

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL ADULTO PROTEGIDO*

THE EXERCISE OF THE PROTECTED ADULT'S PERSONALITY RIGHTS

DRA. MARÍA DEL MAR HERAS HERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid
mariammar.heras@urjc.es

“Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones» (art. 22.1 de la Convención de Naciones Unidas).

RESUMEN: En este trabajo se analiza la protección de los derechos de la personalidad del adulto protegido desde la perspectiva de su ejercicio personal, efectivo y sin discriminación.

PALABRAS CLAVE: derechos de la personalidad; adulto protegido.

ABSTRACT: In this paper the protection of the protected adult's personality rights is analyzed from the perspective of this personal and effective exercise and without discrimination.

KEY WORDS: personality rights; protected adult's.

FECHA DE ENTREGA: 22/05/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2016.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación: “Empoderamiento de las personas con discapacidad”, DER2015-64120-R, cuyo investigador principal es Montserrat Pereña Vicente.

SUMARIO: 1. Cuestiones previas.- 2. Bases de la protección del ejercicio personal y efectivo de los derechos de la personalidad del adulto protegido: ¿tutela *versus* curatela?- 3. Los derechos de la personalidad: actos de ejercicio y recomendaciones para quienes ejercen la medida de protección.- 3.1. El derecho a permanecer en el domicilio y su inviolabilidad.- 3.2. Derecho al honor.- 3.3. Intimidación personal y familiar y el secreto de la correspondencia y las comunicaciones.- 3.4. Imagen.- 3.5. El ejercicio del derecho al voto.- 4. A modo de conclusión.

1. La protección de la persona con discapacidad psíquica, en muchos casos, también en situación de dependencia, resulta una de las cuestiones que tiene mayor trascendencia social y jurídica. Desde el punto de vista social, porque la discapacidad psíquica tiene cada vez mayor incidencia por la aparición de enfermedades vinculadas a la longevidad o relacionadas con la edad avanzada; al consumo de drogas o como consecuencia de la aparición de daños cerebrales sobrevenidos provocados, en su mayoría, por accidentes de tráfico, laborales o derivados de una mala praxis médica. Desde el punto de vista jurídico, porque tras la Convención de Naciones Unidas se precisa acometer importantes cambios legislativos, previsiblemente, de amplio calado, en línea con lo que está sucediendo en nuestro entorno jurídico más próximo, como en Francia, con motivo de la aprobación de la Ley de 5 de marzo de 2007. En Suiza, con la Ley de 26 de junio de 2011 o la Ley belga, de 17 de marzo de 2013.

Apenas se han introducido cambios en nuestro derecho más allá de la incorporación de la figura de la asistencia judicial catalana o la curatela aragonesa. No obstante, debe destacarse como las medidas de protección articuladas en el Código civil español, –tutela, curatela y defensor judicial–, no han sido objeto de revisión desde que fuera promulgada la ley 13/1983, de 24 de octubre, de modificación del Código civil en materia de tutela. De modo que, en sede de tutela o curatela no se ha operado ningún cambio legislativo, ni siquiera para adoptar la terminología utilizada en el art. 45 LJV –personas con capacidad judicialmente modificada–, como hubiera sido lo deseable y de la manera que se ha hecho, paradójicamente, en otras materias, como la referida a la capacidad para celebrar contratos *ex* art. 1263; en sede de separación judicial *ex* art. 82.2 CC o, en relación a la impugnación de la paternidad (art. 137.1 CC), probablemente a la espera de acometer una reforma integral.

Por su parte, la Ley 15/2015, de 22 de julio, Ley de Jurisdicción Voluntaria, ha regulado el expediente de jurisdicción voluntaria relativo a la tutela, aplicándose sus previsiones para su constitución, –así como otras incidencias relacionadas con este modelo de protección–, siempre que la tutela no se inste en sede de un

procedimiento de modificación de la capacidad, en cuyo caso, debe acudir a la regulación prevista en la LEC para los procesos de capacidad de las personas.

