. 216 CC y como ha precisado la STS de 22 de julio de 1993 (RJ 1993\6277; MP: *Gumersindo Burgos Pérez de Andrade*).

⁴ Referencia: [BOE-A-2000-323](#). La reforma del 2000 ha supuesto un cambio en las cuestiones procedimentales de la incapacitación.

constitucionales, se establece que el Juez tiene que determinar, en la sentencia de incapacitación, los límites que se derivan de la incapacidad⁵ (art. 210 CC).

En la práctica, la particularidad de esa reforma ha sido la de haber establecido un sistema de protección de las personas incapaces más proporcionado y flexible en consideración a la condición del sujeto⁶; un sistema de protección graduable, alejado del sistema originario del Código Civil fundado en la tipificación de causas⁷.

La tutela sólo se hará efectiva a través de una resolución judicial que determine la extensión, los límites y el régimen de protección al cual se debe someter el sujeto⁸. Por eso, sólo se puede ser incapacitado por sentencia judicial, la cual lleva a una presunción de incapacidad sólo para los actos que la sentencia establezca o la ley prescriba⁹. Sigue, por lo tanto, que la regla general será la de capacidad del sujeto interesado¹⁰. En otros términos, sólo después de la declaración de incapacidad se hará efectivo el ejercicio de la función tutelar mediante la elección de alguna de las instituciones tutelares establecidas por el ordenamiento (tutela, curatela, defensor judicial o guarda de hecho¹¹). El artículo 760 LEC es claro: “la sentencia que declare la incapacitación

⁵ Sobre la posición del sistema jurídico español en relación a la tutela, PICAZO- GULLON (2003, pp. 257 y ss.). El autor pone de relieve que “Por tanto, cualquiera que hubiese sido la causa por la que se haya declarado la incapacitación, ese estado civil debe ser siempre graduado por la autoridad judicial que la haya pronunciado”.

⁶ El juez tendrá que apreciar la condición del sujeto para poder dictar por cual tipo de autogobierno esta afectado el mismo. De hecho, el art. 200 CC no precisa que nivel de autogobierno debe existir para que el juez dicte la sentencia de incapacitación y escoja el régimen de guardia apropiado. Por supuesto, se opina que tendrá que tratarse de un grado de anormalidad, o de una incapacidad de autogobernarse, considerable. Habla así, ALVAREZ LATA (2006, p. 354).

⁷ De hecho, tras la reforma del 1983 se pasa a una delimitación abierta y genérica y se introduce el principio nombrado “de pluralidad de guarda legal” en nombre del cual se incluyen novedades, de entre las cuales se destaca la de la recuperación de la curatela. En el precedente sistema la intervención del Juez era ocasional, así como precisa ALVAREZ LATA (2006, p. 351). La reforma del 1983 ha conllevado, entre sus otras novedades, también la de haber desdoblado la tutela. De hecho, a partir de esa fecha, no se habla nunca más de tutela sólo de los bienes del sujeto incapaz, sino también de tutela personal. Por eso, se habla de “despatrimonialización” de las instituciones tutelares, así como destaca GIL RODRÍGUEZ (1991, p. 672).

⁸ ALBALADEJO (2008, pp. 259-293) y PICAZO- GULLÓN (2003, p. 258). Para ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (2011, p. 234) esa reforma ha permitido “de una parte, la ampliación de supuestos determinantes de la incapacitación, pues, en la actualidad, cualquier enfermedad, física o psíquica, que impida a una persona gobernarse por sí misma (...), de otra parte, una reducción de aquellos, al no englobar dicha fórmula, la incapacitación por prodigalidad y la interdicción civil”.

⁹ ALVAREZ LATA (2006, p. 350).

¹⁰ SEOANE (1999, p. 350).

¹¹ Las instituciones de guarda son precisadas por el art. 215 CC, el cual precisa cual es el elenco de las instituciones de guarda. No obstante eso, ha sido opinado que ese elenco es impreciso por el hecho de dejar fuera de dichas instituciones la guarda de hecho, la cual no obstante es una institución “de facto” reconocida jurídicamente por el código civil (art. 299 CC). Opina en ese sentido, ALVAREZ LATA (2006, p. 356).

determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”.

La tutela sigue a la declaración de incapacidad¹² a través de un procedimiento (art. 757 LEC) que puede empezar no sólo a instancia de la familia, sino también del Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de cualquier persona que tenga conocimiento de la situación de incapacidad. Para que el tribunal dicte una sentencia de incapacitación tendrá que verificar que ese sujeto está imposibilitado, por una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma (art. 200 CC). Además, esa enfermedad o deficiencia tiene que ser habitual y duradera¹³. Sólo después de haber examinado al sujeto y haber optado por la tutela, el juez podrá limitar su capacidad de obrar¹⁴.

A continuación, tendrá lugar el nombramiento del tutor (art. 234 CC) quien, bajo la vigilancia y control del Juez y del Ministerio Fiscal, tiene por función el cuidado y la educación de la persona sometida a tutela, así como su representación, en todos aquellos actos que no pueda realizar por sí misma, y la administración de su patrimonio.

La curatela (art. 286 CC) también sigue a la declaración de incapacidad pero, a diferencia de la tutela, su efecto no es representar al sujeto, sino asistirlo, dejando al sujeto mismo la mayor capacidad de obrar posible, con la sola necesidad del consenso de quien ha sido nombrado para protegerlo, o sea, el curador. El curador no representa al sujeto tutelado, sino que se limita a integrar las capacidades del mismo poniéndose a su lado, pero no sustituyéndolas¹⁵. De hecho, su misión es asistir al sujeto (incapaz, menor emancipado, pródigo) en todos aquellos actos o negocios que, por determinación de la ley o de la correspondiente sentencia judicial, no pueda realizar por sí solo (arts. 216, 286 y ss. CC).

¹² Cabe señalar que también el menor de edad puede ser destinatario de la declaración de incapacidad, a instancia del tutor, si se averigua que la causa de la incapacitación razonablemente persistirá después de la mayoría de edad (art. 201 CC). La posibilidad que también el menor pueda ser incapacitado forma parte de las novedades introducidas por la reforma del 1983. Esa tipología de incapacidad ha sido definida como incapacitación “ad cautelam”. Se tratará de una tutela que se prorrogará de forma automática (art. 171 CC). Sobre ese tema, ALBALADEJO (2008, p. 210). Persistirá, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (2011, pp. 236 y 243) y GETE-ALONSO (1992, p. 204).

¹³ La persistencia tiene que ser firme y constante y, su duración, permanente en el tiempo, con independencia de su mayor o menor intensidad periódica, como ha sido precisado por la STS, de 11 de junio de 2004 (RJ 2004\4428; MP: *Xavier O’Callaghan Muñoz*).

¹⁴ El juez puede también declarar la reintegración de la capacidad o la modificación del alcance de la incapacitación cuando nacen “nuevas circunstancias” (art. 761 LEC) que tendrán que revestir una cierta persistencia o previsión de duración. Sobre ese tema, ALVAREZ LATA (2006, p. 351). En la jurisprudencia, las SSTS, de 10 de febrero de 1988 (RJ 1988\937) y de 7 de enero de 1989 (RJ 1989\97).

¹⁵ Para FERRER (2011, p. 246), “under the curatorship regime, on the other hand, the incapacitated person retains the power to make decisions for himself, although this autonomy is limited by the need to obtain the curator’s assent to undertake actions of some economic relevance; specifically, to carry out those transactions subject by legal or judicial definition to the curator’s intervention (arts. 289 y 290 CC; art. 136 Ldpa y arts. 223-4 y 223-6 CC cat)”.

