

# ¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones? Bettencourt, Sordi, di Stéfano

## *Guardianship? Eventual support for the decision-making process? Case study of Ms. Bettencourt, Mr. Sordi, Mr. di Stéfano*

por

IGNACIO SERRANO GARCÍA  
*Catedrático de Derecho civil*

**RESUMEN:** La cuestión que se aborda en esta nota parte de los intentos de trasposición de la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, en los que, al socaire de la afirmación que en él se contiene de que todos tenemos la misma capacidad, se intenta eliminar la tutela, y la consiguiente representación legal que ostenta el tutor para sustituirlo por un sistema de apoyo para la toma de decisiones. El trabajo trata tres casos: el de Liliane Bettencourt, el de Aurelia Sordi y el de Alfredo di Stéfano, en los que la senilidad situó a las tres personas en algo grado de vulnerabilidad, siendo susceptibles de abuso por parte de personas cercanas. Se sostiene que en estos casos y en otros semejantes que no comento, sigue siendo la tutela un útil instrumento de protección. Junto a ello se hacen consideraciones sobre la ausencia de libertad en la emisión del consentimiento contractual por estas personas con las consiguientes nulidades o anulabilidades de los negocios que concluyan.

**ABSTRACT:** *The question addressed in this Study attempts transposing the UN Convention on Rights of Persons with Disabilities, in which, on the occasion of the statement that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life. There is an intention of removing the concept of Guardianship itself, and therefore, the legal representation held by the Guardian, to be replaced instead by a support-based system in the decision-making process. This study analyzes three illustrative cases: Liliane Bettencourt's one, Aurelia Sordi's one, and Alfredo di Stefano's case. In the three of them, Senility put the three of these individuals in a significant degree of vulnerability; and therefore, becoming subjects of abuse by their trusted nearby people. It is herein argued that in all these cases and some others alike that will not be commented in this study, Guardianship still remains as a very useful legal tool for Protection. Alongside with it, some other considerations are also made regarding these people's lack of freedom at the time of giving contractual consent in favour of others; and by doing so, the subsequent nullity or voidability in respect of possible further businesses that may be taken by the trusted individuals.*

**PALABRAS CLAVE.** Tutela: Apoyos para la toma de decisiones. Representación. Senilidad.

**KEY WORDS:** *Guardianship. Decision-making Support. Legal Representation. Senility*

**SUMARIO:** PLANTEAMIENTO.—I. LILIANE BETTENCOURT, AURELIA SORDI Y ALFREDO DI STEFANO.—II. LA TUTELA IMPLICA REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA EN LA TOMA DE DECISIONES.—III. EL BUEN EJERCICIO DE LA TUTELA.—IV. LILIANE BETTENCOURT.—V. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS.—VI. AURELIA SORDI.—VII. ALFREDO DI STÉFANO.—VIII. REPRESENTACIÓN FRENTE A APOYO PARA LA TOMA DE DECISIONES.

## PLANTEAMIENTO

Hace algunos meses, el Real Patronato sobre Discapacidad hizo pública una «Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad»<sup>1</sup>. Es una propuesta ambiciosa aunque sus soluciones me parecen polémicas. El procedimiento, que pasa a llamarse «de provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad para garantizar el

pleno ejercicio de su capacidad» se sustanciaría, de seguir adelante el procedimiento, por los trámites de la jurisdicción voluntaria<sup>2</sup>. Después de la tramitación que difiere poco de la actual, «deberá el Juez establecer el programa o repertorio de apoyos individualizados que la situación y necesidades de la persona con discapacidad precisase». La tramitación propuesta continúa señalando que «la resolución que así los establezca deberá considerar: 1. Que la finalidad sea la de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad. 2. La obligatoriedad de los apoyos, su extensión y límites así como el régimen de funcionamiento y aplicación y medidas complementarias en su caso. 3. Que se garantice que en la aplicación de tales apoyos se tenga en cuenta en todo momento la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad hasta donde esta pueda expresarla, poniendo todos los medios para llegar a conocerlas, así como que no existan conflicto de intereses ni influencia indebida. Para ello y según cada situación, el Tribunal arbitrará los medios técnicos de comunicación alternativa y de ajuste razonable que considere convenientes... 4. Establecer las medidas de control y adecuación de los apoyos previstos, entre ellos la obligación de comunicar periódicamente al órgano judicial la forma en que se están aplicando tales apoyos, su adecuación a las necesidades para las que han sido establecidos, y sus incidencias para que pueda procederse a su ajuste o modificación. 5. Calendario de aplicación de los apoyos, con determinación de la caducidad de los mismos, y de las fechas en que será precisa su revisión».

Estas previsiones procesales, posiblemente no enmascaren sino un cambio de terminología, tan frecuente en este mundo de las capacidades y discapacidades de las personas. Más polémica me parece la propuesta de modificación del artículo 199 del Código Civil que dice: «Todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica y de obrar en condiciones de igualdad con las demás en todos los aspectos de la vida. / Con el fin de proteger los intereses concretos, las necesidades o el pleno ejercicio de los derechos de una persona, respecto de su persona o bienes, se podrán establecer medidas de apoyo a la toma de decisiones que garanticen la validez de sus actos jurídicos y su derecho de autonomía».

Ciertamente el proyecto no hace sino trasponer al Código Civil lo previsto en el artículo 12 de la Convención de la ONU de 2006. Siempre me ha parecido que hablar en general de las personas con discapacidad, sin hacer distinción entre las diferentes discapacidades, no es realista. Entre las personas con discapacidad se encuentran tanto el manco o el cojo, como el sordo o ciego, pero también el mayor demenciado, el enfermo mental o el que padece una discapacidad intelectual (y cada una de las situaciones con la particularidad de tener diversa intensidad). Dar la misma solución a situaciones tan dispares no es realista, y para ello voy a tratar de exponer tres casos relevantes, cada uno de ellos en un país con su propio ordenamiento jurídico. Porque las instituciones que se denominan tradicionalmente de guarda y protección están tan apegadas a la realidad de las situaciones, que no me parece adecuado prescindir de ellas

en aras a un pretendido «derecho a la discapacidad». Y no se trata de negar el derecho a ser diferente, sino de apoyar a personas afectadas de una discapacidad *incapacitante*, apoyo que debe incluir la posibilidad del sometimiento a tutela. Hay que considerar, entiendo, que una cosa es proclamar la igualdad de derechos y otra distinta es afirmar que todos tienen la misma capacidad.