La Convención de Naciones Unidas aprobada en Nueva York en 2006 supuso un logro incomparable en el entendimiento de la protección de las personas con discapacidad, pues muy lejos ya de aquella protección dirigida en buena parte a preservar el patrimonio de la persona protegida, de manera muy reduccionista, se incide ahora en el reconocimiento del ejercicio de los derechos y libertades públicas de las que son titulares, dando origen a un modelo de protección basado en los derechos, tal y como ponen de manifiesto ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A.: “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, enero/diciembre, 2010, p. 17.

2. El punto de partida debe ser el principio *por capacitate ex arts.* 199 y 322 del Código civil. De este modo, nadie puede quedar sujeto a una medida de guarda, sino cuando se dan ciertos presupuestos y con las garantías procesales previstas en los arts. 756 a 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000. La presunción de capacidad solo quedará desvirtuada mediante sentencia judicial, ante la concurrencia de una discapacidad psíquica permanente y grave, con incidencia real en la gestión personal o patrimonial. Esta premisa conduce ineludiblemente a la exclusión de actuaciones arbitrarias o que vulneren los derechos fundamentales, con la intención de maquillar otro tipo de intereses, más allá de la estricta protección de la persona y de sus bienes.

El procedimiento de modificación de la capacidad establece un conjunto de garantías de los derechos del presunto incapaz: la protección se ejerce bajo la salvaguarda de la autoridad judicial y supervisión del Ministerio Público, siendo preceptiva la audiencia de los familiares más próximos, reconociéndoles su derecho a ser oídos; inspección judicial o examen de la persona, así como la personación del demandado con su propia defensa y representación. Si no lo hiciese, la defensa corresponde al Ministerio Fiscal en el marco del ejercicio de sus funciones, siempre que no haya sido el promotor del procedimiento de modificación de la capacidad. En otro caso, el Letrado de la Administración de Justicia procederá a la designación de un defensor judicial. En ningún caso se procederá a modificar la capacidad de obrar de la persona y consiguiente sujeción a una medida de guarda, sin haber recabado los informes periciales médicos necesarios según dispone el art. 759 LEC.

Las bases legales que sustentan esta protección, con el fin de contribuir al ejercicio personal de los derechos en función de sus concretas capacidades, son: la necesidad

de la medida de apoyo; la temporalidad de dicha medida; proporcionalidad y personalización. Precisamente, la exigencia de la Convención en cuanto a la proporcionalidad del mecanismo de protección, ha sugerido la urgente necesidad de plantearse la idoneidad de la tutela, modelo de protección basado en la representación legal o sustitución de la voluntad de la persona, ante el reto que supone la adopción de modelos más flexibles, proclives a reconocer las capacidades de la persona y, por tanto, más respetuosos con la autonomía de la persona. Buena muestra de esta tendencia es el actual modelo de protección suizo, que ha suprimido la tutela, sustituyéndola por una curatela graduable que admite distintas tipologías. Parece que en España se quiere llegar a idéntico resultado por vía judicial, al apreciarse un cuerpo sólido de jurisprudencia que se decanta por la curatela, frente a la tutela, al considerarse ésta más respetuosa con el ejercicio efectivo de los derechos personales, habida cuenta que el curador no representa, sino que asiste o autoriza los actos determinados en la sentencia de modificación de la capacidad, actuando, en todo caso, la persona protegida, bien en solitario, bien asistido.

3. Las personas con la capacidad modificada judicialmente ostentan la titularidad de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la CE y en los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 CE), en igualdad de condiciones, sin que puedan sufrir ningún tipo de discriminación en su ejercicio. En idéntico sentido se muestra el art. 4.1.a de la Convención.

El principio de respeto absoluto al ejercicio personal de los derechos universales, referidos a todos, ha de ser una constante en el desempeño de las funciones propias de quienes desempeñan el cargo de tutor o curador, del mismo modo que deberán tener muy claro, como el principio rector que justifica y da sentido a cualquier intervención, ha de ser el entendimiento restrictivo de las “limitaciones» en el ejercicio de los derechos fundamentales, cuanto más, cuando se trata de derechos personalísimos en los que no cabe ejercicio mediante representación legal o voluntaria. Señalaba ya DE CASTRO: *Derecho civil en España*, T. II, Reus, 15^a ed. revisada y puesta al día por Antonio M. Román García, Madrid, 2007, p. 54 que las facultades y acciones relativas a la esfera estrictamente personal no admiten su ejercicio por medio de otro. Tal es el caso del *ius connubi* o derecho subjetivo universal a contraer matrimonio (art. 23.1.a) la Convención, reconocido constitucionalmente (arts. 32 y 53) CE.