Junto a la tutela y la curatela hay otros cargos tutelares, como el defensor judicial (art. 299 CC), quien es nombrado en caso de conflicto de intereses entre el tutor o curador y la persona incapaz, y el guardador de hecho (art. 303 CC), a través del cual el juez, una vez tenido conocimiento de la existencia de una persona que desarrolle en favor de un sujeto, que podría ser incapacitado (pero que aún no lo está), una actividad de tutela, podrá dictar límites o pedir informaciones sobre esa situación.

2. Sistema de protección del ordenamiento italiano

Antes de analizar la cuestión de cómo el ordenamiento italiano regula el ejercicio de las acciones de separación o de divorcio por un sujeto incapaz, es necesario ofrecer una visión general de los cargos tutelares que están presentes en el ordenamiento italiano: la *interdizione*, la *inabilitazione* y la *amministrazione di sostegno*.

a) La *interdizione* puede ser solicitada cuando un adulto, con una enfermedad mental permanente, no es capaz de defender sus propios intereses. La *interdizione* crea una situación de incapacidad legal para realizar actos jurídicos, la misma en la que se encuentra un menor de edad (art. 414 y 416 CC it). Los actos que eventualmente realice ese sujeto serán anulables por el tutor, sus herederos o causahabientes (art. 427 CC it). La resolución que declare la *interdizione* (pero también antes si el Juez lo considera necesario) nombrará un tutor, que será designado preferentemente de entre su círculo familiar (arts. 424-408 CC it.) y se encargará de representarle legalmente y administrar sus bienes. El tutor no puede realizar en lugar del sujeto cualquier tipo de acto. De hecho, el Juez puede decidir que unos actos de administración ordinaria pueden ser realizados por el sujeto interesado con su autorización, como establece el art. 427 CC it. (modificado por la Ley 6/2004). Para otros actos, como casarse o hacer testamento, la ley establece una prohibición absoluta (art. 85 CC it. sobre el matrimonio y art. 591 CC it. sobre el testamento). Por eso, la *interdizione* es la medida de protección del sujeto incapaz más dura y restrictiva de su capacidad de obrar.

b) La *inabilitazione* es una situación de incapacidad jurídica relativa que limita en menor medida la capacidad de obrar del sujeto. De hecho, sólo puede ser solicitada (art. 417 CC it.) y aplicada cuando la situación del sujeto no es tan grave como para solicitar una *interdizione* (art. 415 CC it.). Además, la *inabilitazione* no da lugar a una representación legal en sentido estricto, sino a una actividad de ayuda por parte del "curatore", que será designado de entre los mismos sujetos que la ley establece para la *interdizione*. En consecuencia, el curador integra la voluntad del sujeto interesado sin reemplazarlo, debiendo pedir la autorización judicial para el cumplimiento de los actos de administración extraordinaria, salvo cuanto establece el art. 427 CC it.

c) La tercera medida de protección es la "amministrazione di sostegno" (arts. 404-413 CC it.), que fue introducida por la Ley 6/2004, de 9 de enero. Esa medida de protección se aplica a aquellos sujetos que carecen de toda o parte de su autonomía en el desempeño de las funciones de la vida cotidiana, a través de medidas de apoyo temporal o permanente¹⁶. En consecuencia, puede ser

¹⁶ La necesidad de la institución de la *amministrazione di sostegno* fue puesta de relieve por PESCARA (2003, p. 761).

aplicada también a favor de sujetos que podrían ser destinatarios de las medidas de la *interdizione* e *inabilitazione*¹⁷, pues protege al sujeto de la forma menos limitativa de su capacidad de obrar. En otras palabras, si en las medidas de protección tradicionales la regla es limitar y la excepción es guardar la capacidad de obrar del sujeto, en la *amministrazione di sostegno* la regla y la excepción se invierten: se tendrá que proteger al máximo la capacidad de obrar del sujeto interesado y los supuestos en los que se podrá limitar su capacidad serán excepcionales (art. 411 CC it.).

3. Derecho a contrar matrimonio, a separarse y a divorciarse en el ordenamiento español y italiano: el grado de autonomía del sujeto protegido y de la persona nombrada para protegerlo

Después de haber analizado, en términos generales, como el ordenamiento español y el italiano regulan la protección de las personas incapacitadas, se analizarán las características principales de la separación y el divorcio en los dos ordenamientos.

Una característica común a ambos ordenamientos es que tanto la separación como el divorcio y, antes de éstos, el matrimonio, representan aspectos personales de la vida de una persona, es decir, derechos inviolables.

En el derecho español, el matrimonio, que se rige por los arts. 41-72 CC, se entiende como el acto solemne, fundado en el consentimiento de las partes¹⁸, mediante el cual nace entre ellos una relación basada en derechos y deberes. Por lo tanto, como en el ordenamiento italiano, se entiende no sólo como el acto físico por el cual las partes están casadas, sino también como la relación subyacente o “consorcio” entre ellas¹⁹.

Además, el requisito que la ley exige para la validez del matrimonio es el del consentimiento. El art. 45 CC establece que “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”. El matrimonio celebrado sin consentimiento es nulo (art. 73 CC). Esto significa que el contratante debe tener la capacidad necesaria para manifestar un consentimiento personal y válido, no sólo al matrimonio,

¹⁷ ROMA (2004, p. 1019, n. 49) y AVAGLIANO (2005, p. 394) para quien una solución a esa cuestión puede ser la representación voluntaria. Sobre el tema, hablando de la *interdizione* como una copia de la *amministrazione di sostegno*, MILONE (2005, p. 102).

¹⁸ PUIG BRUTAU (1991, p. 9). Recientemente, LUIS CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZALEZ (2011, p. 517). La importancia y la necesidad de que exista una capacidad natural del sujeto, es decir, una aptitud y una condición psíquica de llevar a cabo el acto concreto, se hace más fuerte en la órbita de los actos personalísimos. Sobre eso, ALVAREZ LATA (2006, p. 351).

¹⁹ Véase, arts. 66-71 CC, sobre los derechos y las obligaciones que los esposos deben observar entre ellos.

sino también a las obligaciones que se derivan del mismo²⁰. Por lo tanto, salvo en determinados casos, no se puede hablar de representación²¹.

Cuando el sujeto no sea capaz de expresar su consentimiento matrimonial, por padecer de una incapacidad mental, tampoco podrá manifestarlo su tutor.

La necesidad de que el consentimiento lo preste el propio sujeto interesado se confirma en el art. 56 CC: “si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

Esto significa que, a diferencia de la regla general dictada por el código civil en materia de contratos (art. 1263.2 CC), frente a un sujeto incapaz para autogobernarse, cualquiera que sea su estado de incapacidad física o mental, no siempre se aplicará una prohibición a la celebración del matrimonio. Al contrario, la regla será legitimarlo a la celebración del matrimonio y la excepción será la prohibición cuando una evaluación médica certifique su falta de su capacidad para prestar un consentimiento válido. En otras palabras, “no hay problema de capacidad, sino de consentimiento²²”.

Esta regulación parece ser menos dura que la prevista en el ordenamiento jurídico italiano, donde, a diferencia de la hipótesis del sujeto incapaz en el sentido del art. 404 CC it. (en el caso que esté sujeto a la *amministratozione di sostegno*), el sujeto declarado incapaz en el sentido del art. 414 CC it. (el sujeto beneficiario de la *interdizione*), quedará sujeto a la prohibición de casarse (art. 85 CC it.), sin excepción alguna²³.

²⁰ Según LÓPEZ FRÍAS (1999, p. 309): “tener la capacidad para entender las obligaciones que impone el estado matrimonial, y la voluntad de cumplirlas durante el mismo, es el requisito para prestar un consentimiento matrimonial válido”.

