

## BOLILLA V

### ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD

#### 1) NOCIONES GENERALES

- + **ATRIBUTOS:** Cualidades inherentes a la persona (humana o jurídica, con sus matices en cada caso)
- + Son "condiciones que hacen a su existencia" (jurídica, no biológica)
- + Por tal razón, tienen caracteres:
  - Necesarios
  - Innatos
  - Vitalicios
  - Inalienables
  - Indisponibles
  - Imprescriptibles
  - Únicos
- + Salvo la capacidad, los otros pueden no tener todos esos caracteres (v.g. el nombre y el domicilio no son innatos, ni únicos, ni vitalicios)
- + Se deben diferenciar de los derechos personalísimos (que también tienen caracteres similares) en cuanto no son "derechos", sino elementos integrativos de la noción misma de personalidad (para alguna doctrina, estos últimos son atributos, como lo postulan Borda, y Rivera, entre nosotros)

- + En la metodología del Código (no la comparto), así pareciera verse, desde que los derechos personalísimos están regulados entre la capacidad y el nombre y domicilio, como si fueran un atributo
- + Debieran estar regulados autónomamente, antes o después de los atributos
- + ¿Cuáles son?
- + En Derecho Comparado, mayoritariamente, la CAPACIDAD (los otros son considerados “elementos de identificación personal y espacial”) es la calificante (lo comparto, sin perjuicio de considerar también como atributos al nombre, el domicilio y el estado)
- + El NOMBRE, como atributo de identificación personal
- + El DOMICILIO, como atributo de identificación espacial
- + El ESTADO, o ESTADO CIVIL, como atributo de identificación familiar
- + Con relación al PATRIMONIO, hay opiniones que lo incluyen (v.g. Moisset de Espanés), aunque mayoritariamente (Borda, Orgaz, Goldemberg, Rivera, Tobías) se estima que no es así. Hay personas sin patrimonio (religiosos profesos con voto de pobreza, indigentes)

pero que no por eso pierden la capacidad de adquirir bienes.

Pareciera ser el criterio del CCyCN al no incluirlo en la enunciación legal de los atributos de la personalidad

- + Metodológicamente, en CCyCN los atributos están tratados en los Capítulos 2 (capacidad), 4 (Nombre) y 5 (domicilio) del Título I (Persona humana) del Libro Primero (Parte General).
- + El estado civil tiene regulación en el Libro Segundo del CCyCN, dentro de las relaciones de familia
- + Con respecto a los atributos de las personas jurídicas, están tratados en la Sección Tercera del Capítulo I del Título II (Persona Jurídica), arts. 151 a 154. Allí se alude al nombre, al domicilio y al patrimonio (en este caso el patrimonio sí es elemento esencial en todo ente de esta naturaleza)

### 1) CAPACIDAD

- + Es atributo calificante
- + Es aptitud jurídica de la persona de ser titular de derechos y obligaciones (lo que conforme la "personalidad" como sujeto de derecho) y de ejercerlos por sí mismo
- + Eso conlleva su rango bifronte:
  - a) Capacidad de derecho (o de titularidad)
  - b) Capacidad de ejercicio (o de goce)

- + Se diferencia de “competencia” (noción propia de la bioética, que implica la posibilidad de comprender para decidir los alcances de los actos, fundamentalmente de rango no patrimonial) y de “discernimiento” (que supone la comprensión de las consecuencias de los actos propios en el caso concreto) (art. 261, en materia de hechos jurídicos, que declara obrados sin discernimiento a los actos de quien en el caso está privado de la razón, el acto ilícito del menor de diez años, y el acto lícito del menor de trece años). Generalmente se vincula con actos de contenido patrimonial
  
- + En materia de capacidad, el control de convencionalidad es más que relevante, y el CCyCN se adecua a pautas emanadas de documentos internacionales sobre derechos humanos que refieren a ellos (el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la Convención sobre personas con discapacidad, etc.). De allí surgen, entre otros, los principios de capacidad progresiva y de respeto prioritario a la autodeterminación
  