Las deficiencias psíquicas no constituyen en sí mismas un impedimento para contraer matrimonio -STS 29 abril de 2015 (RJ 2015, 2208)-. Para el adecuado ejercicio de este derecho se comprobará la capacidad natural de la persona a través de la tramitación del previo expediente matrimonial, conforme a la legislación del Registro Civil (art. 56 del Código civil), toda vez que se requiere que la prestación

del consentimiento matrimonial se haga en intervalo lúcido o con la consciencia de contraer matrimonio, así como de las consecuencias que del mismo se derivan. En este punto conviene advertir, que con efectos a 30 de junio de 2017, la Disposición Final 1ª de la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha modificado el art. 56 CC estableciendo que: “*Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario Judicial, Notario o Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento*». En el caso de que el consentimiento matrimonial no se hubiese prestado válidamente, podrá instarse la nulidad del matrimonio por quienes ostentan la legitimación para hacerlo (art. 74 y 76 CC).

Tampoco admiten representación en su ejercicio el derecho a la testamentifacción activa *ex art. 665 CC*, a salvo la limitación para otorgar testamento ológrafo que se ha incorporado en alguna sentencia judicial por no contar con las garantías propias del testamento notarial; el derecho al sufragio universal activo, al tiempo que resulta complicado admitir la sustitución de la voluntad de la persona en la toma de decisiones relativas a la salud, como el sometimiento a tratamientos oncológicos, sin expectativas en cuanto a sus resultados.

3.1. Debe reconocerse el derecho de la persona con la capacidad judicialmente modificada a elegir su residencia en cualquier parte del territorio nacional, así como a disfrutar de la libertad de circular por territorio nacional o extranjero, comunitario o no, de conformidad con lo dispuesto en el art. 19 CE y art. 18 de la Convención, dedicado a la libertad de desplazamiento y nacionalidad. Del mismo modo, pueden decidir si continúan viviendo en su domicilio o ingresar voluntariamente un centro residencial o decidir con quién quiere vivir. La protección de estos derechos es una consecuencia del respeto a la vida privada de la persona, al tiempo que la inviolabilidad del domicilio impide que se lleven a cabo entradas, -por parte de autoridades públicas o de particulares-, sin que medie el consentimiento de su titular o sin mediar previa autorización judicial, salvo flagrante delito.

Resultará especialmente difícil para quienes ejercen el cargo de tutor, articular la entrada en el domicilio de la persona protegida cuando no conviva con él, especialmente cuando viva sola, con la finalidad de prevenir injerencias en la intimidad personal y familiar. Para ello se precisa siempre el consentimiento de su titular, recomendándose negociar los detalles de la entrada en cuanto a los días, horarios y periodicidad, en atención a los hábitos, preferencias, ocupaciones y tiempo de ocio de la persona y de su entorno familiar. Como elemento legitimador se exige que la causa que justifica la entrega esté en el marco del deber general de velar por la persona protegida, poniendo en práctica el seguimiento de sus condiciones de bienestar personal. Quedan fuera de este contexto las visitas

injustificadas, fuera de horarios o practicadas con cualquier otra finalidad. Por el contrario, se consideran legítimas las entradas en el domicilio de la persona en situaciones de emergencia con el propósito de prevenir consecuencias dañosas en el patrimonio de la persona o que perjudiquen sus relaciones de vecindad. En todo caso, las visitas de comprobación que se establecen en el marco de la protección asistencial de las personas con discapacidad a las que les ha sido reconocida administrativamente su situación de dependencia, deberán ajustarse a las pautas descritas.