GORDILLO CAÑAS (1986, p. 233) habla de una capacidad concreta conectada directamente con las condiciones subjetivas del individuo. En este sentido merecen atención las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de julio de 1993 (RJ 1994\554) y de 20 de enero de 1995 (RJ 1995\1606).

²¹ La referencia es al matrimonio “por medio de apoderado”. De hecho, el art. 55 CC permite la transmisión del consentimiento matrimonial, siempre y cuando, hubiera sido prestado por el titular. Para restringir la actividad del representante a la de un mero “nuncius”. En este sentido, LÓPEZ FRÍAS (1999, p. 299), para quien la posibilidad de llegar a suplir la falta de prestación del consentimiento para actos personalísimos y que se preste por el tutor con autorización judicial, es “impensable para el matrimonio”.

²² LÓPEZ FRÍAS (1999, p. 309).

²³ Ello se aplica a pesar de la reforma operada por la Ley 6/2004 de 9 de enero, la cual ha modificado algunos artículos de las medidas de protección tradicionales, como, por ejemplo, el art. 427 CC it. De hecho, aunque el juez pueda reconocer una mayor capacidad de obrar al sujeto interesado, dicha prohibición, dictada por el art. 85 CC it., se mantiene, pues la norma prevé la posibilidad de que el juez reconozca al sujeto interesado una mayor capacidad de obrar sólo en relación a los actos de administración ordinaria y no a los de administración extraordinaria, como los de separación y divorcio.

Dado que contraer o no matrimonio es un aspecto de la libertad personal de cada individuo²⁴, lo anteriormente dicho también resultará de aplicación al ejercicio de la acción de separación o divorcio, tanto en España (arts. 42-106 CC) como en Italia (arts. 79-230 CC. it.).

La separación²⁵ en España se encuentra regulada en los arts. 42-72 CC y puede ser de mutuo acuerdo o contenciosa. A través de la Ley 15/2005, de 8 de julio, fueron modificados el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Esas modificaciones comportaron que el procedimiento de separación sea más sencillo y rápido (art. 81 CC). En efecto, a partir de esa fecha basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda pedir la separación o el divorcio. Al igual que en la separación, el divorcio²⁶ también es automático, independientemente del tiempo transcurrido desde la separación, y puede ser de mutuo acuerdo o contencioso. En el primer caso, el procedimiento judicial es más rápido y sencillo. Basta con acompañar a la demanda (que puede ser presentada por los dos cónyuges o por uno solo de ellos con el consentimiento del otro) un convenio regulador en el que después deberán ratificarse los cónyuges y en el que consignarán los pactos alcanzados respecto de la guardia y custodia de los hijos, régimen de visitas, pensiones, uso del domicilio familiar, etc. El juez y el Ministerio Fiscal, en su caso, velarán por los intereses de los menores y por el respeto de los acuerdos firmados por los cónyuges. En el segundo caso, el procedimiento es más largo y completo. Además, dependiendo de las circunstancias del caso, es posible tramitar con carácter previo o simultáneo al procedimiento de divorcio las denominadas medidas provisionales destinadas a regular la situación patrimonial entre los cónyuges (cargas del matrimonio) y respecto de los hijos (atribución de la patria potestad de la guardia y custodia, régimen de visitas y comunicaciones, pensión de alimentos).

El código civil italiano regula exclusivamente la institución de la separación legal, pero no dedica ninguna normativa específica a la separación de hecho, que ocurre cuando la pareja crea una situación de separación fuera del procedimiento señalado por el legislador y que sólo es relevante para determinados efectos jurídicos. A diferencia del Código Civil español, la separación en Italia es una condición necesaria para que un sujeto pueda divorciarse. De hecho, según el art. 3.2.b) Ley 898/1970, deben transcurrir tres años ininterrumpidos para la separación.

El Código civil (art. 150 CC it.) regula dos tipos: la separación judicial y la consensual. La separación judicial (arts. 151-157 CC it.) es un proceso contencioso que se utiliza cuando los cónyuges no son capaces de ponerse de acuerdo sobre las condiciones de la separación. A diferencia de lo que sucedió en el pasado, la separación puede ser propuesta por cada cónyuge, o por ambos, siempre que los acontecimientos lleven a una convivencia insoportable, independientemente de cualquier evaluación sobre la culpabilidad de los cónyuges. Sin embargo, si los cónyuges llegan a un acuerdo sobre las condiciones de la separación, con respecto a sus relaciones personales y patrimoniales, y las referentes a los hijos, la separación puede ser consensual (arts. 158 y ss. CC it.), y puede producir efectos una vez que el Juez, después de verificar la compatibilidad del acuerdo alcanzado por los cónyuges en relación con el interés de los menores, haya admitido la homologación.

El divorcio representa uno de los casos previstos por la ley (art. 149 CC it.) a través del cual el matrimonio llega a su fin. Esta institución no estaba contemplada originariamente en el código civil, pero

²⁴ LACRUZ *et al.* (2008, pp. 84-91).

²⁵ Sobre la separación, PUIG BRUTAU (1991, pp. 39-46) y LACRUZ *et al.* (2008, pp. 84-91).

²⁶ Sobre el divorcio y los efectos comunes a la separación, PUIG BRUTAU (1991, pp. 47-65); LA CRUZ *et al.* (2008 pp. 91-95).

se introdujo con la Ley 898/70. Esta legislación, sin embargo, nunca utilizó el término “divorcio”, sino disolución del matrimonio (en el caso que sea civil) o de cesación de efectos civiles (en el caso de matrimonio concordado). El procedimiento para la disolución del matrimonio, a diferencia de la separación, salvo en los casos del denominado “divorcio conjunto”, siempre tiene naturaleza contenciosa. Los tribunales tendrán que analizar la existencia de los supuestos subjetivos (la pérdida de comunión material y espiritual entre los cónyuges) y objetivos establecidos por la ley (art. 3 de la Ley 898/70).

A pasar de las diferencias que se notan entre la separación y el divorcio en los dos ordenamientos analizados²⁷, en ambos los poderes públicos se deben limitar a garantizar el respeto a tales derechos y, en su caso, a la eliminación de las circunstancias que impiden su ejercicio libre. En otras palabras, si el derecho al matrimonio se considera un derecho básico y universal de la persona, también lo será el de separarse y divorciarse, sin que la condición psíquica o física de la persona pueda ser utilizada como un obstáculo al ejercicio de esos derechos. Cuanto dicho constituye un postulado de la dignidad humana y, en cuanto tal, uno de los derechos inviolables de todas las personas a través de los cuales podrán desarrollar su personalidad (véanse los arts. 14, 24, 49 de la Constitución española y los arts. 2, 3, 29 y 30 de la Italiana; arts. 3, 12 y 13 de la Convención de Nueva York del 13.12.2006, ratificada por España en 2008 y por Italia en 2009²⁸).

Se opina que el sistema de separación y de divorcio regulado por el ordenamiento español resulta más sencillo, permitiendo al sujeto terminar la relación matrimonial de manera más rápida, sin estar sujeto a rígidos plazos de tiempo. En base a estas consideraciones, se analizarán las decisiones judiciales de cada uno de esos ordenamientos que han llevado al autor a estudiar el ejercicio de la acción de separación y de divorcio por el tutor del sujeto incapaz. Como se verá, ambas sentencias se fundan sobre el criterio de la reconstrucción de la voluntad del sujeto incapaz de manifestar esa voluntad. El criterio de la reconstrucción de la voluntad no es un criterio regulado en el código civil, ni en el español²⁹, ni en el italiano³⁰, sino que es un criterio de elaboración jurisprudencial³¹ cuya finalidad es permitir que el sujeto interesado goce también de

²⁷ En otros ordenamientos, en particular el francés y el alemán, encontramos: la ley núm. 5 de 3 de enero de 1968, *Portant réforme du droit des incapables majeurs* y la *Betreuungsgesetz*, de 12 de septiembre de 1990, en vigor a partir del 1 de enero de 1992.