No obstante, y volviendo al trabajo que propone la modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil y, para ser honesto, tengo que hacer referencia a un precepto que se encuentra dentro del Capítulo IV que se titula «Del apoyo intenso». Dentro de él, el artículo 225 dispone que «cuando sea estrictamente necesario para proteger los intereses de la persona que no pueda ejercer su capacidad jurídica mediante otro tipo de apoyos, la autoridad judicial establecerá en interés de aquella, un apoyo intenso que determinará su representación. La persona física o jurídica designada por el juez para prestar este apoyo representará los intereses de la persona asistida en los supuestos concretos que determine la resolución judicial que lo establezca. La resolución judicial deberá precisar los términos en los que se llevará a cabo la representación, adoptando las salvaguardas que estime precisas para garantizar que tal desempeño no suponga la suplantación de la voluntad de la persona, le cause perjuicio, o sea condicionado mediante influencia indebida. / Este apoyo intenso deberá ser excepcional y preferiblemente respecto de actos o negocios jurídicos concretos y puntuales. / Para los actos y derechos personalísimos será necesaria resolución independiente y específica».

En consecuencia de lo anteriormente señalado, el artículo 1263 se propone con la siguiente redacción: «1. Los menores de edad no emancipados no podrán prestar consentimiento. 2. Las personas con discapacidad lo prestarán a través del programa de apoyos que se haya establecido a tenor de lo establecido en los artículos 202 y siguientes. 3. En ambos casos habrá de respetarse su respectivo derecho de audiencia»<sup>3</sup>.

Bien se advierte que en los momentos presentes se está demonizando la incapacidad y la tutela porque se dice que todos tenemos la misma capacidad jurídica (entendida en un especial sentido incluyente de la capacidad jurídica y de obrar) y, en consecuencia de ello, las personas no pueden ser declaradas incapaces (*todos* tenemos la misma capacidad) y la tutela es instrumento de sustitución de una capacidad que es igual para todos, por lo que hay que eliminarla de nuestro ordenamiento, para sustituirla por el establecimiento de planes personalizados de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad<sup>4</sup>. A esta argumentación se añade el llamado «derecho a la propia discapacidad», porque el problema de los afectados por una discapacidad es social: es la sociedad la que, con sus obstáculos, impide el desarrollo completo de la persona en su concreta situación. La atención debe ponerse, por tanto, en la sociedad y no en la persona; lo que debe cambiarse es la sociedad<sup>5</sup>. Yo tengo la personal impresión de que la Convención de la ONU de 2006 está pensando en las discapacidades físicas y sensoriales y de la actitud de todos los países del mundo acerca de las

mismas; pero no se tiene en cuenta con la debida consideración la discapacidad intelectual y/o del desarrollo<sup>6</sup>.

El 9 de octubre del año de 2013, el Sr. Nils MUIZÑIEKS (Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa) emite un informe<sup>7</sup> sobre la situación de las personas con discapacidad en España (entre otros temas) y la aplicación del Convenio de la ONU de 2006 sobre derechos de las personas con discapacidad y en él se detiene en el asunto de la capacidad jurídica, señalando en dos números lo siguiente:

«82. Al Comisario le preocupa que, a pesar de las mejoras realizadas en 2011, no se considere de manera adecuada el consentimiento de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial en los procedimientos judiciales relativos a su capacidad jurídica. La legislación vigente, que se basa en el principio de la toma de decisión sustituida (en lugar de apoyada) y la tutela, no cumple los requisitos del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En efecto, el grado en que se priva a una persona con discapacidad de su capacidad jurídica viene determinado por una decisión judicial.

83. El Comisario entiende que las decisiones judiciales infundadas<sup>8</sup> por las que se priva a una persona con discapacidad de su capacidad jurídica obedecen fundamentalmente a prejuicios generalizados y a una falta de información adecuada tanto sobre su discapacidad intelectual o psicosocial como sobre los derechos de las personas con estas formas de discapacidad. No obstante, la inexistencia de servicios comunitarios y de apoyo también pueden explicar que la Administración y los tribunales tengan dificultades para aceptar las opiniones expresadas por personas que sufren ciertas formas de discapacidad intelectual o psicosocial, ya que estas últimas suelen requerir apoyo para poder expresar su consentimiento y opiniones»<sup>9</sup>.

El planteamiento general tan sucintamente expuesto y, a mi entender, equivocado, me lleva a recapacitar sobre tres supuestos que han tenido una gran relevancia mediática en los últimos años, en los que se advierte la necesidad de una representación legal para determinadas personas que están aquejadas de discapacidad, que en los supuestos que quiero referir, se concretan en senilidad, con la consiguiente debilidad del ánimo y de la aptitud para decidir.

Los casos en los que voy a fijarme son de tres países: Francia, Italia y España, con la finalidad de determinar que en países con una cultura jurídica común existen situaciones personales en las que un sujeto necesita protección<sup>10</sup>. No hablo de sustitución de la capacidad, sino de protección<sup>11</sup> de la persona para evitar abusos.

Son supuestos que se incluyen dentro de una categoría ampliamente descrita en la literatura especializada y que se conocen en expresión inglesa con las palabras *elder abuse*<sup>12</sup>. En los medios se han aireado las situaciones que aparecen como necesitadas de protección (la salvaguarda de que habla el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas, debe traducirse al español como protección).

## I. LILIANE BETTENCOURT, AURELIA SORDI Y ALFREDO DI STEFANO.

El primer caso es muy complejo, tanto como la enorme fortuna de la Sra. Bettencourt y el entramado de entidades encargadas de gestionar la fortuna de una de las personas más ricas del mundo. Durante casi veinte años, Liliane Bettencourt sufrió la influencia de diversas personas entre las cuales la más destacada es un fotógrafo llamado François-Marie Banier, que se benefició de donaciones millonarias en euros (regalo de cuadros, contratación de pólizas de seguros a favor del tal Banier) y otros negocios que beneficiaban al fotógrafo y minoraban las expectativas de heredar a la única hija de la dueña de L'Oreal. En mayo de 2015 se ha hecho pública la sentencia por la que se condena a François-Marie Banier a tres años de prisión, 350.000 euros de multa y a indemnizar a Liliane Bettencourt con 158 millones de euros. No ha sido el único condenado, puesto que Patrice de Maistre, administrador que fue de la Sra. Bettencourt ha sido condenado a 30 meses de prisión y a la devolución de 12 millones de euros. Ha habido otros condenados, todos ellos por abusar de la debilidad mental de anciana millonaria (*abus de faiblesse*).

Hubo también implicaciones políticas por acusar a un ministro de Nicolás Sarkozy en su campaña política para las elecciones presidenciales de la República francesa<sup>13</sup>. El antiguo ministro Eirc Woerth, ha sido finalmente absuelto por un Tribunal de Burdeos que ha entendido del asunto, con el fin de desplazarlo de los tribunales de París.