- + La CAPACIDAD se analiza desde su faz negativa (la INCAPACIDAD), que involucra escalas menores de restricción (como la capacidad restringida, la emancipación y la inhabilitación judicial), y que fundamentalmente se vincula con la capacidad de ejercicio, ya que las incapacidades de derecho se hacen operativas en casos concre-

tos (la privación total de la capacidad de derecho sería incompatible con la noción misma de persona), y por razones de orden público

- + Las principales diferencias entre la INCAPACIDAD de derecho y de ejercicio son:
  - a) La de derecho tiene fundamentos de orden público, que tutelan el interés común (v.g. prohibición de matrimonio entre ascendientes y descendientes, de contratación entre padres e hijos sometidos a responsabilidad parental, de adquisición por parte del Juez de los bienes que él mismo ordena subastar, etc.); mientras que las incapacidades de ejercicio tutelan el propio interés del incapaz (no es sanción, es protección)
  - b) Las incapacidades de derecho están diseminadas en todo el ordenamiento jurídico (las hay en materia de prohibición de ser testigos de instrumentos públicos, de adopción, de matrimonio, de contratos, de testamentos, etc.); mientras que las de ejercicio están enunciadas en el Libro Primero dentro de la Parte General (personas por nacer, menores, incapaces declarados, personas con capacidad restringida, emancipados e inhabilitados)
  - c) Las incapacidades de derecho se rigen por la ley del territorio (por ser de orden público); las de ejercicio por la ley del domicilio (v.g. art. 2616 relativo a la capacidad).
  - d) Las incapacidades de derechos suelen generar nulidades absolutas (por su vinculación con el orden público); mientras que las incapacidades de ejercicio sólo relativas (por estar instrumentadas en interés del propio incapaz)
  - e) La incapacidad de derecho sólo puede ser operativa en supuestos concretos (un incapaz absoluto de derecho no sería una persona para el Derecho); la incapacidad de ejercicio (aun cuando el CCyCN suprime la distinción entre incapaces absolutos

y relativos de obrar) puede en algún supuesto abarcar todos los actos que la persona pudiera realizar (v.g. persona por nacer, o incapaz de ejercicio declarado tal por sentencia judicial firme, art. 32 último párrafo del CCyCN)

#### **4) INCAPACIDAD DE EJERCICIO**

- + Su fundamento, en cualquiera de sus vertientes, es resguardar a la propia persona a quien se le aplica la privación o limitación a su capacidad de actuar por sí mismo
  
- + El CCyCN –siguiendo pautas convencionales- declara reglas generales aplicables a todo el régimen de incapacidad o limitación de la misma, cualquiera sea el caso (art. 31):
  - a) La capacidad se presume (hay que probar la incapacidad, aunque en personas por nacer y menores la ley la declara)
  - b) Las limitaciones son excepcionales y siempre en beneficio de la propia persona
  - c) La intervención estatal es interdisciplinaria (no sólo médica o psiquiátrica)
  - d) La persona tiene derecho a recibir información, a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión
  - e) La persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada privada o estatal
  - f) Deben priorizarse las terapias menos restrictivas de sus derechos o libertades
  
- + Genéricamente, la ley declara privados o limitados en su capacidad de ejercicio a:
  - 1) Las personas por nacer
  - 2) Los menores
  - 3) Los incapaces declarados tales por sentencia judicial firme
  - 4) Las personas con capacidad restringida (también por sentencia judicial que así lo disponga)

5) Los emancipados

6) Los inhabilitados

En ese elenco hay matices en el grado de privación o limitación de la capacidad

- + CCyCN suprime (según pauta convencional) distinciones del anterior Código Civil entre incapaces “absolutos” y “relativos”, así como entre menores “impúberes” y “menores adultos”.
  