²⁸La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que fue ratificada por Italia como consecuencia de los arts. 1 y 2 Ley núm. 18, de 3 de marzo de 2009, reconoce expresamente “la importancia de que las personas con discapacidad revisten su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones” (art. 3 de la Convención).

²⁹ Sobre esta cuestión, LÓPEZ FRÍAS (1999, p. 298), donde dice que “se ha propuesto una fórmula por la que se podría llegar a suplir la falta de prestación del consentimiento para actos personalísimos”.

³⁰ BONILINI (2007, p. 238) y NARDELLI (2009, p. 2106). El autor observa la ausencia de “punti di riferimento fermi e condivisi” sobre ese tema.

³¹ Sobre ese tema, NARDELLI (2009, p. 2109). El autor observa que ese criterio puede ser un criterio de orientación para el *amministratore di sostegno* para desarrollar su actividad respecto de los actos de la esfera personal del sujeto interesado. El autor, precisa que en esos casos, se tendrá que estudiar la voluntad del sujeto para entender si es capaz de darse cuenta del acto que quiere cumplir; CENDON-ROSSI (2009, p. 134). Además, en la jurisprudencia

protección³². De este modo, las instituciones de protección de las personas incapaces, tanto españolas³³ como italianas³⁴, cumplen una de sus funciones principales: proteger el interés del sujeto interesado.

3.1. Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2000 (RTC 2000\311)

El órgano que se posicionó “por primera vez” sobre el tema objeto de este comentario fue el Tribunal Constitucional a través de la sentencia de 18 de diciembre de 2000 (RTC 2000\311; MP: *Vicente Conde Martín de Hijas*).

La sentencia versaba sobre una mujer casada, separada de hecho, que había sido declarada incapacitada y sometida a la tutela de su madre tras sufrir un accidente de circulación. El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Oviedo desestimó la demanda de separación acogiendo la excepción de falta de legitimación de la madre y tutora, ante un acto tan personalísimo. Dicha sentencia fue ratificada por la Audiencia Provincial de Oviedo y el Tribunal Supremo. El Tribunal

española, la STS, de 21 de septiembre de 2011, (RJ 2011\6575; MP: *Encarnación Roca Trías*); en la italiana, la sentencia Cass., sez. I, 9582/2000 de 21 de julio de 2000, en *Giur. Civ.*, 2001, I, p. 2751.

³² Sobre el derecho español, véase GORDILLO CAÑAS (1990, p. 16), para quien el ámbito de la persona es el más delicado y fundamental del ordenamiento, y está sufriendo unas sacudidas tan importantes que han atraído la atención del jurista. Más recientemente, LÓPEZ FRÍAS (1999, p. 296), para quién “la esfera personal del enfermo de mente ha quedado relegada y, es más, olvidada tanto en el plano legal como doctrinal y jurisprudencial” y que “queremos dejar constancia de la necesidad de una reflexión sería y global sobre las distintas facetas que comprende esta esfera personal que ha constituido un valor secundario y postergado del enfermo mental(...) si pensamos que la protección personal de estos sujetos debe ser más importante que su protección patrimonial” y donde dice que “la realidad es que la sentencia de incapacitación no recoge todos estos importantes aspectos con la rigurosidad que sería de desear por bien del enfermo psíquico”. En el ordenamiento italiano, denuncian este vacío normativo, FERRANDO (2005, p. 6); BALESTRA (2005, p. 667); FERRANDO (2005a, p. 47) y ANELLI (2005, p. 175), según el cual “la disciplina del ‘amministrazione di sostegno’ non dedica specifica attenzione all’esercizio dei diritti di carattere personale” y donde dice que “la questione(...) non trova un’esplicita considerazione della nuova normativa”. En jurisprudencia, TRIB. di ROMA, de 10 de marzo de 2009 (ord.)- Est. Olivieri in *Giur. di Merito*, 2009, p. 2099.

³³ La STC, de 18 de diciembre de 2000 (RJ 311\2000; MP: *Vicente Conde Martín de Hijas*) fue muy clara sobre este tema, precisando que la acción del tutor debe obedecer a los intereses del incapaz. LÓPEZ FRÍAS (1999, p. 300) habla del “deber jurídico de los representantes legales de los incapacitados de ‘velar por ellos’”. Además, el autor, en relación al tema de los actos médicos, precisa que “no existe un sistema determinado de suplir el consentimiento, sino un medio de garantizar una actuación que se realiza en beneficio objetivo del enfermo mental (...) solicitar una autorización al Juez que actúa como órgano permanente de vigilancia de la buena marcha de la tutela (...) Se tratará en definitiva de, por un lado, constatar que esa actuación médica supone beneficio objetivo, para la salud o para la vida del incapacitado y, por otro, construir una garantía más para los casos en que falte capacidad cognoscitiva y volitiva”.

³⁴ Recientemente, sobre el tema de las decisiones médicas, véase la sentencia núm. 21748/2007, de 16 de octubre, de la Corte di Cassazione (en *Foro It.*, 2007, I, p. 3040 y ss.). A través de esta decisión, la Corte señaló que la actividad del representante legal está sujeta a una doble regla: realizar el “best interest” del sujeto interesado, sin substituirse al mismo. Exactamente, la Corte ha precisado que el representante legal debe actuar “con il soggetto”.

Constitucional, en sentencia de 18 de diciembre de 2000³⁵, consideró que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad, y reconoció legitimación procesal a la tutora y madre para ejercitar la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada.

En particular, el Tribunal Constitucional señaló que “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”.

Por ello, la negación de ese derecho representa una injustificada situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales. Además, el Tribunal afirma que no hay normas que puedan justificar una diferencia de trato como la que se produjo en el caso analizado. Ya sea con base en el código civil (art. 81 CC), o en la Constitución (arts. 14, 32.1 y 49 CE), es clara su postura a favor de la igualdad de trato de los incapaces y de la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio.

3.2. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2011 (RJ 2011\6575)

La doctrina del Tribunal Constitucional ha sido confirmada por la STS, de 21 de septiembre de 2011 (RJ 2011\6575; MP: *Encarnación Roca Trías*), que supuso un paso decisivo en materia de protección de las personas que no pueden autogobernarse. La sentencia se pronunciaba sobre la demanda de divorcio interpuesta por los tutores de una mujer, en situación de coma como consecuencia de un grave accidente de circulación. Pasados dos años desde la celebración del matrimonio, la esposa sufrió un grave accidente a raíz del cual quedó tetrapléjica y en estado de coma vigil. Por el procedimiento de incapacitación se concedió la tutela a los padres, quienes interpusieron la acción de separación. Dicha acción fue estimada por concurrir causas que demostraban “desafecto entre los cónyuges” e “incumplimiento de los deberes de ayuda y socorro” entre los mismos. Más tarde interpusieron demanda de divorcio, que fue estimada por la Audiencia. El marido interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que consideró que del art. 81 CC, que legitima a los cónyuges para ejercitar la acción de separación, no puede derivarse el carácter absoluto de la falta de legitimación del tutor, pues dicho precepto no introduce el término “solamente”.

El Tribunal reconoció el derecho de la interesada a divorciarse y, tras valorar “las circunstancias anteriores” (por ejemplo, el marido de la interesada había sido designado tutor de la esposa y, después, separado del cargo por el Juez; había ido a visitar de manera infrecuente a la esposa internada después del accidente; la esposa había consultado un abogado para asesorarse sobre el

³⁵El Tribunal Constitucional otorgó el amparo frente a la STS, de 27 de febrero de 1999, que había denegado la posibilidad de que el tutor pudiera ejercitar la acción de separación en lugar del sujeto incapacitado, precisando que en ese caso nadie podía ejercitar tal acción: el interesado, por su incapacidad, y la tutora, por la condición personalísima de la acción. Véase ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (2011, p. 254).

procedimiento de separación, etc.), legitimó en ese sentido a su tutor³⁶, el cual demostró que la interesada habría manifestado la misma voluntad si hubiese sido capaz de hacerlo.