3.2. El derecho al honor se define en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como un concepto jurídico indeterminado en constante evolución, de contenido abstracto, que se concreta en cada momento en atención a las leyes, valores y usos sociales. Participe de su consideración como derecho de la personalidad, a diferencia de lo que sucede con el derecho a la intimidad o a la propia imagen, -respecto a los que se admiten actos de disposición concretos, medie o no contrato-, cabe defender su absoluta indisponibilidad dada su naturaleza esencialmente extrapatrimonial. El art. 7.7 de la LO 1/1982, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que lesionen la dignidad de la persona, con menoscabo de su fama o atentando contra su propia estima. Con frecuencia las intromisiones en el derecho al honor lo son también del derecho a la intimidad o a la propia imagen cuando el resultado final es provocar el desprecio o el descrédito de la persona frente a los demás y frente a sí mismo, tomando en consideración la doble dimensión que da contenido a este derecho.

3.3. El derecho a la intimidad comporta el reconocimiento de un espacio de privacidad que debe permanecer al margen del conocimiento de terceros, declarándose ilícita la divulgación, revelación o explotación de datos relativos a la vida personal o familiar, de cartas, memorias, documentos, mensajes, correos electrónicos o claves de acceso que permitan obtener información de la vida privada de la persona protegida.

Quienes ejercen el cargo de tutor o curador asumen la obligación de no desvelar detalles de la vida personal y familiar de la persona protegida que conozcan con motivo del ejercicio del mismo, tal y como dispone el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, al considerar como intromisión ilegítima la “*revelación de datos de una persona o familiar conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela*». Se trata de actuaciones que constituyen una auténtica ruptura de la confianza y del deber de confidencialidad a la que están sujetos. No están legitimados para suministrar

información relativa a la persona protegida a su familia, a su entorno afectivo, ni a terceros, más allá de aquellas informaciones que sean acordes con los usos sociales y que se consideren inocuas o ceñidas estrictamente a aquello que debe darse a conocer en interés de la persona y en su exclusivo beneficio.

La obligación de quienes se ejercen el cargo se extiende a distintos ámbitos, como el afectivo o familiar, debiendo extremar la precaución cuando se trate de suministrar informaciones relativas a la salud física o psíquica de su titular, en tanto que estos datos constituyen un componente esencial de su vida privada. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado la naturaleza estrictamente confidencial de las informaciones concernientes a la salud, como principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte de la Convención Europea de Derechos Humanos, de modo que los distintos ordenamientos internos deben adoptar las garantías necesarias para impedir la comunicación o divulgación de datos relativos a la salud. Por el contrario, se encuentran legitimados para suministrar informaciones relativas a la persona protegida en interés de su titular, siempre que así se acredite. En todo caso, sus actuaciones deben dirigirse a prevenir intromisiones ilegítimas procedentes de terceros o aun cuando tenga su procedencia en el propio ámbito familiar o afectivo de su titular.

Desde otro punto de vista cabe afirmar que la persona con la capacidad modificada judicialmente tiene derecho a valerse de los medios que la tecnología ofrece para comunicarse, no debiéndose tolerar inmisiones procedentes de terceros, ya sean particulares o poderes públicos.

Quienes ejercen la medida de protección han de saber que están prohibidas las injerencias en las comunicaciones postales, telefónicas o telemáticas, salvo consentimiento de su titular o cuando medie autorización judicial ante la existencia de indicios fundados de la comisión de un delito y su conexión con la persona investigada. Igualmente, se exige la concurrencia de todos los elementos indispensables para legitimar la intervención, como la proporcionalidad de la medida; número o números de teléfonos intervenidos; tiempo de duración; quienes han de ponerla en práctica; conversaciones intervenidas y períodos en los que deba darse cuenta al Juez.

La protección se extiende a las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas, telemáticas o electrónicas. Están prohibidas las grabaciones telefónicas que mantenga la persona protegida, así como la puesta en práctica de controles, registros o copias de correos electrónicos sin autorización de su titular. Puede defenderse, no obstante, la legitimación de quienes ejercen la medida de protección para solicitar el acceso a determinado medio de comunicación, como el postal, cuando se refiere a información bancaria relativa al pago de recibos, recepción de multas o notificaciones de pago de impuestos, sanciones o embargos, en beneficio

de su patrimonio, siempre que las actuaciones tengan lugar en el estricto marco de las atribuciones que judicialmente les hubieran sido encomendadas. En ningún caso, se permite el acceso a correspondencia, mensajes o correos electrónicos que se incardinan en la esfera estrictamente personal, afectiva o social de la persona protegida.