- + El criterio, en minoridad, es la “capacidad progresiva” (según la Convención sobre los Derechos de los Niños, Niñas y adolescentes)
  
- + Y en personas mayores, la capacidad, que se puede restringir o excluir sólo por decisión judicial (se presume su existencia, según artículo 31, aun cuando estuviera internada en un instituto de salud mental o de cualquier índole)
  
- + Carecen –por razones biológicas, no jurídicas, ya que el CCyCN no lo dice así de modo expreso- de capacidad para cualquier acto a realizar por sí mismos las personas por nacer y los incapaces declarados tales por sentencia (que según el art. 32 se encuentran “imposibilitados de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado”

- + Hay un debate respecto a si los menores son básicamente incapaces (con facultamientos legales o judiciales para realizar actos conforme a su edad, su grado de madurez y el tipo de acto), o si son básicamente capaces, con limitaciones (éste sería, v.g. el criterio sostenido por Kemelmajer de Carlucci)
  
- + Personalmente –y fue opinión mayoritaria de la Comisión n° 1 de las “XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil” de La Plata, en 2.017- entiendo que son básicamente incapaces, y que la ley, el Juez, los padres o según los casos un funcionario público pueden autorizar que realicen ciertos actos. Pero en lo no autorizado, son incapaces y sometidos a representación o asistencia (de sus padres, tutores o curadores, según los casos). Así surge del texto del art. 26 (“las personas menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes”) y 101 inciso “b” (“son representantes de las personas menores de edad no emancipadas sus padres, o a falta o incapacidad de ellos el tutor que se les designe”).  
Y es lo lógico. Si así no fuera, no tendría sentido la categoría de la minoridad.
  
- + Los matices del grado de privación o limitación de capacidad de ejercicio se analizan en detalle en la Bolilla siguiente

- + Como información primaria sobre el tema, cabe consignar:
- a) Personas incapaces (en los hechos) son las personas por nacer (que obviamente nada pueden actuar por sí) y las declaradas incapaces por sentencia judicial
  - b) Las declaradas incapaces son quienes están absolutamente imposibilitados de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier medio, siendo ineficaces los apoyos (cuadro singularmente extremo, donde opera la representación de un curador) (arts. 32 y 101 inciso "c")
  - c) Los menores se dividen en dos categorías: menores pro/ piamente dichos (desde su nacimiento hasta los 13 años) y adolescentes (entre los 13 y los 18 años)
  - d) En ellos juega el principio de capacidad progresiva, que el CCyCN declara y aplica en numerosos supuestos específicos
  - e) Dentro de ellos, el art. 26 contiene reglas especiales para actos patrimoniales cuando la ley los autoriza en base a dos pautas, una objetiva (la edad, no es lo mismo un niño de dos años que uno de 12) y otra subjetiva, el grado de madurez suficiente, siempre evaluado por un tercero. Y con respecto a los actos vinculados a su propio cuerpo (cuidados, tratamientos, consentimiento para intervencio/ nes) muestra un panorama mas amplio de facultamientos. Entre 13 y 16 años pueden por sí autorizar tratamientos no invasivos ni que impliquen riesgo grave a su vida o salud o integridad física. Si lo fueren, se requiere consentimiento representantes (es supuesto de asistencia), y si hay controversia se judi/ cializa priorizando el interés superior del menor. Desde los 16 años puede tomar decisiones como un adulto relacionadas al cuidado de su propio cuerpo
  - f) Las personas con capacidad restringida (art. 32) son menores adolescentes o mayores que padezcan "adicción o alteración mental permanente o prolongada de suficien/ te gravedad". El grado de restricción lo dispone la senten/ cia, y pueden quedar sometidos a representación o asisten/

cia (apoyos).