De manera que en el *affaire Bettencourt* se mezclaban cuestiones puramente jurídicas, tanto civiles como penales (condición de legatario universal de un extraño en detrimento de la única hija y dos nietos) (las donaciones no podían ser atacadas por inoficiosidad dada la inmensa fortuna de la Sra. Bettencourt. Pero sí por haber sido obtenidas aprovechándose de la *faiblesse* de la señora), con otras políticas.

En el caso de Aurelia Sordi se trataba también de la captación de la voluntad de una anciana de 95 años, por parte de su chófer, que desviaba a su favor la fortuna que Aurelia había heredado de su hermano, el famoso actor Alberto Sordi<sup>14</sup>. Aquí no hay implicaciones políticas, sino simplemente abuso de la situación de senilidad en la que había caído la Sra. Sordi.

Y el tercer caso es el del conocido futbolista Alfredo di Stefano, de 86 años, con la memoria muy debilitada y la voluntad casi suprimida. El Sr. di Stefano manifestó que quería contraer matrimonio con una persona cincuenta años más joven que él, sospechando sus seis hijos que no había intenciones honestas en esa pretensión matrimonial. Se trataría, en la sospecha de los hijos, por parte de la *novia*, de una situación como la describe gráficamente el título del libro «Al patrimonio por el matrimonio»<sup>15</sup>.

Las Sras. Bettencourt y Sordi fueron sometidas, la primera a tutela y la segunda a la nueva figura italiana de *amministrazione di sostegno*. Y en relación

con Alfredo di Stefano se han adoptado medidas cautelares con administración del patrimonio encomendada a los hijos del futbolista. Una suerte de tutela real, previa y cautelar, antes de decidir si se le incapacita y somete a tutela, o si se le conserva la capacidad. Nada hay en este caso de la cuestión de la capacidad nupcial, que sigue en nuestro Derecho español, otros trámites distintos de los planteados por los hijos. Otra cosa hubiera sucedido en el Derecho francés en el que la boda tiene que ser autorizada por el tutor<sup>16</sup>.

Creo que se pueden sacar lecciones de estos casos y concluir que las conductas de las tres personas merecen, cuanto menos, la reflexión sobre su capacidad (de obrar o de ejercicio). Debe insistirse de nuevo que la incapacitación y la tutela no son medidas que conduzcan a la muerte civil de las personas afectadas —como a veces se dice—, sino instrumentos de protección personal y patrimonial y que un mínimo de patrimonio es indispensable para vivir dignamente.

Los autores de la Propuesta mencionada al comienzo deberían explicar la diferencia que hay entre una tutela y un apoyo intenso. En la esencia de la tutela se encuentra la representación, que está presente en el apoyo intenso, lo que nos reconduce a un asunto simplemente terminológico.

## II. LA TUTELA IMPLICA REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA EN LA TOMA DE DECISIONES

El título de este apartado refleja una idea muy extendida en los recientes trabajos acerca de las adaptaciones que se pretenden introducir en nuestra legislación. En el núcleo de este asunto se encuentra la Convención de las Naciones Unidas de sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006, suscrita por España en 2008<sup>17</sup>. En esta Convención hay un artículo 12 donde se dice:

«Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia

indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

El precepto reconoce la posibilidad de abusos y la necesidad de apoyos (núm. 3) y salvaguardias (núm. 4) para impedirlos. Por ello no se entiende bien la enemiga contra la tutela manifestada en varios estudios que se presentan como anteproyectos de ley de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia del procedimiento de incapacitación y del consiguiente sometimiento a tutela<sup>18</sup>. En el Informe mencionado en la nota 1, se prevé incluso la reforma del artículo 1263 del Código Civil con una propuesta de regulación que dice:

«No pueden prestar consentimiento:

1) Los menores no emancipados.

2) Las personas que se encuentran en una situación que les impide conformar o expresar su voluntad por cualquier medio.

Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para expresar su consentimiento en todos los ámbitos. El consentimiento otorgado por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan deberá considerarse plenamente válido. En todo caso, las autoridades o funcionarios públicos que puedan intervenir en los diferentes contratos deberán controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los artículos 215 y sigs. de este Código».

De nuevo se reconoce que hay personas que no son capaces de expresar una voluntad. Para estas personas, el apoyo tiene que ser muy intenso. Puede llamarse tutela (Código Civil español), con otros matices, asistencia (Código de Familia catalán), *amministrazione di sostegno* (Codice civile italiano), *saufgarde de justice* (Code civil français), o como se quiera, pero parece evidente que necesita una voluntad ajena que actúe en nombre y para la persona afectada o que asista a aquella que carece de aptitud de autogobierno, o como dice el Código Civil francés que no puede «pourvoir seule a ses intérêts» o que son «incapaci di provvedere ai propri interesse» como señala el Código Civil ita-



liano (la asistencia en caso de ausencia de voluntad es algo contradictorio; no se puede asistir a quien se encuentra en coma, por ejemplo<sup>19</sup>).

También parece que el control del efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo, sugiere las autorizaciones judiciales del actual 271 del Código Civil. Si bien las autorizaciones pueden ser propias y previas a través del llamado «mandato preventivo», o de la autotutela.

### III. EL BUEN EJERCICIO DE LA TUTELA

Los que argumentan en contra de la tutela señalan que la personalidad del tutelado es sustituida por la del tutor, de forma que este toma las decisiones sin tener en cuenta las *preferencias*<sup>20</sup>, y los deseos del tutelado. Entiendo que el argumento no es cierto. El tutor solo actúa en representación del tutelado, pero tiene que tener en cuenta las aspiraciones de la persona sometida a tutela. En un buen ejercicio tutelar, como el que propone el «Modelo de Tutela» de la Asociación Española de Fundaciones Tutelares<sup>21</sup> se señala que entre los objetivos del servicio de tutela están:

- Dar respuesta a las necesidades de la persona.
- Establecer seguimientos personalizados, directos e indirectos de calidad.
- Velar por su evolución en los servicios sociales o de otro tipo a los que asista, supervisando su prestación, recuperación, autonomía, inclusión social y calidad de vida.
- Acompañarla durante su desarrollo vital, proporcionándole los apoyos que precise en función de sus demandas e intereses y de su individualidad y necesidades evolutivas.
- Ejercer de administrador de sus bienes con total lealtad y transparencia.
- Representarla y apoyarla en todas las acciones, actividades, etc. que sea necesario (de acuerdo con su sentencia de modificación de la capacidad).
- Proteger y procurar los apoyos que precise para gobernarse personal e individualmente, favoreciendo su propia toma de decisiones y administración de sus recursos.
- Apoyarla en el ejercicio de sus derechos.

La administración de los bienes del sometido a tutela y la representación legal que ostenta el tutor, no quiere decir, de ninguna manera, que el tutor no tenga que tener en cuenta la voluntad del tutelado. Cosa distinta es que la voluntad del tutor sea la decisiva para la validez y eficacia del acto jurídico de que se trate.