El Juez decidió sobre la cuestión sin tomar en consideración otros aspectos jurídicos relacionados como la posible existencia de un conflicto de intereses. Dado que la pareja no tenía hijos, los tutores (los padres de la incapacitada) habrían podido tener el interés en que el juez reconociera una pensión en favor de la hija incapacitada a cargo del marido (art. 97 CC). En otras palabras, el Tribunal, sin investigar sobre la posible existencia de un conflicto de intereses, consideró que había “un cierto desafecto entre los cónyuges” antes del accidente y que el deber de apoyo moral y material que debe existir entre los cónyuges en virtud del contrato de matrimonio había desaparecido y, en consecuencia, legitimó al tutor a ejercitar la acción de divorcio en nombre de la incapaz. Para el juez, si la interesada hubiera sido capaz de manifestar su voluntad, lo habría hecho exactamente en el mismo sentido.

Según el Tribunal, si bien es verdad que ninguna norma del Código Civil reconoce en términos expresos la legitimación activa del incapaz para el ejercicio de la acción de separación o divorcio a través del propio tutor, también es verdad que ninguna norma la impide³⁷. Esa justificación se considera razonable de acuerdo con los arts. 267 y 271.6, CC, los cuales admiten que el tutor represente al incapaz y pueda entablar demanda en nombre del mismo con previa autorización (que existía en el caso) del Juez.

La tesis contraria a lo anterior no puede fundarse en el carácter personalísimo de la acción de separación y de divorcio. El art. 267 CC no diferencia entre actos personalísimos y actos no personalísimos, sino que legitima al tutor a ejercitar en lugar del incapacitado una pluralidad de actos (entre los cuales puede incluirse la acción de separación y de divorcio), aunque en algunos casos bajo el control y la vigilancia del juez. De no ser así, se violarían los derechos a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad. La Constitución concede a los incapaces los mismos derechos que al resto de los ciudadanos (art. 49 CE). El art. 14 CE, por su parte, declara que “los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Por último, el art. 24 CE establece el principio de la tutela judicial efectiva. Todos estos principios se encuentran reconocidos en el art. 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que

³⁶ El Tribunal ha precisado que “el cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción de separación(...) desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses (...)”.

³⁷ Sobre este punto se opina que no puede ser alegado el art. 162.1 CC que, refiriéndose al menor no emancipado, establece que “los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”, con la excepción de “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”. De hecho, la ley impide que los tutores puedan representar a sus pupilos en los actos relativos a derechos de la personalidad, como puede ser considerada la acción de separación y de divorcio, precisando, sin embargo, “de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”. Por eso, si el sujeto interesado no es capaz de realizar por sí solo esos actos, no se les podrá imponer ninguna prohibición.

fue ratificada por España en 2008: “los Estados partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones que las demás (...)”.

Finalmente, la condición de incapacidad no debe ser considerada una causa de discriminación o un obstáculo a que el sujeto incapacitado pueda ejercitar las acciones en cuestión: su interés puede ser realizado a través del tutor (art. 81 CC). En relación con esta cuestión, el Tribunal Constitucional, en la famosa sentencia de 18 de diciembre de 2000, consideró que la negativa a la legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación conyugal del sujeto interesado determinaba la imposibilidad de que aquél accediera el cierre, desproporcionado, del acceso de este último a la tutela judicial efectiva.

Las críticas a esa legitimación, fundadas en su mayor parte en la naturaleza personalísima de la acción de divorcio, han sido superadas por el Tribunal Supremo a través del criterio de la voluntad del sujeto incapaz. El órgano jurisdiccional, tomando en consideración los deseos, los comportamientos del sujeto cuando era capaz de manifestar su voluntad³⁸ (el hecho, por ejemplo, de haber ido a un despacho de abogados para recibir asesoramiento sobre el procedimiento de separación) y los del otro cónyuge (el hecho, por ejemplo, de que no hubiera ido muchas veces a visitar su pareja internada) llega a la conclusión de que efectivamente existía un incumplimiento de los deberes de ayuda y socorro entre los cónyuges y de que la voluntad del cónyuge incapaz hubiera sido la de divorciarse. Por eso, el tutor (en el caso, los padres del cónyuge incapaz), fue autorizado por el juez a ejercitar, en su lugar, la acción de divorcio, justificando esa decisión en el beneficio del tutelado (art. 216.1 CC). De lo contrario, el matrimonio se convertiría “de hecho en indisoluble en aquellos casos en los cuales la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo”.

Todo ello comporta una novedad importante: se debe respetar la voluntad del sujeto si las pruebas entregadas por el tutor demuestran que, si aquél hubiese sido capaz, hubiese manifestado esa voluntad.

3.3. Sentencia de la Corte di Cassazione núm. 9582 de 21 de julio de 2000

En Italia, antes de la introducción de la *amministrazione di sostegno*³⁹, mediante la Ley 6/2004, más proporcionada y adaptada a las condiciones del sujeto interesado, el debate sobre la capacidad del sujeto incapaz para ejercitar la acción de separación y de divorcio se refería a la figura del sujeto destinatario de la medida de la *interdizione*. Esta interpretación tradicional sostuvo, por diferentes razones y con diferentes argumentos, que el sujeto destinatario de la *interdizione* no podía ser titular del derecho a obtener la separación legal y el divorcio y, por tanto, tampoco su tutor⁴⁰.

³⁸ Se establece que “a continuación debe examinarse si en este caso concurren las circunstancias anteriores y muy en especial, si existe interés del incapaz en el ejercicio de la acción de divorcio por sus tutores”.

³⁹ En la *amministrazione di sostegno*, no hay el problema de si el sujeto interesado puede o no casarse. De hecho, el art. 409 CC it. no afecta a la capacidad del sujeto en el ejercicio de los actos de la vida diaria.

⁴⁰ Evidencia la problemática PAGLIANI (2009, p. 378). El autor precisa que “la giurisprudenza di merito (Trib. Padova, de 9 de febrero de 1994) si è espressa in passato sul punto con riguardo alla legittimazione del tutore ad

De hecho, se señalaba en primer lugar que, si ese sujeto no podía casarse (art. 85 CC it.), tampoco podía tener capacidad para limitar o terminar ese vínculo matrimonial.

En segundo lugar, se indicaba que, por ser las acciones de separación y divorcio actos estrechamente relacionados con el individuo, no se podía reconocer esa legitimación al tutor. Así se deduce de los arts. 707 c.p.c., 4 de la *legge sul divorzio*, 898 del 1970, y 150 CC it., los cuales establecen que los cónyuges deben comparecer personalmente ante el Presidente del Tribunal para evitar que la demanda pierda sus efectos⁴¹, y que el derecho a pedir la separación o el divorcio⁴² corresponde únicamente a los cónyuges⁴³.

Otro sector de la doctrina ha contestado a estas observaciones con los siguientes argumentos: en primer lugar, el art. 4 Ley 898/1970 establece que, cuando uno de los cónyuges no pueda comparecer ante el Juez por “graves razones”, dicha comparecencia no será obligatoria⁴⁴ y las partes podrán ser representadas⁴⁵. En segundo lugar, la demanda de separación y divorcio está más cerca de los negocios de carácter familiar, donde se permite el uso de instrumentos de representación⁴⁶.

agire in giudizio per la domanda di divorzio, escludendola in ragione della natura personalissima dell'azione". Sobre la posición del sistema jurídico español en relación a la tutela, LISELLA (1985, pp. 771 y ss.).