Por último indicar como la protección jurídico-civil de los derechos de la personalidad, configurada a través del art. 9 de la LO 1/1985, es muy amplia al comprender acciones de muy variada naturaleza y finalidad, como las dirigidas a la cesación de las intromisiones, cautelares, de abstención e indemnizatorias. La indemnización de daños comprende el daño moral valorado en atención a las circunstancias del caso, -condición de persona con discapacidad, desde luego-; la gravedad de la lesión y el medio utilizado para su divulgación -por supuesto, internet- *ex art. 9.3 de la Ley Orgánica*. El daño moral se presume con valor *iuris et de iure*, al tiempo que el *quantum* indemnizatorio se deja al arbitrio judicial dado que no es susceptible de cuantificación exacta. El plazo para ejercitar las acciones es de cuatro años *ex art. 9.5 LO 1/1982*, desde que el legitimado pudiera ejercerlas.

3.4. El art. 7.5 de la LO 1/1982, considera intromisiones ilegítimas del derecho a la imagen la captación, divulgación o reproducción de la imagen de la persona en momentos o lugares que forman parte de su privada o íntima, así como la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de análoga naturaleza. Dicha protección se extiende a la divulgación de caricaturas o fotomontajes que distorsionan la imagen de la persona protegida.

Este derecho participa de la característica de indisponibilidad, lo que determina la prohibición de actos de disposición de carácter general, si bien, esta indisponibilidad no puede entenderse de forma absoluta, pues se admiten disposiciones concretas a través de la renuncia por parte de su titular que consiente de manera expresa, -consentimiento específico para cada acto disposición concreto, ya preste de forma verbal o por escrito- la intromisión, dejando de ser entonces antijurídica para considerarse plenamente legítima. Así, la prestación del consentimiento es causa de exclusión de la antijuridicidad. Con carácter general, sobre todos estos aspectos, puede consultarse ESCRIBANO TORTAJADA, P. “Internet y el derecho a la propia imagen: Algunas notas sobre su problemática actual”, en *Internet, derecho y política una década de transformaciones*: Actas del X Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Universidad Oberta de Catalunya. Barcelona 3-4 de julio, 2014.

El art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, parte de la regla general del reconocimiento de la capacidad para realizar actos de disposición o de renuncia

relativos a la intimidad personal o a la propia imagen, siempre que la persona tenga capacidad natural suficiente, atendiendo a las circunstancias concretas que rodean la prestación del consentimiento para conocer si se presta válidamente, siendo indiferente que se haya declarado o no judicialmente la incapacidad. De este modo, las personas con capacidad judicialmente modificada pueden realizar actos de disposición sobre su imagen cuando la protección se dispensa a través de la curatela, o cuando se constituya un régimen de tutela si no existe ninguna precisión explícita en tal sentido en la propia sentencia. Cuando no se tiene la capacidad suficiente, será el representante legal, contando con el consentimiento de su titular, quien preste el consentimiento por escrito a este tipo de contratos, siempre que se cumpla con la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal con carácter previo – consentimiento proyectado-, disponiéndose al efecto, que si en el plazo de ocho días éste se opusiera, resolverá el Juez.

Esta norma presenta importantes problemas interpretativos:

Está referida a las personas con capacidad judicialmente modificada, lo que pone de manifiesto la desprotección en la que se encuentra la persona con discapacidad psíquica que no está sujeta a un régimen de protección.

Si la regla general es la capacidad para poner en práctica los actos de disposición en base al grado de madurez, más parece que este término vaya exclusivamente referido a los menores y a la capacidad progresiva que éstos alcanzan según van teniendo mayor edad, dejando un vacío evidente en cuanto a la capacidad requerida para las personas con capacidad judicialmente modificada, que no es otra, que la capacidad natural para entender y comprender el alcance de tal renuncia.