Quiero insistir en algo que ya se ha indicado en nota y se trata de que en el propio Código Civil, el artículo 273, luego de los dos preceptos anteriores en los

que se señalan una serie numerosa de actos en los que el tutor tiene que recabar previa autorización judicial y otros en los que se requiere aprobación posterior, se dice que el Juez, antes de autorizar o aprobar lo que pretende hacer el tutor o que ya ha hecho, tiene que oír al tutelado<sup>22</sup>. Esta audiencia significa que el Juez, en una correcta supervisión de la tutela, podrá no autorizar aquellas actuaciones que quiera hacer el tutor, cuando el tutelado manifieste que no desea realizar ese acto. En todo caso, luego de la negativa del tutelado, el Juez, para autorizar o aprobar el acto de que se trate, tendrá que motivar su decisión contraria a los deseos del tutelado. La audiencia del tutelado, no es, en absoluto, habitual en la práctica judicial. Los jueces, al parecer, «no lo consideran oportuno».

Evidentemente no es lo mismo tomar decisiones respecto de la administración de los bienes de una persona que tiene solo una pensión no contributiva, que, como ocurre en el caso Bettencourt, llegar a un acuerdo con Nestlé, para que esta sociedad tome una participación en L'Oreal, o transmitir la nuda propiedad de acciones de L'Oreal, reservándose los derechos políticos, que son alguna de las operaciones que han aparecido en los medios y que han realizado los administradores en nombre de Liliane Bettencourt.

#### IV. LILIANE BETTENCOURT

El primero de los tres casos que quiero exponer es muy conocido. Se trata de la señora que controlaba la sociedad de cosméticos L'Oreal y un grupo amplio de empresas, lo que la convierte en la mujer más rica de Europa y una de las grandes fortunas del mundo. Se habla de 17.000 millones de euros (algo menos, 21.650 millones de dólares, según Forbes).

La Sra. Bettencourt, de 92 años, se ha visto envuelta en varios escándalos, de los que dos, al menos, son verdaderos escándalos y el otro es una lucha por el control del ingente patrimonio.

Conoció en 1987 a un fotógrafo, François-Marie Banier, el cual, según han dicho los Tribunales, captó su voluntad y recibió de Liliane Bettencourt cuantiosas donaciones en dinero, cuadros (Matisse, Picasso y otros grandes maestros), una isla en las Seychelles, en el Océano Índico (la isla de Arros<sup>23</sup>) e incluso llegó a sugestionar a la mujer para que llamara al Notario de su confianza y cambiar el testamento, instituyendo al tal Banier legatario universal, lo que con el sistema francés de legítimas suponía entre un 10 y un 20% de la fortuna de la señora. La hija de la millonaria acusó al fotógrafo del delito de abuso de debilidad (*abus de faiblesse*<sup>24</sup>).

La hija, alarmada y supongo que temerosa de *quedar mal* en la herencia de su madre, mandó al mayordomo de la suntuosa residencia de Bettencourt en Neuilly-sur-Seine, que grabara las conversaciones de su madre. Entabló un largo proceso para intentar una declaración judicial que sometiera a su madre

a tutela. Tuvo muchas complicaciones por la complicidad de algunos médicos que testificaban que Liliane Bettencourt estaba en su sano juicio y podía atender sola a sus intereses. Finalmente consiguió varios testimonios que manifestaron las diversas enfermedades que padecía su madre y fue sometida a tutela.

Las grabaciones revelaron no solo las donaciones que Liliane Bettencourt hizo a François-Marie Banier, sino también donaciones a un partido político, que presuntamente excedían de lo permitido. Las conversaciones grabadas ponían de relieve la posible entrega de 150.000 euros a la UMP, el partido de Nicolas Sarkozy, precisamente para colaborar en la campaña a la Presidencia de la República del señor Sarkozy.

Liliane Bettencourt, como puso de relieve el solicitado dictamen médico padecía una «demencia mixta» y el mal de Alzheimer en un «estado moderadamente severo», manifestando que la anciana tenía «problemas cognitivos evidentes con desorientación temporal, problemas de memoria, de razonamiento y elementos afásicos». Además no reconocía su estado.

Los doctores insisten tras el examen, en que la mujer más rica de Francia está afectada por «la enfermedad de Alzheimer en un estado moderadamente severo, con una posibilidad de participación vascular».

A pesar de su estado seguía manteniendo el control de la sociedad L'Oreal y del consorcio financiero que gestionaba su fortuna (Téthys) por medio de un poder que había otorgado a favor de Patrice de Maistre (podría haber dicho que había celebrado un *mandat de protection future*. Pero en el momento del poder no se había introducido en el Code Civil la figura).

Liliane tiene una única hija y dos nietos. La hija entabló un procedimiento de sometimiento a tutela, intentando también que se anularan las donaciones a Banier. Con este llegó a un acuerdo. Pero el procedimiento de delación de la tutela siguió su curso, salpicado de incidencias, ya que la Sra. Bettencourt afirmaba: «Soy muy consciente de haber regalado una parte de mi fortuna. Tengo los medios para ser libre de mis actos, todo lo que he regalado lo he hecho voluntariamente». Estas palabras aparecen en una entrevista de la anciana al diario 'Le Monde'.

No obstante estas afirmaciones, se estimó la falta de capacidad de Liliane Bettencourt y en consecuencia de ello se le sometió a tutela, distinguiendo entre tutela personal y real, recayendo la primera en uno de sus nietos y la segunda en la hija Françoise Meyers-Bettencourt.

No parece cuestionable que con las enfermedades que revelan los exámenes médicos, la Sra. en cuestión es persona con discapacidad. Manifiesta claramente su voluntad de realizar las donaciones que efectuó y había ordenado sus asuntos por medio de un poder que posibilitaba la administración de sus intereses patrimoniales. No obstante todo ello se le ha sometido a tutela.

El Tribunal de Burdeos, donde finalmente se ha visto el caso de abuso de debilidad, ha manifestado lo siguiente: «Le président du tribunal, Denis

Roucou, a insisté sur la “particulière vulnérabilité” de Liliane Bettencourt, 92 ans aujourd’hui». «Ceux des prévenus qui la fréquentaient régulièrement» ne pouvaient l’ignorer et «elle s’est retrouvée à la merci d’hommes en qui elle plaçait sa confiance», a-t-il déclaré».

La Sala de Burdeos ha dictado sentencia en el orden penal, condenando a François Marie Banier y a De Maistre, junto a otros, aunque el exministro de la UPM Eric Woerth ha quedado absuelto.