⁴¹MANDRIOLI (2011, pp. 198 y 216); CARNELUTTI (1952, p. 60) y NARDELLI (2009, p. 2110 y n. 16).

⁴²Para BIANCA (2001, p. 176), en la parte donde dice que “dato il carattere personale dell'azione si ritiene che questa debba essere esercitata personalmente dal coniuge, non essendo ammissibile che la domanda venga proposta da un rappresentante legale o negoziale”.

⁴³BIANCO (2003, p. 488), donde, en relación al art. 150.3 CC. it., dice que una parte de la doctrina y de la jurisprudencia establece “che il diritto di chiedere la separazione giudiziale spetta esclusivamente ai coniugi, e l'uso del termine 'esclusivamente' ha indotto parte della dottrina a sottolineare il carattere personale della domanda ed a riconfermare l'indisponibilità dei diritti che vi sono implicati (Sul punto, MANDRIOLI [1962, p. 38] y Cipriani [1970, p. 82]), mentre la giurisprudenza ha stabilito che nel giudizio di separazione (ma anche di divorzio) la qualità di parte spetta esclusivamente ai coniugi e non può essere riconosciuta ai parenti di questi neppure al limitato fine di tutelare gli interessi dei figli minori (così Cass. 17 gennaio 1996, n. 364, in *Studium Juris*, 1996, 743)”. Sul punto anche ZANETTI VITALI (2006, p. 42); FINOCCHIARO y FINOCCHIARO (1984, p. 450). En jurisprudencia, Cass., 17 gennaio 1996, n. 364, en *Fam. e diritto*, 1996, p. 226 e ss. con nota di VENCHIARUTTI (1996, p. 743). También, FINOCCHIARO (2005, p. 1365); GRASSETTI (1993, p. 678), para quien el término “exclusivamente” resulta “superfluo” perché “*mai si era dubitato che il diritto di chiedere la separazione spettasse ai coniugi, appunto, in via esclusiva*”.

⁴⁴ZATTI, (1982, p. 189); BIANCO (2003, p. 489) y DI IASI (2002, pp. 1416-1417).

⁴⁵FINOCCHIARO (1993, p. 347), donde observa que “nel caso dell'interdetto la previsione che le parti compaiano senza assistenza dei difensori non impedisce che l'incapace compaia assistito dal tutore”.

⁴⁶ZATTI (1982, p. 192) opina que la demanda para la separación y el divorcio se tendría que considerar un acto específico del cuidado de la persona, utilizando el término “cura de la persona”. Por eso cree que no hay problemas para legitimar al tutor a ejercitar la acción de separación en lugar del sujeto. Sobre esto tema, también, FINOCCHIARO (2005, p. 1370). En este sentido, la doctrina española distingue entre actos muy personales de los que

En virtud de estas razones se produjo un cambio de posición, tanto en la doctrina⁴⁷ como en la jurisprudencia, que culminó con el pronunciamiento de la *Corte de Cassazione*, n. 9582/2000⁴⁸.

está prohibido usar cualquier representación y actos de contenido personal (como los actos que requieren la intervención médica) para los que se admite el uso de instrumentos de representación. LÓPEZ FRÍAS (1999, pp. 296 y 299) señala que “hay derechos de contenido ‘personal’ respecto de los cuales no cabe sustitución propia, a menos que el sujeto carezca totalmente de capacidad natural y sea la actuación objetivamente beneficiosa o la pasividad caramente desaconsejable”. Sobre el tema, también, GORDILLO CAÑAS (1990, p. 206), para quién hay actos en los cuales no es necesario plantearse exigencias de capacidad, como, por ejemplo, los de donaciones puras y simples, constituciones de usufructos o rentas vitalicias.

⁴⁷ Sobre la necesidad de utilizar la institución de la representación voluntaria, ZATTI (1982, pp. 190, 192, 193 y 194), según el cuál el procurador especial tiene que operar como “nuncius” y por eso, “se posto di fronte a elementi non previsti o a una reazione diversa dalla semplice accettazione delle prospettive del mandante, dovrebbe consultare il rappresentato”; FINOCCHIARIO (2005, p. 1367), donde observa que “il comma 3 dell’art. 150, nella parte in cui stabilisce che il diritto di chiedere la separazione giudiziale o l’omologazione di quella consensuale spetta esclusivamente ai coniugi, non esclude che la domanda possa essere proposta per mezzo di procuratore speciale, sempre che sia indicato l’ambito di volontà che si intende far valere attraverso detto procuratore speciale(...)”. BIANCO (2003, p. 488), donde se dice que “il riconoscimento di legittimazione in capo ai coniugi comporta che questi possano delegarla a terzi secondo gli ordinari principi del diritto, e dunque che sia consentito loro conferire un mandato di rappresentanza processuale volontaria sebbene tale possibilità non venga unitariamente riconosciuta dalla dottrina che sul punto appare divisa”. El autor observa que una parte de la doctrina (BARCHI, 1992, p. 4) no cree que sea posible legitimar al tutor a ejercitar la acción de separación y de divorcio a través de una representación voluntaria; por el contrario, otra parte de la doctrina, (AZZOLINA, 1966, p. 51) y de la jurisprudencia (App. Firenze, de 20 de febrero de 1991, en *Dir., fam.*, 1992, 642) opina que sí. Sobre esta cuestión, BIANCO (2003, p. 488), quien dice que una parte de la doctrina admite que “la partecipazione al giudizio della parte rappresentata tramite un procuratore volontario speciale qualora sussistano alcune precauzioni formali, prima fra tutte quella che pretende una procura specifica e che non copra le attività che la legge demanda alla parte personalmente”; si veda anche ZANETTI VITALI (2006, p. 49); FINOCCHIARIO (2003, p. 346). *El autor, haciendo referencia a la orientación jurisprudencial* (Cass., de 11 de noviembre de 1981, núm. 5973, en *Foro, it., Rep.*, voce Separazione di coniugi, n. 37) observa que el término “exclusivamente” no quiere excluir la posibilidad de dejar al tutor un poder de representación voluntaria si se limita el alcance de operatividad de ese poder.

En la jurisprudencia, también, Cass., de 11 de noviembre de 1981, núm. 5973 -Pres. Marchetti- Rel. Santosuosso-P.M. Cantagalli, en LOIACONO, *Il diritto di famiglia e delle persone* (Dir.), 1982, p. 437, donde, en confirmación de la precedente orientación (sentencia de la Cass., de 22 de junio de 1951, núm. 1666, en *Giur. it.*, 1952, p. 208 y ss.), se observa que “se nei rapporti attinenti allo status delle persone, non è ammissibile la procura generale ad negotia, può tuttavia aversi nei giudizi di separazione personale la rappresentanza volontaria ove essa sia conferita con procura speciale. La norma dell’ultimo comma dell’art. 150 c.c. resa ancora più rigorosa nella formula del testo novellato nel 1975, riguarda la ‘spettanza’ cioè la titolarità del diritto (sostanziale) di chiedere la separazione personale, ma non esclude che la volontà dei coniugi possa essere espressa per mezzo di un rappresentante specificamente nominato per manifestare detta volontà”. En dicha sentencia se pone de relieve cómo el representante legal tendrá que operar como “nuncius”, manifestando la voluntad del sujeto, sin participar en la formación de la misma; DOGLIOTTI (2007, p. 562), dice que “la legge sul divorzio sembra ammetterla e (...) la sua disciplina processuale, ai sensi dell’art. 23, l. 6.3.1987, n. 74, è estendibile, in quanto compatibile, alla separazione”. En la jurisprudencia, TRIB. PINEROLO, de 9 de noviembre de 2004, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I. En ese caso, el Tribunal dictó que la protagonista de la historia fue capaz de manifestar una voluntad consciente tal que pudo dejar a su *amministratore di sostegno* el poder de ejercitar la acción de separación. Sobre el tema, se veía también SCACCHETTI (2011, p. 232).