- g) La situación de los emancipados e inhabilitados se detalla seguidamente
- h) El Código Penal mantiene en su artículo 12 una disposición que no ensambla en el nuevo régimen, pero que no ha sido derogada. Según ella, los penados a más de tres años de prisión pierden el ejercicio de la responsabilidad parental, la administración de sus bienes y la disposición por actos entre vivos, debiéndoseles designar curador. Es norma que no se aplica, pero está vigente

#### + Emancipados

- Emancipación es institución preexistente en Código Civil, modificada luego por Ley 17.711, y mantenida en el CCyCN (arts. 27 a 29)
- Consiste en hacer cesar los efectos de la responsabilidad parental antes de llegar a la mayoría de edad (18 años)
- Pero no implica la plena capacidad de ejercicio, porque hay restricciones establecidas en la ley
- La única vía de acceso es por matrimonio en la menor edad (ya las leyes 23.254 y 23.515 habían suprimido la emancipación dativa o por habilitación de edad)
- Operada la emancipación por matrimonio (desde los 16 años con autorización representantes, antes de eso con dispensa judicial, art. 404), la misma es irrevocable aún frente a divorcio o nulidad matrimonial, salvo en este caso para el cónyuge de mala fe (art. 27)
- Hay dos niveles de restricciones a la plena capacidad de ejercicio para los menores emancipados:
  - a) Tienen absolutamente prohibido (art. 28):
    - + Aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito
    - + Donar los bienes recibidos a título gratuito
    - + Afianzar obligaciones de terceros

**b) Requieren autorización judicial para:**

- + Disponer a título oneroso de los bienes recibidos a título gratuito (cuando sea de evidente conveniencia)

**+ Inhabilitados judicialmente**

- **Inhabilitación judicial fue institución incorporada por ley 17.711 como categoría intermedia entre la incapacidad de ejercicio y la plena capacidad (según el Código originario de 1.871)**
- \* **Está regulada en arts. 48 a 50 del CCyCN, y aunque se la analiza en detalle en la Bolilla siguiente, cabe mencionar que consiste en la perspectiva judicial de someter al régimen de asistencia (por capacidad restringida) a quienes tienen una situación de prodigalidad.**
- **Protege a la familia del inhabilitado a nivel patrimonial**
- **Implica en los hechos que él no puede realizar actos patrimoniales entre vivos de disposición (sí, v.g., testar) sin la conformidad del apoyo que lo asiste, y en caso de conflicto resuelve el Juez**

**5. Medios de protección de los incapaces y personas con capacidad restringida**

**+ Son, básicamente, cinco:**

**a) La representación (art. 101).**

**El representante suple la voluntad del representado**

**Existe la representación legal de los incapaces y menores,**

**que se cumple a través de la responsabilidad parental (arts.**

638 y ss. del CCyCN); la tutela (arts. 104 y ss); y la curatela (arts. 135 y ss) (arts. 138 y ss) (arts. 138 y ss.)

**b) *La asistencia.***

En el CCyCN se ejerce mediante la institución de los apoyos (art. 43). No se suple la voluntad de la persona, sino que se la complementa. Es rol amplio, tuitivo, complementario, y no limitado sólo a lo patrimonial, en ámbito judicial o extrajudicial

**c) *La nulidad del acto (arts. 386 y ss)***

Opera cuando por pedido de la propia persona incapaz o con capacidad restringida o su representante o apoyo (es nulidad relativa), se requiere judicialmente la invalidación del acto que lo perjudica y que no fue cumplido con intervención de sus representantes, apoyos o el Ministerio Público

**d) *La intervención judicial***

El Juez puede, advirtiendo incluso de oficio (sin pedido de parte) la existencia de un vicio en el acto que perjudique los intereses de los incapaces o personas con capacidad restringida, o el incumplimiento de normas imperativas sobre el tema (v.g. no haber sido escuchados, o no haberseles dado representación en el proceso, o haber actuado su representante con mala fe), anular el acto perjudicial

**e) *El privilegio de los incapaces (art. 1.000)***

Implica que en materia contractual, anulado un contrato celebrado por una persona incapaz o con capacidad restringida en función de esa situación, la persona capaz que contrató con ella no está habilitada a reclamar la devolución de la prestación que entregó, salvo que mediare enriquecimiento del incapaz, y sólo en la medida de dicho enriquecimiento