## V. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

Cualquier negocio jurídico, e incluso cualquier declaración de voluntad no negocial exige dos requisitos: uno interno que hace referencia a la formación de la voluntad y otro externo que exige la expresión de la voluntad internamente conformada (puede haber dolo del art. 1269; es posible que haya, en ocasiones, intimidación, art. 1267, o error). De esta forma cualquier declaración de voluntad con trascendencia jurídica exige la conformación de una libertad interna y la expresión de la misma. Se requiere que haya conformidad entre lo que se quiere y lo que se manifiesta querer. En el caso Bettencourt, las diferentes dolencias que le afectaban, pueden fundamentar que sus manifestaciones con trascendencia jurídica no sean eficaces por incapacidad natural o por captación de voluntad (la persona no dice lo que quiere él mismo, sino lo que quiere quien capta su voluntad). La persona declara lo que quiere, pero lo que quiere no ha sido decidido con libertad. Los franceses regulan el delito de *abus de faiblesse* (esto es, debilidad de espíritu). De esta forma las diferentes donaciones, los contratos de seguro de vida, y otros que Liliane Bettencourt hizo a favor de François-Marie Banier, e incluso el pretendido testamento en el que le nombraba legatario universal, serían nulos<sup>25</sup> por ausencia de libertad interna, aunque la voluntad manifestada sea la realmente querida por quien la hace, porque más bien es querida por quien capta su voluntad interna<sup>26</sup>.

En el caso de una persona sometida a tutela, se determina que nunca conforma correctamente su voluntad por razón de la afectación que padece. No significa de ninguna manera que el tutelado no tenga preferencias, deseos, aspiraciones..., sino que estas no son eficaces por una viciosa conformación de la voluntad interna. Los recientes documentos a propósito de la Convención, que he podido leer hablan, muchas veces, de deseos sin ninguna relevancia, como ir al cine, comprar cosas de escaso valor, y situaciones semejantes. Pero no se puede colocar en el mismo plano el deseo de ver una película en una sala de cine, con la donación de mil millones de euros, o de una isla en el Océano Índico, como tampoco lo es contratar un préstamo con garantía hipotecaria.

Ante este problema, se puede plantear si los actos del incapaz sometido a tutela son radicalmente nulos o si son meramente anulables. Las manifestaciones

concordes con una voluntad interna deficientemente conformada, generan en quien recibe esa declaración de voluntad una confianza que debe ser protegida y en consecuencia deberían ser anulables. Aunque también hay que pensar que quien recibe la declaración de voluntad puede conocer la deficiente voluntad de quien la expresa, porque el aspecto externo del sujeto revela su ausencia de autogobierno. En ese caso no debe ser protegido.

## VI. AURELIA SORDI

En el caso de la Sra. Sordi se trataba de una anciana de 95 años, hermana del famoso actor de cine, romano, Alberto Sordi que luego de una carrera de éxito, había fallecido en estado de soltería y sin descendencia, siendo heredera su hermana Aurelia. La herencia de *Albertone* la hizo titular de una fortuna de varias decenas de millones de euros.

El asunto de Aurelia Sordi comenzó con una denuncia por estafa contra tres personas: el chófer de la señora (Arturo Artadi), un abogado civilista (Francesca Piccolella) y un notario (Grabriele Sciumbata). Hubo, al parecer, una convivencia entre las tres personas indicadas. El abogado redactó el poder (*procura*, en terminología italiana) que se firmó en la notaría por virtud del cual el chófer tenía plena y exclusiva disposición sobre todas las cuentas y posiciones patrimoniales de Aurelia Sordi. El chófer era persona de mucha confianza de los hermanos Sordi, primero de Alberto y luego de Aurelia; les había atendido desde los dieciocho años cuando le trajeron de Perú. Arturo Artadi manejaba una cuenta para los gastos ordinarios de la casa, pero a consecuencia de un poder que le autorizaba a disponer de todas las cuentas, se pusieron en alerta los Bancos, en concreto un director de una sucursal, amigo de los hermanos Sordi.

Fueron, por tanto, los responsables del Banco, quienes sospecharon de un poder tan amplio y solicitaron de Abbamonte (Ministerio Público), que se examinara a Aurelia y se estableciera su capacidad intelectual y de autogobierno. El resultado del examen médico realizado inicialmente por un neurólogo y corroborado más tarde por tres profesores universitarios, con asistencia de personas representantes de las partes implicadas, puso de relieve que Aurelia Sordi era persona incapaz que, entre otras deficiencias, desconocía el valor del dinero; el diagnóstico se efectuó con la asistencia del Fiscal, concluyendo que la firma del poder general en favor del chófer no era libre, por lo que se ordenó la extinción del poder; que la Sra. Sordi había sido estafada (*raggirata*). Se determinó asimismo que la captación engañosa de la voluntad se había producido también en el pasado.

Eugenio Abbamonte, fiscal, solicitó del tribunal la incapacitación de Aurelia Sordi por ausencia de la capacidad de entender y de querer.

Una de las pruebas determinantes fue la de que antes de las maquinaciones sobre Aurelia Sordi, esta había testado, sin dejar nada a sus sirvientes. Y doce meses más tarde fueron beneficiarios de varias donaciones por valor de dos millones y medio de euros. Poco más tarde el chófer se encuentra apoderado para la gestión de todo el patrimonio.

La fiscal Loy ha pedido un *amministratore di sostegno* para Aurelia Sordi. Con posterioridad a todos estos acontecimientos, Aurelia Sordi ha fallecido siendo su heredera universal la Fundación «Museo Alberto Sordi». El chófer durante tantos años se lamenta de que le hayan apartado del cuidado de la señora con la que se sentía muy unido y a la que consideraba una madre, atendiendo no solo el cuidado material, sino también cuidándose del tratamiento médico que requería el estado de salud de la casi centenaria Sra. Sordi.

## VII. ALFREDO DI STÉFANO.

El tercer ejemplo es del famoso futbolista nacionalizado español, argentino de nacimiento, que a los 86 años ha manifestado su deseo de contraer matrimonio con una señora 50 años menor que él.

Alfredo di Stefano nace en 1926 y juega al fútbol desde 1945 hasta 1964, en equipos argentino (River Plate), colombiano (Millonarios de Bogotá) y español (Real Madrid). Todo el mundo deportivo se deshace en elogios sobre su técnica y polivalencia jugando al fútbol. Siendo jugador del Real Madrid, este equipo alcanzó los mayores éxitos de su historia, sobre todo en la llamada entonces Copa de Europa. El equipo, con di Stéfano como delantero centro, ganó cinco Copas de Europa.