Dicha Corte reconoció la legitimación del representante legal para ejercitar la acción de separación en lugar del sujeto⁴⁹, dejándole así la posibilidad de defenderse del comportamiento culpable del otro cónyuge⁵⁰ y sometiendo al Juez la valoración de la intolerabilidad de la cohabitación.

Para ser más precisos, se pone a la luz que la Corte di Cassazione no ha admitido que sea directamente el tutor quien ejercite esa acción, sino un curador especial para evitar la situación de conflicto de intereses que podría formarse entre el tutor y el sujeto. Sobre este tema, es necesario indicar que no siempre habrá esa situación de conflicto de intereses. De hecho, en la hipótesis en la cual el tutor no sea un familiar, se opina que la nómina de un curador especial no es necesaria.

A partir de estos argumentos, la Corte de Cassazione estudió la voluntad del sujeto, incapaz de manifestarla, a través del análisis de sus testigos, deseos, ideas expresadas y comportamientos

⁴⁸ Cass., sez. 1^a, de 21 de julio de 2000, núm. 9582, cit. La *Corte di Cassazione* había sido llamada a dictaminar sobre esto tema por el contraste entre la sentencia de primer grado (sentencia de 10 de noviembre de 1993 dictada por el Tribunal de Trieste y la sentencia de segundo grado de 7 de noviembre de 1997).

⁴⁹ En dicha sentencia 9582/2000 se señaló que “la regola stabilita per l’ipotesi in cui l’interdetto infermo di mente sia convenuto in un giudizio di divorzio, offre il modello applicabile per la ricorrenza della stessa ratio anche nel caso in cui l’interessato al divorzio assuma la veste di attore”. Sobre el tema, para tener también una visión constitucional, TRIB. DI ROMA, de 10 de marzo de 2009 cit.

En doctrina, DOGLIOTTI (1995, pp. 24 y 53) y BARBIERA (1997, p. 130). El autor precisa que ese derecho forma parte de las libertades fundamentales de la persona y por eso no se le puede negar. TRIB. DI ROMA, de 10 de marzo de 2009 (ord.)- Est. Olivieri en Giur. di Merito, 2009, con nota de NARDELLI (pp. 1098 y ss); PAGLIANI (2009, p. 377).

⁵⁰ Opina en ese sentido ZATTI (1982, p. 191). Cuanto dicho se aplica tanto en el caso de un sujeto beneficiario de la *interdizione*, como de la *amministrazione di sostegno*. Sobre la cuestión, TRIB. MODENA, de 26 de octubre de 2007, pres. Rovatti. Se observa que “liberarsi di una unione coniugale oramai insostenibile è atto che rientra con maggiore dignità nell’ambito della cura della persona ossia di salvaguardia della salute psico-fisica della stessa, e la legge certamente valorizza questi poteri in capo all’amministratore di sostegno”.

Recientemente, también, TRIBUNALE DI CAGLIARI, decreto de 10-15 de junio de 2010, con comentario de VIGANI, en *www.amministrazionedisostegno.com*, donde se dice que “deve allora concludersi che non sussistano impedimenti alla esternazione della indicata volontà presunta della beneficiaria(...) da parte dell’amministratrice di sostegno(...) mediante proposizione del ricorso giudiziale o congiunto volto ad ottenere la pronuncia della separazione personale della prima dal proprio coniuge(...)”; Si veda anche TRIB. DI ROMA, de 10 de marzo de 2009 (ord.)- Est. Olivieri, cit., p. 2114, donde se dice que “se addirittura nel caso di interdizione si è giunti ad ammettere la possibilità, per il soggetto debole di agire in giudizio al fine di ottenere la separazione, ovvero il divorzio, non vi è dubbio che a maggior ragione nel caso della amministrazione di sostegno si debba pervenire ad analoga conclusione”.

En doctrina, BALESTRA (2005, p. 664), según el cuál “se si considera l’art. 4, 5° comma, L. 898/1970 (...) si potrebbe essere indotti a sostenere che, in casi particolari, il giudice tutelare possa preveder la legittimazione ad agire dell’amministratore di sostegno. In questa prospettiva sembra difficilmente giustificabile l’opinione secondo cui il giudice tutelare, qualora accerti una incapacità in ordine alla gestione di tali rapporti, dovrebbe espressamente vietare al beneficiario la proposizione della domanda di separazione o di divorzio ovvero la prestazione di consenso alla separazione consensuale”. Sobre ese tema, hablando de “rappresentanza esclusiva dell’amministratore di sostegno”, PAGLIANI (2009, p. 382).

previos a encontrarse en esa condición. A través de ese proceso, los jueces han llegado a reconstruir la voluntad del sujeto y a entender que si hubiese sido capaz de hacerlo, aquella hubiese sido la de divorciarse. Por ello, han legitimado al representante legal a ejercitar la acción de separación o de divorcio en lugar del sujeto incapaz.

4. Conclusiones

A pesar del hecho de que el ordenamiento jurídico español, respecto al ordenamiento jurídico italiano, está caracterizado por un sistema de protección para las personas que no son capaces de auto gobernarse por sí mismas más flexible, dependiendo del grado de incapacidad del sujeto, ambos ordenamientos están de acuerdo en reconocer los derechos inviolables, como el de separarse o divorciarse, también a la persona que no está en pleno uso de sus facultades mentales a través del criterio de reconstrucción de su voluntad.

De acuerdo con ese criterio, el sujeto incapaz podrá separarse o divorciarse de su cónyuge por mediación de su tutor. Este último tenderá a reconstruir la voluntad presunta del sujeto, incapaz de manifestarla, a través de los deseos y comportamientos expresados cuando podía manifestarlos, e intentará persuadir al juez de que, si hoy fuera capaz de manifestar su voluntad, manifestaría exactamente la voluntad “presunta” y comprobada por el tutor, el cual operará como un particular tipo de “nuncius”.

5. *Tabla de jurisprudencia citada***Jurisprudencia Extranjera**

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Cass., sez. 1ª, 22.6.1951, n. 1666	Giur. it., 1952, p. 208 y ss.	
Cass., 11.11.1981, n. 5973	Dir. famiglia 1982, Iº, p. 437 y ss.	
App. Firenze, 20.2.1991	Dir., fam., 1992, p. 633 y ss.	
Cass., sez. I, 21.7.2000, n. 9582	Giur. Civ., 2001, I, p. 2751 y ss.	Presidente G. Olla
Trib. Pinerolo, decr. 9.11.2004	Nuova giur. civ. comm., 2005, I, p. 2	Giug. Tutelare; Dott. Eleonora <u>Montserrat Pappalettere</u>
Trib. Modena, 26.10.2007	www.personaedanno.it	Presidente: dott. Alberto Rovatti
Trib. Roma, 10.3.2009	Giur. di Merito, 2009, p. 2098 y ss.	Est. Olivieri
Tribunale Cagliari, 10-15.6.2010	www.amministrazionedisostegno.com	Presidente: D Dott.ssa Maria <u>Muria</u>

Tribunal Supremo

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
TS, 26.5.1982	RJ 1982\2600	Manuel García Miguel
TS, 22.7.1993	RJ 1993\6277	Gumersindo Burgos Pérez de Andrade
TS, 16.9.1999	RJ 1999\6938	Xavier O'Callaghan Muñoz
TS, 11.6.2004	RJ 2004\4428	Xavier O'Callaghan Muñoz
TS, 14.7.2004	RJ 2004\5204	Pedro González Poveda
TS, 21.9.2011	RJ 2011\6575	Encarnación Roca Trías

Tribunal Constitucional

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
TC, 18.12.2000	RTC 2000\311	Vicente Conde Martín de Hijas

Audiencia Provincial

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
AP Asturias, Secc. 6ª, 23.2.1998	AC 1998\248	José Manuel Barral Díaz

6. Bibliografía

Zaskun LASTUEY ARGUIBIDE (2011), "Acción de divorcio realizada por tutores de mujer en coma", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, Pamplona, en www.westlaw.es.