Las cautelas previstas por las normas, -consentimiento por escrito prestado por el representante legal y puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal-, carecen en la práctica de contenido y no resultan suficientes. Por un lado, porque el consentimiento escrito no garantiza que su prestación se realice de manera integral o de forma libre, sin que medie intimidación. Por otro, porque son escasos los supuestos que en la práctica se eleva la consulta al Ministerio Público.

Queda pendiente la cuestión relativa a cómo se comprueba que el titular de estos derechos presta su consentimiento de forma consciente, es decir, conocedor de las repercusiones de tal disposición conlleva, así como resolver los supuestos en los que el titular goza de capacidad suficiente para comprender el alcance de su disposición y aun así presta su consentimiento en contra de su propio interés, o lo que es lo mismo, en claro perjuicio de sus intereses personales o económicos. En este supuesto deberá acudir también a los tribunales para que declaren la intromisión como ilegítima, desvirtuándose, así, la presunción de capacidad de capacidad del art. 322 CC; 199 CC y art. 3.1 LO 1/982.

La regulación contenida en los arts. 59 y 60 de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria viene a paliar en parte las dificultades interpretativas señaladas regulando el expediente de autorización judicial de consentimiento en el ámbito del mencionado art. 3 LO 1/1985, parece ser que con mayores garantías. Muy brevemente señalar que el expediente se inicia mediante solicitud acompañada de un proyecto de consentimiento por el representante o la persona con capacidad judicialmente modificada. Una vez admitida la solicitud por el Letrado de la Administración de Justicia, se señalará día y hora para la comparecencia, a la que se citará al Ministerio Fiscal, al representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y a éste si el Juez lo estima necesario. El Juez puede acordar también de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, la citación, en su caso, de otros interesados. El Juez dictará resolución al término de la comparecencia o, si la complejidad del asunto lo justificare, dentro de los cinco días siguientes, en atención al interés superior del menor o persona con la capacidad modificada judicialmente. Contra esta resolución cabrá recurso de apelación, con efectos suspensivos, que se resolverá con carácter preferente. Si los representantes legales del menor o de la persona con la capacidad modificada judicialmente quisieran que se revocara el consentimiento otorgado judicialmente, lo pondrán en conocimiento del Juez, quien dictará resolución dejándolo sin efecto.

Son pocos los supuestos que han llegado a los Tribunales por vulneración del derecho a la imagen de las personas con discapacidad. En la STC de 16 de diciembre de 2013, (RTC 2013, 208), con motivo de la interposición de un recurso de amparo contra la STS de 19 de enero de 2010, - puede consultarse ESCRIBANO TORTAJADA, P.: “El consentimiento de las personas con discapacidad en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen”, en DE PAULA BLASCO GASCÓ, F. (coord.): *Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. 1, Tirant lo Blanch, 2011-, se admite la demanda de amparo por entender que no es suficiente el consentimiento prestado por una persona con un déficit cognitivo y visual al conceder una entrevista a un espacio televisivo de entretenimiento en un contexto jocoso, siendo indiferente a los efectos de esta protección de amparo que haya sido o no modificada su capacidad judicialmente. Resulta evidente que en el caso concreto el titular de los derechos no podía conocer el alcance de la repercusión de la entrevista concedida en un contexto de auténtica ridiculización de la persona, que vulnera su honor.

Como recomendación final: quienes ejercen la medida de protección deben poner especial cuidado a la hora de subir o compartir fotos de la persona protegida en redes sociales que haya prestado su consentimiento a tal efecto. Debe siempre valorarse la imposibilidad de predecir en toda su dimensión el alcance, repercusión o mal uso que de esas imágenes puedan llegar a hacerse, cuanto más si se incurre en

las particulares circunstancias de la persona protegida, merecedoras del despliegue de una protección reforzada.

3.5. Desde el marco de protección que dispensa el art. 23.1 CE y art. 29 de la Convención, se reconoce el derecho a participar en la vida política en su doble dimensión: el sufragio activo y pasivo. El art. 3.1.b) de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de julio, del Régimen Electoral General, modificada por LO 2/2011, de 28 de enero, dispone que carecen del derecho al sufragio universal activo:

“Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del sufragio». El apartado c) se refiere a “los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure el internamiento, siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio».