Su fichaje por un equipo español fue complicado pues tenían derechos sobre su traspaso el equipo argentino River Plate y el Millonarios de Bogotá y querían adquirir sus servicios el Barcelona y el Real Madrid. Finalmente, en 1953, se arreglaron los problemas y comienza a jugar en el equipo madrileño, consiguiendo muchísimos títulos y alcanzando tal fama que ha sido considerado uno de los cinco mejores futbolistas del mundo. Jugó hasta 1964. Se había nacionalizado español y jugó en la selección española.

Su historia vital se vio salpicada por un secuestro sufrido en Caracas (Venezuela) perpetrado por el Frente de Liberación Nacional de Venezuela, el 20 de agosto de 1963. El secuestro duró dos días.

Cuando se retira del ejercicio del fútbol como jugador, se dedicó unos años a ejercer de entrenador, y finalmente se quedó a vivir en España, concretamente en Valencia. Después de su retiro definitivo ha sido nombrado Presidente de Honor del Real Madrid.

Aparte su historia deportiva, el famoso futbolista conocido como «La Saeta Rubia», ha sufrido diversos problemas médicos, entre ellos un infarto, y en la

actualidad se encuentra en situación de no poder andar por sí mismo y tener que desplazarse en silla de ruedas.

Alfredo di Stefano estuvo casado muchos años con Sara Freitas de la que ha tenido seis hijos. Estos hijos, cuando conocen las *intenciones* de boda de su padre, son quienes presentan la demanda de incapacitación el 24 de abril 2013 y la solicitud de medidas cautelares en relación con los bienes. La salud de di Stéfano empeoró en los últimos meses de su vida. Sus problemas de memoria se acrecentaron y surgieron complicaciones psíquicas. Pero fuentes conocedoras de su estado aseguran que está «tranquilo y bien atendido».

La agencia EFE publicó: «ante el deterioro evidente de las facultades físicas e intelectivas que se viene observando en nuestro padre desde hace meses, sus cinco hijos, previo diagnóstico médico de su estado de salud, tomamos la decisión de solicitar ante los juzgados competentes, y en su exclusivo interés, su declaración de incapacitación, promoviendo de forma simultánea la adopción de medidas cautelares en orden a la preservación de su patrimonio».

Los hijos presentaron esta demanda de incapacitación al descubrir que en los juzgados de la madrileña calle de Pradillo habían comenzado a tramitarse los papeles para celebrar la boda de su progenitor con Gina González, su secretaria, representante y acompañante en los últimos años. El 26 de abril de 2013, el juez admitió la demanda. Sus últimas declaraciones datan de mediados de julio (2013). «Mis hijos me cuidan muy bien. Si no me cuidan ellos, ¿quién lo va a hacer?» «Estoy bien, recuperándome», añadía. Las medidas cautelares fueron adoptadas, aunque no se llegó a declarar su incapacitación y consiguientemente sometimiento a tutela o a curatela. Falleció el 7 de julio de 2014, a los 88 años de edad.

## VIII. REPRESENTACIÓN FRENTE A APOYO PARA LA TOMA DE DECISIONES

La tutela es institución que implica representación; en ella el pupilo es la persona representada y el tutor el representante. Se trata de una representación legal que, como se sabe, engloba esta y, además, la del menor *in potestate* y la del ausente.

Entre los *convencionalistas*<sup>27</sup> se trata de suprimir de nuestras leyes la representación legal del pupilo por el tutor porque, dicen, en la relación pupilo-tutor hay *sustitución* de la personalidad, como si el tutor en su deber representativo prescindiera en absoluto de la voluntad y deseos del tutelado, para imponer los suyos propios frente a los del sometido a tutela<sup>28</sup>.

Hay veces, ciertamente, en las que la representación legal implica sustitución, como en el caso del *infans* representado por sus padres o el caso del ausente, del que no se sabe *ubi sit et an sit*, y estas situaciones de, infancia

menor de la persona y de ausencia o desconocimiento de voluntad alguna en caso del ausente, hace que, necesariamente, el representante del ausente tenga que hacer valer su voluntad prescindiendo en absoluto de la de la persona representada, de la que no se sabe si tiene voluntad y, si la tiene, no se conoce.

Se encuentra alguna manifestación en la jurisprudencia acerca de la representación; me parece particularmente interesante la contenida en la STS 625/2011, de 21 de septiembre (*RJ* 2011, 6575) cuando dice: «La representación legal del tutor le impone el deber de injerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela y por ello el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal ...».

Ocurre que la representación por el tutor, en la jurisprudencia, se ha discutido especialmente en el caso de ejercicio por el tutor de la acción de divorcio. Hay varias resoluciones en esta materia [sentencia AP Álava 316/2004, de 20 de diciembre (*RJ* 2005, 250), AP Álava 349/2001, de 31 de diciembre (*RJ* 2002, 1320), TS 149/1999, de 27 de febrero (*AC* 1999, 1418), AP Asturias, auto 26/1998 de 4 de febrero (*AC* 1998, 3516) y AP Asturias 105/1998 de 23 de febrero (*AC* 1998, 248), además de la ya mencionada en el texto de 2011]. No menciono aquí la STC en esta misma materia. Las soluciones de los tribunales son diferentes, siendo negativas a la legitimación del tutor tres de ellas y afirmativas otras tres<sup>29</sup>.

En la práctica cotidiana del ejercicio tutelar se plantean cuestiones mucho más modestas. Escuchaba hace poco en una conferencia dirigida a los voluntarios tutelares la necesidad de atender, por ejemplo, el deseo de una persona con discapacidad intelectual o del desarrollo de practicar la natación, o de ir al cine, o de escuchar determinada música. Y se dice que el tutor tiene que atender a las preferencias del pupilo en estos asuntos, tan sencillos. En verdad que, para llegar a estas conclusiones de que debe atenderse a las preferencias del incapaz, no hace falta que nos lo diga la Convención de la ONU, porque un buen ejercicio tutelar no puede prescindir de los deseos del tutelado, teniendo, incluso, que alentar las capacidades de la persona sometida a tutela para que desarrolle todas sus capacidades, como determina, por otra parte, el Código Civil cuando dispone que es obligación del tutor procurar la recuperación de la capacidad del sometido a tutela y de ejercer el cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos respetando su integridad física y psicológica (arts. 269, 3.º y 268 del Código Civil).

Y, con mucha frecuencia, así se hace. Un buen ejercicio tutelar impide al tutor obligar a practicar baloncesto cuando al tutelado lo que le gusta verdaderamente es nadar...