José Luis ALBÁCAR LÓPEZ (1993), *Código Civil: doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid.

Manuel ALBALADEJO (2008), *Curso de Derecho Civil, Derecho civil 1º*, Bosch, Barcelona.

Natalia ALVAREZ LATA (2006), "De la incapacitación, artículo 199", Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), en *Comentarios al Código Civil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

Francesco ANELLI (2005), "Il nuovo sistema di protezione delle persone prive di autonomia", *Jus*, Ed. Variano, Milano.

Marco AVAGLIANO (2005), "Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata", *Notariato*, 4, Ipsoa, Milano, pp. 393-400.

Umberto AZZOLINA (1966), *La separazione personale dei coniugi*, Vol. 3º, Utet, Torino.

Luigi BALESTRA (2005), "Gli atti personalissimi del beneficiario dell' amministrazione di sostegno", *Famiglia*, Utet, Torino, pp. 659-671.

Lelio BARBIERA (1997), *Separazione e divorzio: fattispecie, disciplina processuale, effetti patrimoniali*, Zanichelli, Bologna.

Rosanna BARCHI (1992), "Separazione personale dei coniugi (Diritto processuale civile)", *Enc. giur. Treccani*, Vol. 28º, Roma, pp. 3-98.

Cesare Massimo BIANCA (2001), *La famiglia, le successioni*, Vol. 2º, Giuffrè, Milano.

Rosanna BIANCO (2003), "Il procedimento di separazione e di divorzio", Gilda FERRANDO (Dir.), *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, I, Utet, Torino.

Giovanni BONILINI (2007), "La capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno", Giovanni BONILINI y Augusto CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Cedam, Padova.

Francesco CARNELUTTI (1952), "Rappresentanza volontaria in processo di separazione personale?", *Riv. Dir. Proc.*, II, Giuffrè, Milano, pp. 60 y ss.

Paolo CENDON y Rita ROSSI (2009), "Ambito applicativo delle diverse misure di protezione", Paolo CENDON (Coord.), *Amministrazione di sostegno, motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, T. I, Utet, Torino.

Federico DE CASTRO y BRAVO (2008), *Derecho Civil de España*, Vol. 2º, Aranzadi, Madrid.

Camilla DI IASI (2002), "Procedimento di separazione e divorzio", Paolo ZATTI (Dir.), *Trattato di diritto di Famiglia*, Vol. 1º, núm. 2, Giuffrè, Milano.

Massimo DOGLIOTTI (1995), *Separazione e divorzio*, 2ª ed., Utet, Torino.

--- (2007), "La separazione giudiziale", Giovanni BONILINI y Giovanni CATTANEO (Dir.), *Il diritto di famiglia, I- Famiglia e matrimonio-*, Utet, Torino.

Gilda FERRANDO (2007), *Il nuovo diritto di famiglia (diretto da)*, Vol. 1º, Zanichelli, Bologna.

Josep FERRER RIBA (2011), "Protection against incapacity and private autonomy", Spanish law, en: KROPPEBERG *et al.*, *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*.

Alfio FINOCCHIARO y Mario FINOCCHIARIO (1984), *Diritto di famiglia*, Vol. 1º, Giuffrè, Milano.

Francesco FINOCCHIARO (1993), "sub art. 85", GALGANO (Coord.), *Commentario al Codice Civile*, T. II, Zanichelli.

Alfio FINOCCHIARO (2005), *Delle persone e della famiglia*, T. III, Giuffrè, Milano.

María DEL CARMEN GETE-ALONSO (1992), *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Civitas, Madrid.

Jacinto GIL RODRÍGUEZ (1991), "Comentarios a los artículos 215 a 217", Rodrigo PAZ-ARES RODRÍGUEZ, *Comentarios al Código civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.

Antonio GORDILLO CAÑAS (1986), *Capacidad, incapacidad y estabilidad en los contratos*, Tecnos, Madrid.

--- (1990), *Ley. Principios generales y Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid.

C. GRASSETTI (1993), "Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi", Giorgio CIAN *et al.*, *Commentario al diritto italiano della famiglia* (Dir.), VI, I, Cedam, Padova.

Maria Jesús LÓPEZ FRÍAS (1999), "El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos de mentes", *RDP*, núm. 4.

José LUIS LACRUZ BERDEJO (2008), *Elementos de derecho civil, Familia*, Vol. 4º, Madrid.

Gaspere LISELLA (1985), "Fondamento e limiti dell'incapacitacion nel diritto spagnolo", *Rass. dir. civ.*, II.

Crisanto MANDRIOLI (1962), *Il procedimento di separazione consensuale*, Giappichelli, Torino.

Franco CIPRIANI (1970), *I provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole*, Napoli.

Crisanto MANDRIOLI (2011), *Corso di diritto processuale civile, III*, Giappichelli, Torino.

Leonardo MILONE (2005), "Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni", Salvatore PATTI, *L'amministrazione di sostegno*, (Coord.), Quaderni di Famiglia.

Michele NARDELLI (2009) "Il giudice e gli atti personalissimi dei soggetti deboli, tra riforme incomplete e decisioni necessarie", *Giur. di Merito*, 9, pp. 2098 y ss.

Giuseppe PAGLIANI (2009), "Disposizioni applicabili all'amministrazione", Roberto MASONI, *L'amministrazione di sostegno*, (Coord.), Maggioli.

Rodríguez PAZ-ARES (1993), *Comentario del Código Civil*, Tecnos, Madrid.

Renato PESCARA (2003), "Lo statuto privatistico dei disabili psichici tra obiettivi di salvaguardia e modello dell'incapacità legale", *Tratt. Rescigno*, III, Utet, Torino.

Antonio GULLON, LUIS DIEZ-PICAZO (2003), *Sistema de Derecho civil*, Tecnos, Madrid.

José PUIG BRUTAU (1991), *Compendio de derecho civil*, Vol. 4º, Bosch, Barcelona.

Umberto ROMA (2004), "L'amministrazione di sostegno, i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione", *Nuove leggi civili comm.*, pp. 993-1038.

MARIA GRAZIA SCACCHETTI (2011), "La separazione e il divorzio del beneficiario di amministrazione di sostegno", *Bioetica*, 2, pp. 228-243.

Jose ANTONIO - Rodriguez SEOANE (1999), "La persona, el retraso mental y el derecho", José ANTONIO SEOANE, *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, La Coruña, Fundación Paideia.

Hugo TORRANO GARCÍA (2000), *Civ-Mercantil*, num. 21/2000 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, en www.westlaw.es (última visita 14 de junio de 2012).

Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZALEZ (2011), "Derecho de familia y derecho de la familia. La relación jurídico-familiar. El matrimonio y su celebración", Mariano YZQUIERDO TOLSADA - Matilde CUENA CASAS, *Tratado de Derecho de familia*, Vol. 6º, Aranzadi, Pamplona.

Emidia ZANETTI VITALI (2006), "sub. art. 150 c.c. La separazione personale dei coniugi", SCHLESINGER, *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano.

Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (2011), *Derecho de la familia y de la persona*, T. II, Bosch.

Paolo ZATTI (1982), "I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi",
Pietro RESCIGNO (Dir.), *Trattato di diritto civile*, III, Utet, Torino.