Algunas sentencias de primera instancia han privado del ejercicio de este derecho -vid. DÍAZ ALABART, S.: “El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. Visión civilista”, *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2012. Por contra, otras tantas, han optado por no hacerlo de forma absoluta, incorporando algunas limitaciones, como restringir su ejercicio por correo, permitiendo su ejercicio en mesas electorales en las que los miembros que las componen pueden apreciar situaciones evidentes de absoluta falta de capacidad. Estos supuestos conjugan con mejor criterio el reconocimiento del ejercicio de este derecho fundamental con la adopción de ciertas garantías para su adecuado ejercicio.

Conviene traer a colación en este punto la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2010, de 29 de noviembre sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en procedimientos sobre su determinación de la capacidad de las personas, en la que se pone de relieve como el derecho a participar en los asuntos públicos directamente mediante el derecho de sufragio activo, constituye uno de los derechos políticos esenciales que establece la Constitución Española y que afecta al desarrollo de la libre personalidad.

La privación del derecho al voto como derecho fundamental, manifestación del libre desarrollo de la personalidad, solo puede hacerse en virtud de sentencia, declarándose expresamente la incapacidad para el ejercicio de este derecho, según dispone el art. 3.1.b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio. Sin embargo, una lectura del precepto a la luz de la Convención debería ser suficiente para reformar su contenido haciendo inoperante esta limitación.

La negación de este derecho no puede ser una consecuencia implícita de la declaración de incapacidad, sino todo lo contrario, puesto que, en aras a una pretendida protección, se adopta una medida que no puede ser calificada como de necesaria y proporcionada. El objeto de la prohibición no es la protección de la persona, porque el ejercicio de este derecho no le genera perjuicio alguno. Tampoco cabe sugerir que esta privación responda a la necesidad de prevenir captaciones de voluntad con el fin de emitir votos a favor de un determinado partido, porque éste es un riesgo común que nos afecta a todos. Por el contrario, se priva a su titular de un derecho fundamental, de carácter personalísimo e ilimitable, cercenando su libertad e impidiendo la integración de la persona en la vida política y social. Lo lógico sería que en la propia sentencia de modificación de la capacidad se incidiera en los posibles mecanismos para que la discapacidad psíquica de gravedad no supusiese nunca un límite insuperable en el ejercicio de este derecho subjetivo público, tal es el fundamento del párrafo iii) del art. 29 a) de la Convención, cuando se refiere a la asistencia de una persona de su elección que le auxilie en la emisión del voto, medida de acción positiva que consiste en la prestación de un apoyo específico para compensar las singulares dificultades de la persona protegida.

4. Debe incidirse en la necesidad de articular un modelo de protección basado en el ejercicio personal y efectivo de los derechos de la personalidad conforme a las capacidades concretas de la persona y en atención a los principios rectores de respeto a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad con pleno reconocimiento, por tanto, de su capacidad de decisión, autonomía individual y vida independiente.

La sentencia judicial de modificación de la capacidad no puede alterar el ejercicio de estos derechos de manera general o de forma anticipada, pues su ejercicio viene determinado por la capacidad natural de su titular en el momento de ejercerse, sin que se admita la representación legal en los derechos personalísimos, salvo que las condiciones concretas de la persona no admitan otra forma en su ejercicio sin que se genere algún tipo de perjuicio para su titular o le coloque en situación manifiesta de discriminación.

El procedimiento de modificación de la capacidad debe tener como objetivo primordial detectar las capacidades concretas de las personas, integrando para ello un sistema de protección capaz de excluir intervenciones arbitrarias o que vulneren derechos fundamentales.

Finalmente, para quienes ejercen la medida de protección, a ellos corresponde velar por el bienestar general de la persona protegida con acciones que favorezcan el efectivo ejercicio de los derechos personales en igualdad de condiciones,

previniendo intromisiones ilegítimas o actos de renuncia, por parte de su titular, que puedan causar lesión en sus propios intereses, cuanto más, si se parte del acceso y utilización masiva de internet y las imponderables consecuencias que de su mal uso se derivan.