Pero hay asuntos mucho más complejos, como muchos de los que enumera el artículo 271 del Código Civil. Me fijo únicamente en un punto: 271.8.º «dar y tomar dinero a préstamo». Para ser prestatario hay que tener especiales co-



nocimientos por lo que se ha desatado una polémica, en la que ha intervenido incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, acerca de las cláusulas insertadas por los prestamistas en los contratos de préstamo. Hacer que el tutor represente al tutelado, previamente autorizado por la autoridad judicial, con intervención del Ministerio fiscal, e interviniendo finalmente un notario para autorizar la póliza del préstamo, no me parece una solución que vulnere los derechos de la persona con discapacidad incapacitada judicialmente. Parecidas consideraciones pueden hacerse respecto de otros negocios de los mencionados en el artículo 271 (ventas, hipotecas, aceptación de herencias...).

Todas las cautelas que establece el Código Civil, en su actual redacción, entiendo que no deben ser eliminadas en aras de una afirmación —creo que falsa— de que todos tenemos la misma capacidad jurídica, en el buen entendimiento de que esta afirmación del artículo 12 de la Convención de la ONU, de que la capacidad a la que se refiere el precepto incluye la de obrar. Porque de la capacidad jurídica, nadie discute. La afirmación del artículo 12 de la Convención de 2006 es gratuita, puesto que al igual que dice que todos tenemos la misma capacidad jurídica, podría haber dicho que todos medimos 1,80 metros de altura, o que todos somos capaces de resolver una raíz cúbica. El papel lo resiste todo. Se puede escribir lo que se quiera; cosa distinta es que lo escrito sea cierto.

Hay que entender que *el apoyo* que necesitan tantas personas sin posibilidad de entender y de querer es precisamente la tutela, en el Derecho español, aunque como hemos visto en otros países este *apoyo* puede ser una *amministrazione di sostegno*. Porque la expresión *apoyos* es más propia de la psicología que el derecho. También es muy utilizada la expresión *apoyos* por los asistentes sociales.

Los tres casos de los que me he ocupado son supuestos de maltrato, claramente económico en, al menos, dos de los supuestos; los de Lilliane Bettencourt y Aurelia Sordi. Ahora bien ¿Cómo se afrontan los supuestos de maltrato?

Ya hemos visto que en el caso de la francesa, la justicia enfrenta el caso desde el punto de partida del Derecho penal. Para poder enfocarlo penalmente, tiene que estar descrito en las leyes penales, el supuesto, porque *nullum crimen, nulla pena sine previa lege penale*. En el caso español, el planteamiento es civil, sin que pueda descartarse que los actos descritos en el caso de Aurelia Sordi puede —y así ocurrió— ser atacado por fraude. El de di Stéfano tiene un enfoque civil.

## NOTAS

<sup>1</sup> El documento tiene fecha 13 de junio de 2012 y lo firma la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad. Hay otros trabajos de interés sobre este tema; me ha interesado especialmente el

de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, de marzo de 2015, titulado «Sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad».

<sup>2</sup> El proyecto de ley de Jurisdicción Voluntaria de 2013, actualmente en tramitación en las Cortes Generales, no contempla el procedimiento para la modificación de la capacidad como uno de los de jurisdicción voluntaria.

<sup>3</sup> La «audiencia» ya está prevista en el artículo 273 del Código Civil, según resulta de la redacción procedente de la reforma de 24 de octubre de 1983. Cosa distinta es que dicha audiencia no se pida por los jueces antes de autorizar —previamente— o aprobar —posteriormente— alguno de los actos o negocios de los artículos 271 y 272, ambos del propio Código Civil.

<sup>4</sup> Así se expresan Rafael DE ASÍS, Patricia CUENCA y otros en el Informe «El tiempo de los Derechos» núm. 23 (Capacidad jurídica y discapacidad. Propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al artículo 12 de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad), abril 2012, pp. 80 y sigs.

<sup>5</sup> Ver, recientemente, Carlos MARÍN CALERO, *El derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar*, Madrid 2013.

<sup>6</sup> Hay un video en youtube titulado «Olvidados de los dioses» que relata la penosa situación de las personas con discapacidad en el Nepal. Después de reflexionar sobre la situación que describe, no parece que las soluciones puedan generalizarse, porque se parte de convicciones sociales radicalmente diferentes.

<sup>7</sup> Commissioner for Europe, Estrasburgo, 9 de octubre de 2013. CommDH (2013) 18. Versión original en inglés. Hay versión española que es la que he manejado.

<sup>8</sup> Es un poco fuerte estar de acuerdo en que las decisiones de los tribunales españoles en estos temas de capacidad son *infundadas*. Lo que no quiere decir que existe una utilización abusiva de la tutela, que es otro tema. Desde luego en la Constitución se exige que todas las sentencias de los tribunales estén motivadas (art. 120).

<sup>9</sup> Me llama la atención que el Comisario se refiere en este punto de la capacidad a las personas con discapacidad *intelectual o psicosocial* por contraste con otros documentos, en esta misma línea de pensamiento que se refieren genéricamente a las personas con discapacidad, sin concretar el tipo de discapacidad que les afecta. No se refiere al grado de afectación que puede determinar la necesidad de apoyos puntuales o de una tutela en toda regla. De todos modos el acento hay que ponerlo en la idea imperante de eliminar la llamada «toma de decisiones sustituida» por un sistema de «apoyo para la toma de decisiones». Y también la afirmación de que la tutela no encaja en los planteamientos de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad.

<sup>10</sup> Protección y apoyo son expresiones que significan lo mismo. En el diccionario de la RAE se puede leer «Apoyo»: protección, auxilio o favor. La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2010 se refiere a las «medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad...».

<sup>11</sup> No debe olvidarse que la tutela, la curatela y la guarda de hecho, así como la patria potestad, son institutos de guarda y protección.

<sup>12</sup> Entre la amplia literatura sobre el abuso a los mayores, véase Isabel IBORRA MAR-MOLEJO, *Violencia contra personas mayores*, Barcelona, 2005.

<sup>13</sup> Se trataba, en el caso, de presuntas donaciones al partido político del que luego fuera Presidente de la República, que excedían de las autorizadas por la legislación francesa.

<sup>14</sup> Un romano que trabajó en el cine, fundamentalmente, muchas veces como actor, aunque también lo hizo como director. Como actor trabajó desde 1937 hasta 1998, y protagonizó más de 100 películas (entre ellas una de las más famosas fue «La gran guerra», obra maestra dirigida por Mario Monicelli (1959).

<sup>15</sup> Cyril N. PARKINSON, *Al patrimonio por el matrimonio. Tercera Ley de Parkinson*, Círculo de Lectores, 1970. Las situaciones de utilización del matrimonio de manera fraudulenta para alcanzar fines distintos de los propios de la institución matrimonial son, desgraciadamente, muy frecuentes en la España de hoy.

<sup>16</sup> El artículo 460 Cc francés, dispone: Le mariage d'une personne en curatelle n'est permis qu'avec l'autorisation du curateur ou, à défaut celle du juge. / Le mariage d'une personne en tutelle n'est permis qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué et après audition des futurs conjoints et recueil, le cas échéant des parents et de l'entourage.

<sup>17</sup> Recuérdese que el artículo 96 de la Constitución Española señala que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». Se publicó en el *BOE* de 21 de abril de 2008.

<sup>18</sup> Como ejemplo de lo que señalo en el texto, puede verse el párrafo de los Documentos de Trabajo del Real Patronato de personas con discapacidad: «En el primer párrafo del presente artículo, se señaló como recomendable que la actual redacción refleje de un modo más preciso el presupuesto de partida, es decir que «todas las personas son iguales ante la ley sin distinción por motivo de discapacidad». Asimismo, se señaló la necesidad de que el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad incluya la «capacidad de obrar». Cuando el ejercicio de la capacidad de obrar de modo autónomo y personal pueda verse dificultado a causa de la discapacidad, los Estados deberían proveer un sistema de apoyo para el ejercicio de dicha capacidad jurídica, así como garantizar la protección contra el abuso en dicho apoyo, protección que no debe presuponer el modelo de tutela actual».

El sistema de apoyo no tan claramente expuesto comenzó su andadura en la Ley 1/2009, de modificación del Registro civil, concretamente en su Disposición final primera, cuando señala: «Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar. El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006». El legislador insiste en señalarse plazos que luego incumple, puesto que los seis meses terminaron el 26 de junio de 2009.

Desde el procedimiento de incapacitación se ha pasado al procedimiento de modificación de la capacidad y, ahora, hay pretensiones de cambiarlo de nuevo para denominarlo «procedimiento para el establecimiento de planes personalizados de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad». (Rafael DE ASÍS, Patricia CUENCA *et alii*, Informe «El tiempo de los derechos» núm. 23, pp. 80 y sigs.).

<sup>19</sup> El día 2 de enero de 2014 se pudo leer en los periódicos que Ariel Sharon, el que fuera Primer ministro del Estado de Israel ha empeorado y que su vida corre serio peligro. Lleva en coma desde 2006. Si hubiera habido necesidad de gestionar algún asunto del político israelí, tendría que haberlo hecho otro por él ya para él.

<sup>20</sup> Se refieren los *convencionalistas*, constantemente a las preferencias del tutelado, pero nunca hablan de las posibilidades. Esta reflexión podría hacerse extensiva a todos los individuos, con independencia de que adolezcan de discapacidad o no. Una cosa es lo que cada persona *prefiere* y otra muy distinta es lo que *puede* hacer.

<sup>21</sup> Publicado en Madrid, 2012, y elaborado por Josep TRESSERRAS, Marta SUNYER, Pedro María FERNÁNDEZ ROBLES, Mikel BARRÓN y Arancha PINAR. Puede consultarse en la página web de la Asociación Española de Fundaciones Tutelares (se ha publicado el texto en papel).

<sup>22</sup> Artículo 273. «Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los dos artículos anteriores, el Juez oír al Ministerio Fiscal y al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes».

<sup>23</sup> Comprada, al parecer, para evadir impuestos y regalada a Banier.

<sup>24</sup> Section 6 bis: De l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse.

Article 223-15-2

Modifié par LOI núm. 2009-526 du 12 mai 2009 - artículo 133

Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont

la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables.

Lorsque l'infraction est commise par le dirigeant de fait ou de droit d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende.

<sup>25</sup> La doctrina española no está de acuerdo en si estos actos son radicalmente nulos o simplemente anulables. En el caso de Liliane Bettencourt no se puede sostener que debe ser protegida la apariencia, porque Banier conocía perfectamente la situación mental de su cocontratante.

<sup>26</sup> El caso de las donaciones no se plantea en términos de Derecho civil, sino en los del Derecho penal. Por eso se habla de delito de *abus de faiblesse*.

<sup>27</sup> Llamo así a los juristas partidarios de la aplicación incondicionada de la Convención de la ONU de derechos de las personas con discapacidad.

<sup>28</sup> Muy significativo del modo de pensar, Luis CAYO PÉREZ BUENO, «... el ámbito en el que hay un mayor desencuentro ... es el que afecta a la regulación de los derechos de la personalidad y la capacidad jurídica y de obrar de las personas con discapacidad, y las restricciones y sustituciones que estas pueden encontrar, por razón precisamente de su discapacidad, en los ordenamientos de tradición continental latina, como es el caso español. El artículo 12 de la Convención consagrado [*sic*, debe decir *consagrando*] el reconocimiento de la igualdad plena ante la Ley de las personas con discapacidad, incide de lleno en las instituciones que en nuestro Derecho preexistente regulan esta materia, y obligan a un replanteamiento, sobre cuya necesidad, con anterioridad incluso al Tratado internacional, ya se había pronunciado el movimiento social de la discapacidad y la más esclarecida doctrina [*sic*]. El entendimiento de la plena personalidad a efectos jurídicos de las personas con discapacidad, incluidas aquellas que presentaban discapacidades que tradicionalmente se habían considerado comprometían la capacidad de gobierno de sí mismas y de sus intereses de todo orden, lleva consigo una revisión profunda de instituciones tan arraigadas como desde un punto de vista sustantivo, los complementos de la capacidad (tutela, curatela, guarda de hecho, prórroga de la patria potestad, etc.) o, desde un punto de vista formal, los procesos de la hasta ahora llamada *incapacitación judicial* (fraseología que habría que desterrar en el futuro). La Convención se sitúa —y sitúa a los Estados parte— en un paradigma de personalidad jurídica plena, indemne a toda forma de intervención restrictiva, y orienta la legislación a la regulación de apoyos y asistencias para que la completa capacidad sea una realidad efectiva». En La Recepción de la Convención de la ONU en el Ordenamiento Jurídico Español: Ajustes Necesarios, *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, (Luis Cayo Pérez Bueno, dirección. Ana Sastre, edición), Pamplona 2009, pp. 323-324.

<sup>29</sup> Puede verse el comentario a este asunto de Rodrigo BERCOVITZ, Separación matrimonial de un incapaz, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 1 (BIB 1999/751). Verdaderamente las cuestiones relativas al estado civil se encuentran fuera de la representación: nadie entendería que el tutor pudiera casar a su tutelado, ni que otorgara testamento por él, o que reconociera a un hijo. Sin embargo, prevalece en la doctrina y en la jurisprudencia es discutido, si el tutor puede divorciar al sometido a tutela. Conceptualmente habría que decir que no puede hacerlo, pero los casos que se han planteado son de abusos y malos tratos por parte del cónyuge capaz respecto del tutelado, siendo el divorcio la única medida protectora para remediar el abuso.

(Trabajo recibido el 10-6-2015 y aceptado  
para su publicación el 20-7-2015)